



بہشتیوں کا سلام

بہشتیوں کی شریعت و قانون

پروگرام ماسٹری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینت امور علمی

# احکام قسمت در فقه و قانون

رسالہ ماسٹری

محصل: عبدالواحد (حجت)

سال: 1400ھ - شمارہ: 1595ھ ق

استاد رهنما: ڈاکٹر محمد جعفر (امام الحق)



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معینیت امور علمی

# احکام قسمت در فقه و قانون

رساله ماستری

محصل: عبدالواحد (حجت)

استاد رهنما: دکتور محمد یونس (ابراهیمی)

سال: 1400 هـ ش - 1442 هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





# پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمت فقه و قانون

بورد ماستری

## تصدیق نامه

محترم عبدالواحد ولد محمد ابراهیم ID: SH-MSF-97-339 محصل دور ششم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: احکام قسمت در فقه و قانون به روز دوشنبه تاریخ ۱۰ / ۳۷ / ۱۴۰۰ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۰ (نمره به عدد) نود پورکا (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

شماره	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۲	دکتور عبدالله حقیار	عضو هیات	
۳	دکتور محمد یونس ابراهیمی	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورد ماستری

## اهداء

- ❖ به پسران گرامی ام خصوصاً حمید الرحمان و وجیه الرحمان که بهترین حمایت کننده گان در این مقطع تحصیلی ام بودند و راه طولانی و صعب العبور آن را بر من هموار نمودند و از هیچ نوع احسانی در حق من دریغ نورزیدند .
  - ❖ به همسر بزرگوارم ، رمزوفاداری و احسان و شریک مسیر پر خم و پیچ زندگیم .
  - ❖ به استادان فرهیخته پوهنتون سلام که همواره برای اصلاح روح و روانم کوشیدند و اندرزهای گهربار و ثمر بخش و پربهای علوم اسلامی را برایم هدیه کردند .
  - ❖ به استاد رهنمای عالیقدرام، نمونه صبر و بردباری، اسوه تقوی و اخلاق نیکو، جناب دکتور صاحب محمد یونس (ابراهیمی) که سرمایه علمی و داشته های گرانبهای عمر خویش را در اختیار من قرار داد.
  - ❖ به اساتید بزرگوار دوره حدیث و تکمیل علوم و اساتید دوره های پایین که از ذخایر علمی شان ما را مستفید ساختند و آنچه را که نمیدانستم برای من تعلیم دادند .
  - ❖ به همراهان و تشویق کننده گان مسیر علم و دانشم که در این سفر طولانی تحصیلی نصایح و تشویق شان، تقویه قلب و حوصله مندی من گردید .
  - ❖ به تمامی راهروان علم و دانش، علمای ربانی، آنائیکه که برای زدودن غبار جهل و گمراهی وزنده نمودن سنت اصیل پیامبر اسلام در جامعه تلاشی میورزند .
  - ❖ به هر کسیکه بخاطر تطبیق و تنفیذ نظام عدل الهی تلاش میورزد چه به زبان باشد چه به قلم، چه به مال باشد، چه به سلاح.
- این اثر ناچیز را هدیه مینمایم و از الله متعال خواستارم که آنرا خالص برای رضای خود بگرداند و روز قیامت آنرا از جمله حسناتم حساب نماید .



## سپاس گذاری

سپاس پروردگار یکتا را که ما را هستی بخشید و به طریق علم و دانش رهنمایی مان کرد و به همتشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود، همان ذاتی مهربانی که کسی نمیتواند شکر نعمت و سزاوار خداوندی اش را به جای آورد، پس همان به که عذر تقصیر به درگاهش برد .

و درود بی عدد بر سرور پیغمبران حضرت محمد مصطفی - صلی الله علیه و سلم - و یاران راستین و باوفایش که درسختترین شرایط بامال و جان شان از اسلام و پیامبر - صلی الله علیه و سلم - دفاع و حمایت نمودند .

سپاس و امتنان از اعضای فامیل و خانواده ام میکنم که از آغاز والی ختم این دوره تحصیلی، بامن همکار بوده و خصوصاً سختی های نوشتن این رساله را بامن یکجا متحمل شدند.

سپاس و امتنان از وزارت محترم تحصیلات عالی کشور، ریاست محترم پوهنتون سلام، هیئت رهبری پوهنتون، ریاست محترم پوهنهی شرعیات، آمریت خورد ماستری میکنم که این زمینه را فراهم ساختند تا محصلین و شایقین علوم بتوانند دوره ماستری خود را در داخل کشور بطور ساده و آسان به پایه تکمیل برسانند .

سپاس و امتنان از اساتید گرانقدر و مخلص پوهنتون سلام میکنم که ما را در دوران مرحله ماستری رهنمایی های دلسوزانه نموده و سرمایه های علمی و معنوی شان را بالای میان ارزانی نمودند، خصوصاً از استاد هناما ام محترم دکتور محمد یونس (ابراهیمی) اظهار امتنان و قدردانی می نمایم که من حیث پدر معنوی با خلق حسن و حوصله مندی، بنده را در نوشتن این رساله قدم به قدم رهنمایی نمود .

سپاس و امتنان از آنعده دوستان و عزیزانی میکنم که بنده را تشویق نمودند تا در این مرحله تحصیلی شمولیت نمایم و لحظه به لحظه جهت بالا بردن حوصله ام توصیه می نمودند .

و در اخیر از کلیه عزیزانی که در نوشتن این بحث از ارشادات و رهنمای های شان بهره برده ام و از اساتید و دانشمندان که از کتب و مقالات شان استفاده کردم خصوصاً از رساله ای دکتور ای محمد بن عبدالرحمان (الضوینی) که در ترتیب مباحث و مطالب زیادتر از روش او استفاده نموده ام تشکر و قدردانی میکنم .

## خلاصه بحث

در این رساله علمی و تحقیقی تحت عنوان احکام قسمت در فقه و قانون، مسایل مربوط به تقسیم اموال مشترک مورد بحث قرار گرفته است، مختصراً میتوانیم گفت که این رساله به یک مقدمه و سه فصل و در اخیر به نتیجه گیری و به چند پیشنهاد به قرار ذیل مشتمل میباشد.

مقدمه دربرگیرنده حمد ثنا، اهمیت موضوع، انگیزه انتخاب موضوع، سوال های اصلی و فرعی تحقیق، پیشینه تحقیق، روش تحقیق، اهداف تحقیق، خطه و پلان تحقیق میباشد.

فصل اول در بیان مفهوم و ماهیت قسمت میباشد و به چهارمبحث به قرار ذیل مشتمل میباشد: مبحث اول چنین مسائلی را دربرمیگیرد: تعریف قسمت در فقه اسلامی و قانون مدنی؛ مقارنه میان فقه و قانون؛ ذکر دلائلی از قرآن، سنت، اجماع و عقل به مشروعیت قسمت؛ حکمت مشروعیت قسمت؛ صفت قسمت از حیث لزوم و عدم لزوم آن.

مبحث دوم به چنین مسائلی مشتمل می باشد: قسمت رد، قسمت تعدیل، انواع قسمت به اعتبار اراده متقاسمین، انواع قسمت به اعتبار وحدت محل و تعدد آن، انواع قسمت به اعتبار طبیعت محل، انواع قسمت به اعتبار حاجت به تقویم و عدم آن در فقه اسلامی و قانون مدنی.

مبحث سوم به ارکان و شرایط قسمت تخصیص یافته که مسائلی ذیل را شامل می باشد: احکام و شرایط قاسم در فقه اسلامی و قانون مدنی، مقارنه میان فقه و قانون در این مورد؛ احکام و شرایط مقسوم در فقه اسلامی و قانون مدنی؛ مقارنه میان فقه و قانون در این مورد.

فصل دوم در بیان تقسیم اعیان می باشد و به سه مبحث به قرار ذیل مشتمل می باشد: در مبحث اول قسمت اتفافی مورد بحث قرار داده شده است که مطالب ذیل را احتوای میکند: چگونگی اجرای تقسیم اتفافی در فقه اسلامی و قانون مدنی، چگونگی تقسیم عقارات، چگونگی تقسیم زمین خالی از زراعت، چگونگی تقسیم زمین مزرعه، چگونگی تقسیم زمین مبنیه، چگونگی تقسیم طبقات بالا و پایین، چگونگی تقسیم اشیای منقول، قرعه و نحوه استعمال آن، نقض تقسیم به اثر غبن و اشتباه در فقه اسلامی و قانون مدنی، اختیارات در تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی؛ بیان خیار عیب، بیان خیار شرط، بیان خیار رویت.

در مبحث دوم تقسیم قضایی، مورد بحث قرار داده شده که مطالب ذیل را احتوای میکند: شرایط تقسیم قضایی، دعوی تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی، محکمه ویژه رسیدگی به تقسیم، حل منازعات، چگونگی تقسیم قضایی در فقه اسلامی و قانون مدنی.

در مبحث سوم آثار و عوارض تقسیم مورد بحث قرار گرفته که مطالب ذیل را احتوای میکند: آثار مرتبه بالای تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی، عوارض تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی، کشف وصیت بعد از تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی.

فصل سوم در بیان قسمت مہایات می باشد و به چهارمبحث قرارذیل مشتمل می باشد:

مبحث اول شامل چنین مطالبی می باشد: تعریف مہایات در فقه اسلامی و قانون مدنی، مشروعیت مہایات و ذکر دلایل از قرآن، سنت، إجماع، عقل.

مبحث دوم شامل چنین مسائلی می باشد: محل مہایات در فقه اسلامی و قانون مدنی، اشیای کہ تہایؤ در آن درست نمی باشد، حیلہ به نزد فقہاء، طبیعت مہایات، لزوم یا جواز مہایات.

مبحث سوم به چنین مسائلی مشتمل می باشد، انواع تقسیم مہایات در فقه اسلامی و قانون مدنی، انواع مہایات از حیثیت زمان و مکان، انواع مہایات از حیثیت تراضی و اجبار، مقایسہ میان مہایات زمانی و مکانی.

مبحث چهارم به چنین مسائلی مشتمل می باشد: حقوق، التزامات و آثار مہایات؛ مکلفیت های شرکاء در تقسیم مہایات، آثار مہایات و تطبیق احکام إجارہ بالای آن.

و در اخیر نتیجہ گیری و پیشنہادات بندہ به رشتہ تحریر در آورده شدہ است؛ به امید اینکہ مورد قبولیت اللہ - جل جلالہ - گردیدہ و مستحق اجر ثواب گشتہ باشم.



فهرست موضوعات

موضوع	صفحه
مقدمه	۱
<b>فصل اول : مفهوم و ماهیت قسمت</b>	
مبحث اول : مفهوم و مشروعیت قسمت در فقه اسلامی و قانون مدنی	۸
مطلب اول : مفهوم قسمت در فقه اسلامی	۸
مطلب دوم : تعریف قسمت در قانون مدنی	۱۰
مطلب سوم : مقارنه میان فقه و قانون	۱۲
مطلب چهارم : مشروعیت قسمت	۱۲
مطلب پنجم : صفت قسمت	۱۸
<b>مبحث دوم : انواع قسمت</b>	
مطلب اول : انواع قسمت در فقه اسلامی	۲۱
مطلب دوم : انواع قسمت در قانون مدنی	۴۰
مطلب سوم : مقارنه میان فقه و قانون	۴۶
مبحث سوم : مقومات قسمت (شرائط و ارکان قسمت)	۴۷
مطلب اول : قاسم (تقسیم کننده) در فقه اسلامی	۴۸
مطلب دوم : قاسم (تقسیم کننده) در قانون مدنی	۶۵
مطلب سوم : مقارنه میان فقه و قانون در مورد قاسم	۶۷
مطلب چهارم : مقسوم (مال) در فقه اسلامی	۶۸
مطلب پنجم : مقسوم (مال) در قانون مدنی	۷۳
مطلب ششم : مقارنه میان فقه و قانون در مورد مقسوم	۷۵
مطلب هفتم : مقسولهم (مشترکین)	۷۶
فرع اول : مقسوم لهم در فقه اسلامی	۷۶
فرع دوم : مقسوم لهم در قانون مدنی	۸۶
فرع سوم : مقارنه میان فقه و قانون در مقسوم لهم	۸۸
<b>فصل دوم : تقسیمات عین و آثار آن</b>	
<b>مبحث اول : تقسیم اتفافی</b>	
مطلب اول : چگونگی اجرای تقسیم	۹۱
فرع اول : چگونگی اجرای تقسیم در فقه اسلامی	۹۱
قرعه و نحوه استعمال آن	۱۱۴
فرع دوم چگونگی اجرای تقسیم در قانون مدنی	۱۱۹

۱۲۰	مطلب دوم: نقض تقسیم به اثر اشتباه و غبن
۱۲۰	فرع اول: نقض تقسیم به اثر اشتباه و غبن در فقه اسلامی
۱۲۶	فرع دوم: نقض تقسیم به اثر اشتباه و غبن در قانون مدنی
۱۲۹	مطلب سوم: اختیارات در تقسیم
۱۲۹	فرع اول: اختیارات در تقسیم در فقه اسلامی
۱۳۰	اختیار شرط
۱۳۲	اختیار رؤیت
۱۳۳	اختیار عیب
۱۳۶	فرع دوم: اختیارات در قانون
۱۳۸	<b>مبحث دوم تقسیم قضایی</b>
۱۳۸	مطلب اول: شرایط تقسیم قضایی
۱۴۴	مطلب دوم: دعوی تقسیم
۱۴۴	فرع اول: دعوی تقسیم در فقه اسلامی
۱۴۷	فرع دوم: دعوی تقسیم در قانون مدنی
۱۴۹	مطلب سوم: چگونگی اجرای تقسیم قضایی
۱۴۹	فرع اول: چگونگی اجرای تقسیم در فقه اسلامی
۱۵۲	فرع دوم: چگونگی اجرای تقسیم در قانون مدنی
۱۵۴	<b>مبحث سوم: آثار و عوارض تقسیم</b>
۱۵۵	مطلب اول: آثار مرتبه به تقسیم
۱۵۹	مطلب دوم: عوارض تقسیم

### فصل سوم قسمت مهایات

۱۷۱	<b>مبحث اول: تعریف مهایات و مشروعیت آن</b>
۱۷۱	مطلب اول: تعریف مهایات
۱۷۲	مطلبت دوم: مشروعیت مهایات
۱۷۳	<b>مبحث دوم: محل مهایات و طبیعت آن</b>
۱۷۴	مطلب اول: محل مهایات
۱۷۸	مطلب دوم: طبیعت مهایات
۱۸۱	مطلب سوم: لزوم یا جواز مهایات

۱۸۳	.....مبحث سوم :انواع تقسیم مهائیات
۱۸۳	.....مطلب اول انواع مهائیات از حیثیت تراضی و اجبار
۱۸۸	.....مطلب دوم :انواع مهائیات از حیثیت زمان و مکان
۱۹۴	.....مبحث چهارم : در حقوق ، التزامات و آثار مهائیات
۱۹۴	.....مطلب اول: حقوق و مکلفیت های شرکاء در تقسیم مهائیات
۲۰۱	.....مطلب دوم :آثار مهائیات و تطبیق احکام اجاره بالای آن
۲۰۶	.....نتیجه گیری
۲۰۹	.....پیشنهادات
۲۱۰	.....فهارس
۲۱۱	.....فهرست آیات
۲۱۲	.....فهرست احادیث
۲۱۳	.....فهرست اعلام
۲۱۴	.....فهرست مراجع

## مقدمه

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونؤمن به ونتوكل عليه، ونثنى عليه الخير كله، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ونسأله السداد في الأمر واعظام المثوبة والأجر .

ونصلي ونسلم على سيدنا ونبينا محمد الأمين المبعوث رحمةً للعالمين، القائل: (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين).<sup>1</sup> الذي أدى الأمانة ونصح الأمة، وبين لنا منازل إليه من ربه وعلى آله الأطهار، واصحابه الأبرار وبعد !

یکی از راه های که اسلام آن را برای رفاه و آسودگی زندگی بشری مدنظر قرار داده است همانا پاسخگویی به نیازهای روزمره مسلمانان در تمام ابعاد زندگی آنها است، تامبادا در راستای عبادت و پرستش پروردگاریکتا دچار پشیمانی، سردرگمی و گسستگی شوند.

لذا، در این زمینه شریعت اسلامی همواره تلاش کرده تا مسایل زندگی راحتی امکان آسان ساخته و راهی بیرون رفت را برای شخص مکلف هموار سازد .

اغلب انسانها در دوران زندگی خود باتلاش و کوشش فراوانی، اموالی را تحصیل و تملک میکنند و ناگهان بامرگ خود از تمام دارایی های شان بدون اراده جدا میشوند، اشخاص دیگر باشیوه های مختلفی که شریعت و قانون تعیین کرده بدون هیچ نوع تلاش و زحمتی مالک اموالی به جا مانده می شوند، باین واقعه مالکیت اختصاصی یا افزای یک شخص به مالکیتی مشاع تبدیل میشود، البته مالکیت مشاع همیشه در اثر عوامل قهری مانند ارث اتفاق نمی افتد ممکن است در اثر عوامل ارادی مانند: یکجا کردن اموال بایک دیگر و یا خریدن اموال مشاع مشترک و دیگر صورت ها نیز حاصل می شود، اما صرف نظر از اسباب تحقق مشارکتها ، مالکیت مشاع یک سلسله محدودیت های را برای شرکاء به وجود می آورد، چراکه لازمه ثبات اجتماع، پذیرش حق و حقوق دیگران و درک محدودیت های متقابل است، از آنجای که مشارکت و مالکیت مشاع از عیب و ضرر خالی نمیشد بناءً کسب و حفظ استقلال مالکیت، امری مطلوب نزد انسانها بوده است و یکی از مهمترین موضوعات مطرح در فقه و قانون مالکیت اختصاصی انسان ها بر اشیاء میباشد این رابطه اعتباری میان انسان و شیئی که از آن به حق مالکیت یادمیشود به نحوی است که دیگران را از چنین حق بر همان شیئی محروم میسازد، بر آوردن نیازمندی های مادی از طریق مالکیت اختصاصی بر اشیاء، باعث نزاع ها و کشمکش ها میان انسانها در همه جوامع نیز میگردد، از همین رو تحقیق هذا به تبیین و بررسی کیفیت تقسیم اموال میان شرکاء و کیفیت

<sup>1</sup> صحیح البخاری ۱۹/۱ کتاب العلم طبع مصطفی الحلبي .

انتفاع از اموال به طریقه‌ی که نزاع و شقاق میان مالکین آن، به میان نیاید، یک بهترین دستور میباشد، شرکای اموال مشاع جهت تملک به حصه مشاع به شکل مستقلانه و بدون نزاع و یا استفاده از آن در حالت شیوع، از این دستور استفاده کرده میتوانند.

### اهمیت موضوع:

۱ - اصل در ملکیت ها، ملکیت مفرز و مستقل است، شیوع در ملکیت یک امر عارضی به شمار می رود؛ زیرا مالک در ملکیت مفرز و مستقل نسبت به ملک مشاع تصرف کامل بر ملکیت خود داشته میباشد و هیچ خانه ای نیست مگر دچار مشکلات ملکیت مشاع می شود؛ زیرا سبب عمده آن ارث است، خواسته ناخواسته خانواده ها میزبان چنین سبب میشوند، یگانه راه بیرون رفت از این ملکیت عارضی و مشرف شدن به ملکیت اصلی و مستقل، تقسیم است .

۲ - ملکیت مشاع اضرار اقتصادی و اجتماعی را در قبال خود میداشته باشد؛ زیرا طبیعت شرکاء در رابطه به اخذ منفعت از مال مشاع مختلف و متنوع میباشد، بسا اوقات عدم اتفاق شرکاء در مورد اخذ منفعت از مال مشاع مشترک، سبب تعطل منفعت مال مشاع میگردد، بسا اوقات سبب بروز اختلافات در میان شرکاء حتی در بین افراد یک فامیل میگردد پس تقسیم یگانه راه حل اختلافات و تحقیق مصالح شرکاء در اخذ منفعت میباشد .

۳- کمترین افراد جامعه خواهند بود که در طول زندگی دهامرتبه به اموال اشتراکی مشاع و تقسیم آن مواجه نشده باشند، طبعاً تنظیم روابط افراد جامعه در زمینه اموال مشترک مشاع مقررات و قوانینی را می طلبد که قوانین موضوعه موجود به صورت جامع و مانع به آن رسیدگی کرده نمی توانند، فلذا لازم دانستم که تیزس ماستری خود را در این موضوع مهم بنویسم.

### سبب اختیار موضوع :

درباب انگیزه انتخاب موضع بحث، جهت تیزس ماستری باید گفت: انتخاب موضوع هر تحقیق پیش از هر چیز به ذوق و سلیقه نویسنده آن بستگی دارد ازین جهت تمامی عواملی که در انتخاب این موضوع مؤثر بوده برآستی بیان آن امری دشوار است و شاید برای بسیاری از نکات مؤثر در آن نتوان دلایلی منطقی و موجه آورد اما هنگامی که برای انتخاب موضوع در جستجو بودم، این مهم در نظر بود که عنوان را برگزینم که واجد جنبه های علمی و عملی بوده باشد که ناگهان عنوان دست داشته (احکام قسمت) نظرم را به خود جلب نمود؛ زیرا عنوان فوق تشنگان زیادی در قبال دارد اگرچه فقهای قدیم نیازمندی های عصر خود را در مورد موضوع فوق، به قدر کافی حل نموده اما خیلی ها موجز و مختصر



که شایان همان عصر بوده میباشد اماچنین تحقیقات موجز و مغلغ پاسخگوی نیازمندی ها و تقاضاهای علاقه مندان در عصر موجود نخواهد شد بناءً مختصراً گفته میتوانم که مهمترین نکته پرداختن به چنین موضوع توسط بنده حس فقر علمی و تحقیقی بوده لذا برآن شدم تا در حد توان، اهتمام خویش را مصروف بررسی ابعاد مختلف احکام تقسیم اموال مشترک، نمایم حاصل کار آن شد که درپیش روی دارید.

### طرح مسئله و بیان سوال های تحقیقی :

مسئله اصلی و موضوع مهم و اساسی که در این تحقیق به آن پرداخته خواهد شد ، احکام قسمت در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان میباشد بنده پیرامون موضوع، در روشنی فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان به گونه ای مقایسوی بحث خواهیم کرد، سوالاتیکه در این بحث و تحقیق به صورت علمی و پژوهشی بدان پاسخ داده خواهد شد قرار ذیل میباشد :

#### الف: سوال های اصلی :

- ۱ - ماهیت تقسیم چیست ؟
- ۲ - تقسیم از چه مشکلات و محدودیت های برخوردار است ؟
- ۳ - آیا مهایات (تقسیم منافع) از نگاه فقه و قانون، مشروعیت دارد ؟

#### ب : سوال های فرعی :

- ۱- آیا عملیه تقسیم بدون مداخله محکمه امکان پذیر است ؟
- ۲- آیا داینین و مستحقین در تقسیم مداخله کرده میتوانند ؟
- ۳- آیا در این تحقیق از تقسیم منافع و چگونگی استفاده از آن، بحث خواهیم صورت گرفت ؟
- ۴- آیا قرعه کشی بعد از تقسیم اموال مشترک لازمی خواهد بود ؟

#### پیشینه تحقیق :

احکام تقسیم اموال مشترک، دارای قدامتی به درازی فقه اسلامی دارد در منابع معتبر فقهی در کتاب شرکات، در کتاب قضاء باب های زیر عنوان باب القسمة، وضع گردیده حتی در بعض کتب فقه در زیر عنوان کتاب القسمة یعنی: به شکل کتاب مستقل از احکام تقسیم بحث به عمل آمده امانهات مغلغ و مختصر که مناسب حال افراد عصر خودشان بوده امادر عصر حاضر نیز رساله ها و بحث ها

در مورد احکام قسمت نوشته شده لیکن به زبان عربی بوده که به شکل ساده قابل استفاده برای هم وطنان مانیستند که به بعضی از آنها در ذیل اشاره مینمایم :

الف - رساله دکتورا بنام (احکام القسمة فی الفقه اسلامی والقانون، تالیف دکتور عبدالرحمان الضوینی، مطبوعه دار السلام قاهره، تاریخ طبع ۲۰۰۱.

ب - قسمة الاملاک المشتركة - مجلة كلية الحقوق بالإسکندریه از دکتور احمد فراج حسین درسنة ۱۹۷۷ م، نشر گردیده است .

ج - القسمة ، للدکتور ابراهیم عبدالحمید، الطبعة التمهیدیه فی الموسوعة الفقهية الكويتية ..

و مانند اینها رساله ها و اباحت دیگری نیز وجود دارد که همه آنها به زبان های عربی بوده و اگر به شکل مقایسوی بین فقه و قانون نیز باشند باز هم به اساس قوانین کشورهای خودشان مقایسه شده اند بنابر این نیاز است که رساله ای در همین موضوع اولاً به یکی از زبان های رسمی کشور و ثانیاً به شکل مقایسوی بین فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان جمع آوری شود تا یک مرجع آسان و قابل استفاده برای اهل علم و دوست داران دانش گردد.

### روش تحقیق :

در تهیه و ترتیب بحث دست داشته ، روش و منهج ذیل رعایت گردیده است :

۱- در این بحث نخست از منابع معتبر قدیمی استفاده صورت گرفته و در صورت نیاز، به مصادر جدید و معاصر نیز مراجعه نموده ام.

۲ - مسائل احکام تقسیم در فقه اسلامی به سطح چهار مذهب ( احناف ، مالکی ها ، شافعی ها ، حنبلی ها ) مطرح شده است، دلایل هر مذهب را از قرآن کریم ، سنت نبوی ، اجماع ، عقل در ردیف همان مذهب ذکر نموده ام و در اخیر از میان اقوال مذاهب، قول راجح و بهتر به نزد باحث را مشخص نموده ام

۳ - زمانیکه بخواهم مسئله تقسیم را در فقه اسلامی در قالب یک مذهب مطرح نمایم رای همان مذهب را از متن های معتبر و مشهورشان نقل نمودم ، نام کتاب را همراه با جلد و صفحه آن در پیورقی ذکر کردم.

۴ - زمانیکه مسئله تقسیم را در قانون مدنی تحت بررسی قرار میدهم ، ماده قانون را در همان مورد ذکر کرده ام و نکات مهم و معلق قانون را با استفاده از شرحهای معاصر قانون مدنی توضیح داده

و بعداً این ماده قانون را با فقه اسلامی در مقارنه و مقایسه گرفتم نکات موافق، مخالف و مسکوت عنه

رامشخص نموده ام .

۵ - بحث فقهی و قانونی ای احکام قسمت و همچنان مقارنه و مقایسه بین آنها را احیاناً در مطالب مستقل و جداگانه به بحث گرفتم و احیاناً همه آنها را در داخل یک مطلب زیر عنوان فرع اول، دوم ، سوم ، به بحث گرفته ام ، البته این شیوه کار به اساس تقاضای ظرفیت و طبیعت بحث ، صورت گرفته نه تصادفاً و اتفاقاً .

۶ - آیاتیکه در صلب موضوع بحث، وارد گردیده شماره های آیات و همچنان اسماء سوره ها، حواله تفسیر درپاورقی ذکر گردیده است و احادیثی را که نقل کرده ام تخریح آنها نیز درپاورقی می باشد. ناگفته نماند احادیثی که از صحیح بخاری و صحیح مسلم نقل نموده ام به ذکر نام بخاری و مسلم اکتفاء کرده ام اما اگر از غیر صحیحین حدیثی آمده باشد سخنان محدثین را در مورد صحت و سقم آن بادر نظر داشت حواله درپاورقی نوشته ام .

۷ - در مرحله ابتدایی بحث، حین نقل نظریات مذاهب در رابطه یک موضوع، عین عبارات متون معتمده مذاهب را نقل کرده و آن را ترجمه نمودم بعداً متوجه شدم که به این شکل ، بحث خیلی ها طولانی خواهد شد فلذا در اواخر از نقل عین عبارات اجتناب نمودم صرف مفهوم آنرا گرفتم و درپاورقی به آن حواله دادم .

۸ - سعی نموده ام که اشخاص غیر معروف را که در متن از آن تذکره عمل آمده است درپاورقی به معرفی بگیرم .

۹ - در وقت نیاز به بیان کردن معانی لغوی کلمات ، معانی لغوی آنها را از کتب لغت اقتباس کردم و درپاورقی به آنها حواله دادم .

۱۰ - در اخیر، یادآور خواهیم شد که بحث دست داشته به روش کتاب خانه ای استوار می باشد.

## اهداف تحقیق :

روی اهداف ذیل پیرامون موضوع احکام قسمت، بحث و تحقیق صورت گرفته :

- ۱- شناخت احکام فقهی و قانونی ای تقسیم اموال مشترک .
- ۲ - آشنایی با چگونگی استفاده از منافع مشاع مشترک، در قالب فقه اسلامی و قانون مدنی .
- ۳ - هیچ فامیلی نیست که در طول زندگی ده مرتبه قهراً و یا اختیاریاً دوچار پدیده ای اموال مشاع مشترک نشوند فلذا خواستم با تاسی از فقه اسلامی و قانون مدنی بایکی از لسان های رسمی و ملی

کشور که تال‌الحال چنین کاری صورت نگرفته، معلومات و روشی رادر رشته تحریر درآرم تاراه ساده و آسان جهت استفاده از اموال مشترک مشاع برای علاقه مندان و تشنگان موضوع قرار گیرد .

۴ - انگشت نشان کردن کمی هاوکاستی های قانون مدنی افغانستان در مورد شیوه های تقسیم اموال مشاع مشترک و طریقه ای استفاده از آن .

### **خطه وپلان تحقیق :**

بحث دست داشته عبارت از مقدمه، سه فصل، نتیجه گیری و پیشنهادات می باشد. مقدمه به امور ذیل مشتمل می‌باشد :

- ۱ - حمد ثناء ، درود و سلامتی، سخنان ابتدایی و مقدماتی بحث .
- ۲ - اهمیت موضوع .
- ۳ - انگیزه انتخاب موضوع .
- ۴ - سوالهای اصلی تحقیق .
- ۵ - پیشینه تحقیق .
- ۶ - روش تحقیق .
- ۷ - اهداف تحقیق .
- ۸ - خطه وپلان تحقیق .

### **فصل اول - در ماهیت تقسیم .**

وبه چهارمبحث به قرار ذیل مشتمل می‌باشد :

مبحث اول : تعریف قسمت و مشروعیت آن در فقه اسلامی و قانون مدنی .

مبحث دوم : انواع قسمت در فقه اسلامی و قانون مدنی .

مبحث سوم : ارکان قسمت .

مبحث چهارم : نقض قسمت، و آثار مرتبه به آن .

### **فصل دوم - در تقسیمات اعیان و آثار آن است.**

وبه سه مبحث ذیل مشتمل می‌باشد :

مبحث اول : قسمت اتفاقی در فقه اسلامی و قانون مدنی .

مبحث دوم : قسمت قضایی در فقه اسلامی و قانون مدنی .

مبحث سوم : آثار و عوارض تقسیم.

### **فصل سوم - در قسمت منافع**

این فصل نیز به سه مبحث به قرار ذیل مشتمل می‌باشد :

**مبحث اول:** مفهوم قسمت منافع و مشروعیت آن در فقه اسلامی و قانون مدنی .

**مبحث دوم:** محل قسمت منافع ، در فقه اسلامی و قانون مدنی .

**مبحث سوم:** آثار مرتبه به قسمت منافع، در فقه اسلامی و قانون مدنی .

نتیجه گیری : که به نکات مهم و خلاصه بحث مشتمل میباشد .

و در اخیر پیشنهادات : که از عمق بحث سرچشمه گرفته .



## فصل اول

### مفهوم و ماهیت قسمت

زمانیکه تقسیم یگانه راهی به خاتمه دادن شیوع در اموال به حساب می‌رود، مناسب دانستم که در قدم نخست و پیش از داخل شدن به اصل موضوع بحث که همانا آشنایی به شیوه های شرعی و قانونی تقسیم اعیان و منافع مشترک است، مفهوم و مشروعیت قسمت، انواع و اقسام قسمت، شروط و ارکان قسمت را در پرتو فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان زیر بحث و تحقیق قرار دهم، بناءً فصل اول به سه مبحث ذیل مشتمل خواهد بود: مبحث اول در مفهوم و مشروعیت قسمت، مبحث دوم در انواع قسمت، مبحث سوم در مقومات قسمت (شرایط و ارکان).

### مبحث اول: مفهوم قسمت و مشروعیت آن در فقه اسلامی و قانون مدنی.

قبل از اینکه یک باحث داخل عمق موضوع بحث شود برایش مهم خواهد بود که در رابطه موضوع مورد بحث آگاهی و معلومات مقدماتی ای داشته باشد تا اینکه طلب مجهول مطلق لازم نیاید بناءً بحث ابتدایی و آغازین ماکثراً حاوی مطالبی است که علاقه مندان را دربرای متوصل شدن به مطالب اساسی بحث، یاری می‌ورزد که آن پنج مطلب است مطلب اول: در مفهوم قسمت در فقه اسلامی، مطلب دوم مفهوم قسمت در قانون مدنی، مطلب سوم در مقایسه بین فقه و قانون، مطلب چهارم در مشروعیت قسمت و حکمت مشروعیت آن، مطلب پنجم در بیان صفت قسمت که به قرار شرح ذیل مورد تشریح و تفصیل قرار می‌گیرد:

### مطلب اول : مفهوم قسمت در فقه اسلامی .

#### الف : قسمت در لغت :

**قسمت :** به کسر ه قاف اسم مونث است بمعنای تجزیه و گردانیدن شیء و یا اشیاء به اجزا و ابعاض متمایزه.<sup>۱</sup>

#### ب : مفهوم قسمت در اصطلاح فقهاء .

فقهاء در تعریف قسمت عبارات مختلفی را ارائه نموده اند، هر مذهب به اساس دید خود ، قسمت را تعریف کرده مگر این عبارات به اعتبار معنی و مضمون باهم فرق زیادی ندارند توافق در میان شان ممکن خواهد بود. بناءً در ابتداء تعریف هر مذهب را به شکل مستقل ذکر خواهیم نمود، سپس تعلیق

<sup>۱</sup> مختار الصحاح صفحه ۵۳۵، تألیف امام محمد بن ابی بکر بن عبد القادر الرازی ، طبع دارالمعارف - القاهرة . تاریخ طبع دوم ۱۴۱۵ ه ق

مختصری را بالای تعریفات خواهیم داشت، و در اخیر تعریف بهتر (جامع و مانع) را وانمود خواهیم کرد .

### اول- تعریف قسمت به نزد علمای احناف :

جمهور علماء احناف، قسمت را چنین تعریف نموده اند: «القسمة جمع نصیب شائع فی مکان معین»<sup>۱</sup> ترجمه : قسمت عبارت از جمع کردن حصه شائعه است در یک جای مشخص . یعنی : قسمت عبارت از یکجا ساختن حصه است بعد از تفرق آن؛ زیرا که هیچ جزء و حصه خورد و بزرگ وجود ندارد مگر اینکه تمام شرکاء به نسبت سهمیه که در آن دارند، باهم شریک میباشند و بعد از قسمت، سهام هر شریک در یک جز معین منحصر میگردد، که خلطیت همراه سهام باقی شرکاء نداشته باشد اگرچه این جزئییت به اعتبار زمان هم باشد.<sup>۲</sup>

### دوم- تعریف قسمت به نزد مالکی ها-رحمهم الله- :

جمهور علماء مالکیه قسمت را چنین تعریف نموده اند: « القسمة تصییر مشاع من مملوک مالکین معیناً، ولو باختصاص تصرف فیہ، بقرعاً و تراض »<sup>۳</sup>

ترجمه : قسمت عبارت از گردانیدن ملک مشاع مالکین است، معین و مشخص، ولو که این تعیین به یک نوع از تصرف خاص بوده باشد ، برابر است که این تعیین توسط قرع اندازی صورت گیرد و یا به رضا مندی شرکاء .

یعنی : برابر است که تعیین مال مشاع به پیمانان باشد و یا به وزن (ترازو) و یا به تصرف خاص در ملکیت مشاع، مثلیکه تقسیم منافع توسط زمان و یا مکان معین میگردد.

### سوم- تعریف قسمت به نزد شافعی ها-رحمهم الله- :

شوافع قسمت را چنین تعریف نموده اند: «هی تمیز الحصص بعضها من بعض »<sup>۴</sup>

ترجمه : قسمت عبارت از جدا کردن بعض حصه ها است از بعض دیگر

<sup>۱</sup> نتایج افکار فی کشف الرموز والاسرار لقاضی زاده، ۴۳۶/۹، تالیف مولانا شمس الدین احمد بن قودر المعروف به قاضی زاده، متوفی سنه ۹۸۸هـ، طبع مکتبه اشرفیه کویته پاکستان ، حاشیه رد المحتار علی درمختار لابن العابدین الشامی ۴۲۱/۹ ، تالیف محمد امین مشهور به ابن عابدین، متوفی سنه ۱۲۵۲ تاریخ طبع ۱۹۶۶م مطبعه المکتبه الحقایقه محله جنگی پشاور پاکستان ..

<sup>۲</sup> القسمة لدکتور ابراهیم عبدالحمید ابراهیم سلامه صفحه ۱-۲ - طبع ابتدای الموسوعه الفقهیه الکویتیه - این یک بحث علمی در مورد قسمت است که در مجله (الوعی الاسلامی) از طرف وزارت اوقاف و شؤون اسلامی کویت در سنه ۱۴۳۲ به نشر رسیده و بعداً در ضمن الموسوعه الفقهیه الکویتیه در جلد ۳۳ آن ذکر گردیده است.

<sup>۳</sup> الفواکه الدوانی شرح رساله ابی زید القبروانی ۳۲۶/۲ ، تالیف احمد بن غنیم بن سالم بن مهنا النفرای، متوفی سنه ۱۱۲۰هـ، طبع مصطفی الحلبي - طبع سوم ۱۳۷۴ هـ - ۱۹۵۵ م، محل طبع قاهره ،

<sup>۴</sup> نهاییه المحتاج للرملی ۲۸۳/۸ تالیف شمس الدین محمد بن العباس احمد بن حمزه ابن شهاب الدین مصری، الشافعی متوفی سنه ۱۰۰۴هـ طبع مصطفی الحلبي .

#### چهارم- تعریف قسمت به نزد حنبلی ها-رحمهم الله- :

حنبلی ها قسمت را چنین تعریف نموده اند: «تمییز بعض الانصباء عن بعض ، وافر ازها عنها»<sup>۱</sup>.

ترجمه : قسمت عبارت از مشخص ساختن بعض سهام از بعض دیگر، وجدایی بعضی آنها از بعض دیگر است.

#### تبصره به تعریفات فقهاء و بیان تعریف بهتر:

از تعریفات فقهاء معلوم میگردد که اینهادراین نکته متفق اند که قسمت افراز، یا جمع ویا تمیز انصباء است ، قسمیکه بر این سخن متفق اند که محل تقسیم مال مشاع است، مگر اینکه تعریف احناف (جمع نصیب شائع فی مکان معین) تقسیم منافع زمانی را شامل نمی شود؛ زیراکه درتعریف احناف جمع نصیب، مقید به مکان شده است.

همچنان تعریف مالکی ها به اعتبار ظاهر قسمتی را که در آن حصه یک شریک مشخص وجدا گردد وباقی شرکاء باهم شریک بماند ،شامل نمی شود باوجودیکه این هم یک نوع از تقسیم به حساب می رود.

بناءً به نظرباحث تعریف شافعی ها وحنبلی ها نسبت به تعریف احناف و مالکی ها، راجح به نظر میخورد؛ زیراکه تعریف شافعی ها وحنبلی ها جامع وشامل افراد معرف ، ومانع از دخول افراد غیر میباشد ، بخلاف تعریف احناف که تقسیم منافع زمانی راشامل نمیباشد وبعضی صورتهای دیگر تقسیم ازتعریف مالکی ها بیرون می ماند که دربالا به آن اشاره شد.

#### مطلب دوم -تعریف قسمت در قانون مدنی :

قانون مدنی افغانستان به شکل گسترده ای از تعریف قسمت بحث نکرده؛ زیراکه تعریفات کار شارحین ومحققین میباشد نه آنانیکه مواد قانونی را وضع میکنند ، بلکه به شکل مختصری در ماده ۱۹۵۱ قانون مدنی به آن چنین اشاره نموده است :«قسمت عبارت است از تقسیم حصه مشاع واداء آن، که به رضایت شرکاء ویا حکم محکمه صورت میگیرد .»<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>الإقناع للحجاوی المقدسی ۴/۴۱۱، تالیف شرف الدین موسی بن احمد بن موسی ،متوفی سنه ۵۹۶۰، طبع دارالمعرفة بیروت .کشاف القناع للبهوتی ۶/۳۷۰، تالیف علامه منصوربن یونس بن ادريس البهوتی حنبلی متوفی سنه ۱۰۵۱ هـ، طبع مکتبة النصر الحدیثه .  
<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۱ ترتیب کننده محمد اشرف صارم طبع اول زمستان ۱۳۸۴ ناشر انتشارات قدس

## تشریح نکات مهم ماده فوق:

### الف- مشاع :

مشاع اسم مفعول از ریشه (شیع) گرفته شده است، به ضم میم و عین مهمله، در لغت به معنای مشترک و تقسیم ناکرده شده و اکثر استعمال آن در زمین مشترک می باشد.<sup>۱</sup>

و در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده را، مشاع گویند برابر است که این شرکت اختیاری باشد مانند شراکتی که از معاملات خرید و فروش حاصل میشود، و یاینکه قهری و غیراختیاری باشد مانند شراکت ورثه در مال میت که به سبب ارث حاصل شده باشد.<sup>۲</sup>

### ب - رضایت شرکاء :

هرگاه یکعه اموال منقول و غیر منقول بین شرکاء طور مشاع باشد، و شرکاء مشاع، خواسته باشند آنرا به رضایت بین خود تقسیم و داخل وثیقه شرعی عند المحکمه نمایند، میتوانند با اسناد قانونی دست داشته خود، از محکمه تقاضا نمایند، و در این صورت محکمه بعد از طی یک سلسله مراحل قانونی تقسیم اموال مشاع مذکور را بداخل وثیقه شرعی بقرار اسهام درج و بعد از اخذ اقرار و شهادت شهود معرفت و بعد از امضاء و مهر قضات محکمه و وثیقه به دسترس تقسیم کنندگان قرار داده میشود که به ملاحظه آن هریک از شرکاء از حصه محدود و مفرزه خود طور انفرادانه استفاده و تصرف نمایند.<sup>۳</sup>

### ج- قسمت به حکم محکمه :

هرگاه تمام ورثه به تقسیم رضائی حاضر نشده و موضوع منجر به دعوی گردد و بعد از تقاضاء و پیشنهادهای بعضی از شرکاء، محکمه، موضوع را داخل صورتحال نموده و متروکه شرکاء، بودن اموال منقول و غیر منقول، موضوع ادعاء عندالمحکمه به اثبات برسد در این صورت محکمه به داخل صورتحال و فیصله مربوط آن، به تقسیم و تعیین حصص هریک از ورثه و شرکاء حکم می نماید.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> غیاث اللغات باب المیم صفحه ۴۷۷، تالیف محمد غیاث الدین بن جلال الدین بن شرف الدین ساکن شهر مصطفی آباد لکنو.

<sup>۲</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۷۴، تالیف نظام الدین عبدالله بن عبدالرحیم کابلی استاد حقوق و علوم سیاسی، ناشر انتشارات سعید تاریخ چاپ ۱۳۹۷ هـ ش.

<sup>۳</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی - تالیف راجی سمنگانی ۳۴/۴.

<sup>۴</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی - تالیف راجی سمنگانی ۳۵/۴.

## مطلب سوم مقارنه بین فقه اسلامی و قانون مدنی :

### الف - مورداتفاقی :

تعریف قسمت در قانون مدنی اگر چه به اعتبار عبارت و الفاظ مخالف با تعریف قسمت در فقه اسلامی است اما به اعتبار مضمون و مفهوم حصه اول تعریف قسمت با تعریف جمهور احناف که برای قسمت کرده اند موافق میباشد .

### ب- مورداختلافی:

علماء قانون در بخش دوم تعریف، به اقسام قسمت اشاره کرده، که قسمت یا به رضا مندی شرکاء صورت میگیرد و یا به حکم محکمه و قتیکه یکی از شرکاء تقسیم را خواهان باشد و کدام ضرری نیز به ذریعه قسمت به شرکاء متوجه نگردد ، اما جمهور فقهای احناف در تعریف قسمت به اقسام آن اشاره نکرده بلکه اقسام قسمت را جداگانه و مستقل ذکر نموده اند.

### مطلب چهارم - مشروعیت قسمت و حکمت مشروعیت آن

#### فرع اول - مشروعیت قسمت :

قسمت یک امر مشروع و جائز می باشد، از برای مشروعیت و جواز آن دلایلی از کتاب الله ، سنت ، اجماع امت ، عقل به قرار شرح ذیل ارایه میگردد.

#### الف - کتاب الله :

۱- قوله تعالى : {وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا}¹

ترجمه : و قتیکه حاضر شوند به وقت تقسیم کردن مال خویشاوندان و یتیمان و مسکینان پس خرچ دهید آنها را از مال و بگویند به آنها سخن نرم .²

#### وجه استدلال :

الله متعال- برای خویشاوندان به جز از ورثه و همچنان آن عده از یتیمان و مساکینی که در وقت قسمت ترکه حاضر شوند ، لازم کرده که برای آنها از طرف متقاسمین چیزی از مال متروکه داده شوند ضمیر منه در جمله (فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ) راجع است به مال، پس آیت ذکر شده صراحتاً به مشروعیت قسمت

¹ سورة النساء آیت ۸ .

² تفسیر احسن الکلام ۳۵۰/۲ تألیف ابو ذکریا عبدالسلام رستمی، پشوری ، ناشر: دارالتفسیر جامعه عربیه سفین چوک کوهات پشاور تاریخ طبع ۱۴۳۱هـ.



وجواز آن، دلالت میکند.<sup>۱</sup>

ابن حزم<sup>۲</sup> در ذیل آیت فوق، فرموده: که این آیت عام است شامل همه قسمت‌ها میباشد، تخصیص آن به ترکه و میراث به رای خود درست نمیباشد.<sup>۳</sup>

آیت فوق الذکر به نزد جمهور مفسرین از جمله محکّمات است اگرچه بعضی از علماء به نسخ آن قول کرده و فرمودند: آیت فوق، توسط این قول الله متعال:- {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ؛ مَنْسُوخٌ كَرِيهُةٌ} است.<sup>۴</sup>

۲- قوله تعالى: {وَنَبَّيْنَاهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ}<sup>۵</sup>

**ترجمه:** و خبر ده ایشان را که این آب میان ایشان تقسیم خواهد بود، هر یکی را به نوبت آب حاضر شدن است.<sup>۶</sup>

**وجه استدلال:** آیت فوق به جواز و مشروعیت قسمت دلالت میکند، زیرا که الله متعال نوبت بر آب را قسمت، مسمی کرده، آیت فوق گرچه اخبار است از آنچه بین حضرت صالح- علیه السلام - و قومش رخ داده بود، که هر یکی از قوم و ناکه به نوشیدن آب به وقت معین، اختصاص داده شده بودند، لیکن این طرز العمل در شریعت پیامبر آخر الزمان، حضرت محمد مصطفی -صلی الله علیه وسلم- مادامیکه منسوخ نشده باشد نیز قابل اجراء می باشد<sup>۷</sup> چنانچه جمهور اصولین فرموده اند: شرائع من قبلنا شریعت است برای ما مادامیکه منسوخ نشده باشد.<sup>۸</sup>

۳- قوله تعالى: {وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ}<sup>۹</sup>

<sup>۱</sup> تفسیر قرطبی ۱۶۱۸/۳، الجامع لاحکام القرآن، مشهور به تفسیر قرطبی، تألیف ابی عبد الله محمد بن احمد الانصاری، القرطبی، متوفی سنه ۶۷۱هـ طبع دار الریان للتراث - القاهرة.

<sup>۲</sup> علی بن احمد بن سعید بن حزم الظاهری، ابومحمد عالم الاندلسی در عصر خود یکی از جمله شیوخ در اسلام بود مردم زیاد در اندلس به پیروی او منسوب می شدند و آنها را حزمیه میگفتند، تولد او در قرطبه شده بود فقیه، حافظ، و مجتهد بود احکام را از قرآن و سنت استنباط میکرد بسیاری از علماء بالای وی انتقاد میکرد و به گمراه بودن وی قول کردند، حاکمان وقت را علیه او تحریک کردند و او را مجبور ساخت که به یکی از دهات اندلس پناه گزین شود و در آنجا در سنه ۳۷۰هـ وفات نمود و تقریباً در حدود ۴۰۰ جلد کتاب را تألیف نموده بود و گفته می شد: لسان ابن حزم و سیف الحجاج شقیان. الاعلام للزرکلی ۲۵۴/۴.

<sup>۳</sup> المحلی لابن حزم ۵۵۲/۸، تألیف امام ابی محمد علی بن احمد بن سعید بن حزم الاندلسی، المتوفی سنه ۴۵۶هـ طبع مکتبه الجمهوریه العربیه-مصر ۱۳۸۹ هـ - ۱۹۶۹ م.

<sup>۴</sup> سوره نساء آیت ۱۱.

<sup>۵</sup> و این قول ابن عباس و ابو موسی اشعری و تعدادی از تابعین است مانند عروه بن زبیر و حسن ابن سیرین و نخعی و زهری و مجاهد و غیره.

و به منسوخ بودن آن توسط آیت (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) سعید ابن مسیب و ضحاک قول کرده اند و روایت ضعیف از عبدالله ابن عباس نیز چنین منقول است، به نزد مفسرین قول اول راجح است؛ زیرا مراد از حاضرین در وقت قسمت اقارب میت است که وارث نباشند. تفسیر ابن کثیر ۴۵۵/۱.

<sup>۶</sup> سوره القمر آیت ۲۸.

<sup>۷</sup> تفسیر احسن الکلام ۵۴/۶.

<sup>۸</sup> احکام القرآن للجصاص ۲۹۸/۵، تألیف حجة الاسلام ابی بکر احمد بن علی الرازی، الجصاص، الحنفی، متوفی سنه ۳۷۰هـ طبع مکتبه دارالمصنف

<sup>۹</sup> تیسیر التحریر ۱۳۱/۳ تألیف محمد امین المعروف به امیر بادشاه، طبع مصطفی الحلبي - القاهرة سنه ۱۳۵۱هـ.

<sup>۱۰</sup> سورت انفال آیت ۴۱.

**ترجمه :** بدانید یقیناً آنچه رادر جنگ از کافران حاصل نمائید هر چیزیکه باشد پس یقیناً الله متعال را حصه پنجم آن است ورسول را ۱.

**وجه استدلال :** الله متعال بعض حصه های مال غنیمت را بیان کرده ، واین بعض، توسط تقسیم معلوم میگردد ، زیرا جدا کردن حصه پنجم از چهار حصه باقی غانمین، جز توسط قسمت ممکن نیست.<sup>۲</sup>

### ب - سنت :

قسمت به قول، فعل و تقریر رسول الله -صلی الله علیه وسلم- ثابت است :

#### اول - سنت قولی :

۱- روی عن ابی هریره -رضی الله عنه -ان رسول الله -صلی الله علیه وسلم- قال : (اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فیها).<sup>۳</sup>

ترجمه : از ابی هریره -رضی الله عنه- روایت است که رسول الله -صلی الله علیه وسلم- فرمود : زمانیکه خانه تقسیم کرده شود و حدود آن مشخص شود بعداً شفعی حق شفعه را در آن ندارد .

۲ - حدیث جابر ابن عبدالله -رضی الله عنه- (قضی رسول الله -صلی الله علیه وسلم- بالشفعه فیما لم یقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة )<sup>۴</sup>.

ترجمه : حضرت جابر -رضی الله عنه- فرموده : که رسول الله -صلی الله علیه وسلم- فیصله شفعه را در آن چیزهای کرده که تا حال تقسیم نشده باشند، زمانیکه حدود متعین شوند و راه ها باهم جداگردند، پس در آن صورت شفعه نمیشد .

### وجه استدلال :

احادیث فوق الذکر مشروعیت قسمت را افاده میکنند ، به این شکلی که هرگاه مال بین دو نفر ویا زیاده از دو مشترک باشد ، شرکاءمال مشترک رامیان خودتقسیم نمایند بعد ازتقسیم یکی از شرکاءسهم خود را ازبین سهام جداساخته به فروش برسانند، به شرکای دیگر حق شفعه ثابت نمیشود ، زیرا از

<sup>۱</sup> تفسیر احسن الکلام ۲۹۹/۳ از شیخ ابی زکریا رستمی ناشر: دارالتفسیر جامعه عربیه سفین چوک کوهات پشاور .

<sup>۲</sup> احکام القسمة للدکتور محمد بن عبدالرحمان الضوینی صفحه ۲۹ ناشر: دارالفکرالجامعی، تاریخ طبع ۲۰۰۱م مطبوعه دارالاسلام -قاهره .

<sup>۳</sup> الحدیث رواه ابو داود واین ماجه بمعناه ، سنن ابو داود ۳ / ۲۸۶ باب فی الشفعه رقم (۳۵۱۵) تالیف الحافظ ابی داود سلیمان بن اشعث السجستانی الازدی متوفی سنه ۲۷۵ه طبع المکتبه العصریه - بیروت لبنان ، سنن ابن ماجه ۲/۸۳۴ باب اذا وقعت الحدود فلا شفعة (۲۴۹۷) تالیف الحافظ ابی عبدالله محمد بن یزید القزوینی بن ماجه متوفی سنه ۲۷۵ه طبع المکتبه العلمیه - بیروت ، وقال الشوکانی : حدیث ابی هریره ، رجال اسناده ثقات ، نیل الاوطار للشوکانی ۳۳۱/۵ طبع دارالحدیث .

<sup>۴</sup> صحیح البخاری همراه با شرح آن ، فتح الباری ۴/۴۷۶ باب بیع الارض والدور والعروض مشاعاً ، تالیف امام عبدالله محمدبن اسماعیل البخاری متوفی سنه ۲۵۶ه ، طبع آخرهمراه باشرح آن فتح الباری ، مطبوعه دارالریان للتراث . صحیح مسلم همراه باشرح آن از امام نووی ۵۴/۱۱ باب الشفعه - تالیف امام ابی الحسین مسلم بن الحجاج بن المسلم القشیری ، متوفی سنه ۲۶۱ه طبع مکتبه الدعوه ، القاهره .

جمله مسلمات است که هیچ حقی از حقوق ساقط نمیگردد مگر به واسطه امر مشروع، پس واضح گردید که قسمت امر مشروع بوده است.<sup>۱</sup>

## دوم - سنت فعلی:

۱ - روی عن جابر بن عبدالله وابن مسعود-رضی الله عنهما- (ان النبی - صلی الله علیه وسلم- كان یقسم الغنائم بین المسلمین).<sup>۲</sup>

ترجمه: از حضرت جابر بن عبدالله وابن مسعود-رضی الله عنهما- روایت است که نبی کریم - صلی الله علیه وسلم - اموال غنیمت را میان مسلمانان تقسیم می نمود .

۲ - روی البخاری عن هذیل بن شرحبیل قال: (سئل أبو موسی عن ابنة وابنة ابن، وأخت؟ فقال: للابنة النصف وللأخت النصف وإنت ابن مسعود فسیتابعنی فسئل ابن مسعود وأخیر بقول أبي موسی فقال: لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين، ثم قال أقضي فيها بما قضی رسول الله -صلى الله عليه وسلم- للإبنة النصف ولإبنة الإبن السدس تكملة لثلاثين وما بقي فلأخت فأتينا أبا موسی فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم).<sup>۳</sup>

ترجمه: روایت کرده است امام بخاری از هذیل ابن شرحبیل، گفت: ابن شرحبیل که از ابو موسی در رابطه میراث دختر و دختر پسر و خواهر سوال شد، و ابو موسی جواب داد که برای دختر نصف می شود و برای خواهر نیز نصف می شود، و به پیش ابن مسعود -رضی الله عنه- بروید شاید که او هم در این مسئله پیروی مرا بکند، و از ابن مسعود در رابطه این مسئله پرسان شد، و همچنان سخن ابو موسی اشعری را نیز برایشان گفتند (فسیتا بعني) ابن مسعود در جواب گفت هرآینه گمراه خواهم شدم اگر من اطاعت ابو موسی را بکنم، در این مسئله من آن فیصله میکنم که رسول الله - صلی الله علیه وسلم - نموده است: از برای دختر نصف است، از برای دختر پسر سدس است تا اینکه ثلثین تکمیل شود - و باقی از اخت است به اساس عصوبت، راوی میگوید که ما پیش ابو موسی آمدیم، و به فیصله ابن مسعود خبرش دادیم، ابو موسی گفت: از من سوال نکنید مادامیکه این عالم بزرگ، یعنی: ابن مسعود بین شما موجود باشد.

۳ - روی ابو داود من حدیث صدائی: (ان رجلاً سأل النبی - صلی الله علیه وسلم - ان یعطیه من الصدقة، فقال له رسول الله - صلی الله علیه وسلم - ان الله لم یرض بحکم النبی ولا غیره فی الصدقات . حتی حکم فیها هو ، فجز أها ثمانية اجزاء ، فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك).<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> احكام القسمة للدكتور محمد بن عبدالرحمان الضويني صفحة ۳۱ .

<sup>۲</sup> فتح الباری شرح صحیح البخاری ۳۲۴/۷ کتاب المغازی تألیف ابن حجر عسقلانی متوفی سنه ۸۵۲ هـ طبع دارالریان للتراث، القاهرة، صحیح مسلم ۷۳۸/۲ کتاب الزکاة، ۱۴۰۲/۳ کتاب الجهاد .

<sup>۳</sup> صحیح البخاری همراه با شرح آن ۱۸/۱۲ باب میراث بنت همراه بنت الابن.

<sup>۴</sup> سنن ابی داود ۱۱۷/۲، امام شوکانی در نیل الاوطار ۱۷۱/۴ فرموده: الحدیث فی اسناده زیاد بن انعم (الافریقی) وقد تکلم فیہ غیر واحد .

ترجمه : ابو داود از صدائی روایت کرده است که یک نفر از پیامبر - صلی الله علیه وسلم - سوال کرد که از مال زکات برایش بدهد، پیامبر - صلی الله علیه وسلم- برایش فرمود : الله در مورد مال زکات به فیصله هیچ کس راضی نشده چی نبی باشد چی غیر نبی ، بلکه خود الله - جل جلاله- مستحقین مال زکات را به هشت گروه، تقسیم نموده . اگر تو از جمله آنها باشی برایت میدهم و اگر نباشی نی.

### طریق استدلال :

تقسیم پیامبر - علیه السلام - اموال غنیمت را ، در میان صحابه -رضی الله عنهم-به شکل عملی و همچنان تقسیم نمودن صحابه ترکه رامیان وارثین ، و تقسیم مال زکات میان مستحقین آن ، دلالت میکند به مشروعیت قسمت سائر حقوق مالی و غیر مالی ، زیراکه جزئی ترین عمل پیامبر- صلی الله علیه وسلم- و صحابه -رضی الله عنهم- برای امت شریعت است .<sup>۱</sup>

### سوم : سنت تقریری :

حدیث اَبی سَعِيدِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قَالَ: ( انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فِي سَفَرَةٍ سَافَرُوها، حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَاسْتَضَافُوهُمْ، فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمْ فَلَدَغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الْحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ، لَا يَنْفَعُهُ شَيْءٌ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَوْ أَنْتُمْ هُوَ لَأَيُّهَا الرَّهْطُ الَّذِينَ نَزَلُوا، لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ فَأَتَوْهُمْ فَقَالُوا: يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِعٌ، وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ، لَا يَنْفَعُهُ فَهَلْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: نَعَمْ وَاللَّهِ إِنَّي لِأَرْقِي، وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَقَدْ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا، فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعَلًا فَصَالِحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ الْعِغَمِ فَأَنْطَلَقَ يَقُولُ عَلَيْهِ وَيَقْرَأُ (الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) فَكَانَ مَا نُشِطُ مِنْ عِقَالٍ فَأَنْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلْبَةٌ قَالَ: فَأَوْفَوْهُمْ جُعَلُهُمُ الَّذِي صَالِحُوهُمْ عَلَيْهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَفْسِمُوا فَقَالَ الَّذِي رَقِيَ لَا تَفْعَلُوا، حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَذَكَرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَتَنظَرَ مَا يَأْمُرُنَا فَاقْدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَذَكَرُوا لَهُ فَقَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُفِيَةٌ ثُمَّ قَالَ: قَدْ أَصَبْتُمْ، أَفْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-<sup>۲</sup>.

ترجمه : از ابو سعید - رضی الله عنه - روایت است که گفت : عده ای از صحابه پیامبر صلی الله علیه وسلم- به سفر رفتند تا آنکه در مسیر راه خود، به قریه از قریه های عرب رسیدند ، از مردم آن قریه خواستند تا آنها را مهمان کنند ، ولی آنها از مهمان کردن آنها ابا ورزیدند . رئیس آن قریه را مارویاعقرب گزید ، و هر کوشش که کردند کارگر نیفتاد ، کسی از آنها گفت : اگر نزد این تازه واردان برویم شاید کسی از آنها برای معالجه آن چیزی داشته باشد ، نزد آنها آمده وگفتند : ای مردم رئیس مارا چیزی گزیده است، و برای معالجه آن هرکوشش کردیم کارگر نیفتاد ، آیا شما برای معالجه او

<sup>۱</sup> بدائع صنائع للكاسانی ۴۶۲/۵ تالیف امام علاءالدین ابی بکر بن مسعود الكاسانی الحنفی متوفی ۵۸۷هـ ، ناشر مكتبة الوحيدية پشاور پاکستان  
<sup>۲</sup> صحيح البخاری همراه شرح آن ۵۲۹/۴ كتاب الاجاره ، صحيح مسلم ۴۴۷/۱۴ كتاب السلام ، باب جواز اخذه الاجره على الرقيه بالقرآن والاذكار - طبع دار القلم بیروت ، سنن ابی داود ۲۶۵/۳ باب فی کسب الاطیاء.

چیزی دارید؟ یکی از آنها گفت: بلی دارم، و بخدا سوگند که من دعا خوانی می کنم، ولی ما از شما خواسته بودیم که ما را مهمان کنید، و شما ابا ورزیدید، و حالا تا برای ما چیزی ندهید دعا نخواهم خواند، بالآخره در مقابل چند رأس گوسفند (گویند این گوسفند ها سی رأس بود) موافقه نمودند تا او را دعا خوانی کند، همان بود که رفت و الحمد لله رب العالمین را خواند و بر وی دمید، آن شخص مانند آنکه از ریسمان باز شده باشد، برخاست و به راه افتاد، و گویا به وی علتی نبود.

راوی گفت: گوسفند هایی را که برای آنها وعده کرده بودند، دادند، بعضی از همراهانش گفتند: باید این گوسفند ها را بین خود تقسیم کنیم، آن شخص که دعا خوانده بود گفت: چنین نکنید، بلکه انتظار بکشید تا نزد پیامبر خدا -صلی الله علیه وسلم- برویم و قضیه را برایشان قصه نمائیم و ببینیم که ما را به چه امر میفرماید؟

چون نزد پیامبر خدا آمدند، و ماجرا را برایشان قصه نمودند، فرمودند از کجا فهمیدی که معالجه اش در خواندن الحمد لله است؟ بعد از آن فرمود: کار خوبی کردید، گوسفندان را بین خود تقسیم کنید، و همراه خود برای من نیز سهمی قرار دهید، و پیامبر خدا خندید.

### ج - اجماع :

امت اسلامی به جواز قسمت اجماع دارند؛ زیرا که مردم از زمان پیامبر -صلی الله علیه وسلم- تا به امروز بدون رد و انکار به قسمت عمل میکنند.<sup>۱</sup>

### د - عقل :

قسمت از مقتضیات عقل انسانی میباشد، زیرا که بعض اوقات شرکاء میخواهند که خود را از ضرر شرکت به امان دارند به سبب اینکه در غالب اوقات در مشارکت سؤظن ها و اختلافات به میان می آید، و بعض اوقات در اعضای یک فامیل نیز مال مشترک میباشد مثل ترکه مورث، و اسلام، دین الفت و اخوت است و همیشه به رفع نزاع و شقاق و صلح رحمی بین مسلمین توصیه میکند، و قسمت بهترین وسیله است برای اینکه هر یکی از شرکاء بتوانند از ملکیت خویش بطور انفرادی و مستقل استفاده نمایند، و از سؤظن ها، و نزاع میان شان جلوگیری صورت گیرد، مودت و رحمت بین مسلمین و خصوصاً بین افراد یک فامیل که از جمله ای اهداف مهم و ضروری شریعت اسلامی است توسط قسمت اعاده میگردد، پس عمل قسمت از جمله ای امور ضروری جامعه بشری به حساب میرود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۵ / ۴۶۲، المغنی لابن قدامه ۹ / ۶۹، تالیف الامام موفق الدین ابی عبد الله بن احمد بن قدامه، الحنبلی، متوفی سنه ۶۲۰ هـ طبع مکتبه النور الاسلامیه - القاهره .

<sup>۲</sup> همان دومصدر.

## فرع دوم : حکمت مشروعیت قسمت :

از جمله مسلمات است که انسان به اعتبار طبیعتش حریت پسند است میخواید که در تصرفات خویش بدون رقیب و شریک، مستقل و آزاد قدم بردارد، ولوکه در این رابطه به خسران و توان رو به رو گردد .

رعایت مساوات و عدالت در بین شرکاء با وجود اختلاف طبائع و تقاضاها ، طمع و توقع نفسانی زیاد واقعاً کاری دشوار و مشکل خواهد بود ، شان تربیت اسلامی رعایت مصالح انسانها ، قطع اسباب نزاع میان آنها، دفع حرج و امثال اینها می باشد. بسا اوقات بعضی از شرکاء در برابر دیگران شان، مرتکب خیانت میشوند به مالهای آنها تصرفات جائز و ناجائز را پیش رو میگیرند ، پس شریعت اسلامی جهت دفع چنین مفاسد و تحصیل منافع برای همه شرکاء قسمت را مشروع نموده تا اینکه هر شریک در حصه خود مستقلانه عمل نماید و هیچ کسی با او شریک نباشد و به صداقت کامل پی تحصیل منافع خود حرکت نماید ، و متیقن شود که چه اندازه تلاش میکند نفع آن به خود وی برمیگردد، پس قسمت را شریعت اسلامی روی چنین اسرار و حکمتها مشروع نمود.<sup>۱</sup>

## مطلب پنجم- در بیان صفت قسمت :

مراد از صفت قسمت ، لزوم و عدم لزوم آن است که آیا قسمت یک امر لازمی است فسخ آن جواز ندارد و یا اینکه جائز است هر کدام از متقاسمین میتوانند که آنرا فسخ نمایند!

علماء، اتفاق دارند به اینکه قسمت قضائی (قسمت اجبار) لازمی میباشد هیچ کدام از شرکاء حق رجوع را از آن ندارد برابر است که قبل از برآمدن قرعه باشد و یا بعد از آن ، قاسم، خود قاضی باشد و یا شخصی باشد که آنرا قاضی برای قسمت انتخاب کرده باشد ؛ زیرا که منصوب قاضی به منزله قاضی می باشد ، چنانچه که حکم حاکم لازمی است همچنان حکم کسی که او را حاکم تعیین کرده باشد نیز لازمی است.<sup>۲</sup>

دلیل لزوم قسمت اجبار، قیاس انتهای قسمت است به ابتدای آن، یعنی: زمانیکه در قسمت اجبار، رضاء جانبین ابتداءً معتبر نبود بعد از برآمدن قرعه نیز معتبر نمی باشد.<sup>۳</sup>

هر چه قسمت رضائی ، که شرکاء در میان خود تقسیم راقیم کند ، و یا اینکه قاسم را از طرف خود انتخا نمایند ، علماء در لزوم و عدم لزوم این نوع از قسمت باهم اختلاف دارند، و این اختلاف در دو دیدگاه ذیل خلاصه میشود:

<sup>۱</sup> القسمة للدكتور ابراهيم عبد الحميد صفحة ۴۲ .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۲/۵ ، شرح زرقانی جلد ۶ / ۲۰۶ ، تالیف محمد بن عبد الباقي بن يوسف زرقانی متوفی سنه ۱۱۲۲ هـ ناشر دار الکتب العلمیه - بیروت تاریخ نشر: ۱۴۱۱ هـ ق ، الاقناع ۴/۱۶۴

<sup>۳</sup> المهذب مع تكملة المجموع ۴۱۴/۱۸ . تالیف امام ابی اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف الشیرازی ، الشافعی، مطبوع مع المجموع و تکملتیه ، مطبعه الامام - مصر .

## دیدگاه اول :

حنفی ها <sup>۱</sup>، مالکی ها <sup>۲</sup>، و بعضی شافعی ها <sup>۳</sup> - رحمهم الله - میگویند : بعد از برآمدن قرعه قسمت لازمی میگردد، موقوف به رضاء متقاسمین نمیباشد .

حنبلی ها - رحمهم الله - همراه قول به لزوم، یک قید دیگر را نیز اضافه میکنند ، و آن عبارت است از اینکه: قاسمی که شرکاء آن را تعیین میکنند باید که متصف به عدالت و معرفت باشد چنانچه قاسم حاکم چنین میباشد .<sup>۴</sup>

## دلایل دیدگاه اول:

۱ - قاسم (تقسیم کننده) رضاء در رعایت عدالت میان سهام متقاسمین و لحاظ شیوه‌های درست قرع اندازی مانند قاسم جبراً است، بس در لزوم تقسیم، نیز مانند تقسیم اجباری قیاساً قرارداد شده .<sup>۵</sup>

۲ - قسمت توسط قرعه کشی زمانی که به طریق درست صورت گیرد لازمی میگردد، رجوع کردن از آن درست نمیباشد؛ زیرا بعد از قسمت، سهام به هر یکی از متقاسمین توسط قرعه معلوم گردید، رجوع کردن از تقسیم ، نیست مگر انتقال از معلوم است سوی مجهول و این کار، خلاف آداب خردمندان است .<sup>۶</sup>

## دیدگاه دوم :

اکثر شافعی ها،<sup>۷</sup> حنبلی ها - رحمهم الله - در صورتیکه قاسم کافر باشد و یا فاسق ، و یا اینکه علم به امور قسمت نداشته باشد<sup>۸</sup> و بعضی احناف در صورتیکه قسمت تکمیل نشده باشد .<sup>۹</sup> میگویند : قسمت بعد از برآمدن قرعه بین متقاسمین لازمی نمیگردد ، تا وقتیکه صراحتاً نگویند: که مایان به این تقسیم قناعت داریم و راضی هستیم.

## دلایل این قول :

۱ - زمانی که رضامندی متقاسمین را پیش از قرعه اندازی معتبر میپنداریم ، باید بعد از قرعه اندازی نیز معتبر باشد .<sup>۱۰</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۸/۵ .

<sup>۲</sup> شرح الخرشی ۴۱۲/۴ ، تألیف ابی عبدالله محمد الخرشی المالکی ، علی مختصر الخلیل طبع : المطبعة العامره الشرفیه - طبع اول سنه ۱۳۱۶ - مصر ..

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج الی الفاظ المنهاج ۴۲۴/۴ . تألیف امام شمس الدین محمد بن احمد الشربینی الخطیب متوفی سنه ۹۷۷ هـ طبع مصطفی الحلبي .

<sup>۴</sup> کشف القناع عن متن الاقناع ۳۷۹/۶ ، تألیف علامه منصور بن یونس بن ادريس البهوتی حنبلی ، متوفی سنه ۱۰۵۱ هـ طبع : النصر الحديثه .

<sup>۵</sup> کشف القناع - ۳۷۹/۶ ، المهذب مع تكملة - ۴۱۴/۱۸ .

<sup>۶</sup> شرح الخرشی ۴۱۲/۴ .

<sup>۷</sup> روضة الطالبین ۲۱۷/۱۱ . تألیف امام ابی ذکریا یحیی بن شرف النووی ، الشافعی ، طبع ، المكتبة الاسلامیه بیروت .

<sup>۸</sup> کشف القناع ۳۷۹/۶ - المغنی ۵۰۲/۱۱ .

<sup>۹</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ .

<sup>۱۰</sup> المهذب مع تكملة ۴۱۴/۱۸ .

۲ - قسمت برضای متقاسمین در اساس خود بیع است ، بیع به رضایت جانبین لازمی میگردد نه به قرعه اندازی.<sup>۱</sup>

۳ - فقهای احناف به عدم لزوم قسمت پیش از تکمیل شدن آن، به این طریقه استدلال میکنند که: قسمت قبل از انتهای قرعه اندازی و اتمام آن، در حق متقاسمین، تکمیل نمیشود رجوع از عقد قبل از اتمامش مانند بیع جایز می باشد.<sup>۲</sup>

### قول راجح :

به نظر باحث دیدگاه اول (قول به لزوم قسمت ) نسبت به دیدگاه دوم (قول به عدم لزوم) روی دلایل ذیل راجح و بهتر معلوم میشود:

۱- موقوف نمودن قسمت به رضاء بعد از برآمدن قرعه ، در حقیقت ادامه دادن نزاع در میان متقاسمین است، اما قول به لزوم قسمت، قول به قطع نزاع در میان متقاسمین است ، پس چگونه قول اول را بهتر ندانیم!<sup>۳</sup>

۲- و همچنان در صورت لزوم قسمت کدام ضرری به متقاسمین عائد نمی شود؛ زیرا که خود متقاسمین بدون جبر و اکراه به اختیار و اراده خود اقدام به قسمت نموده اند و شارع حکم میکند که انسان نباید عمل خویش را باطل قرار دهد چنانچه میفرماید {وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ} .<sup>۴</sup>

ترجمه : ضایع نسازید اعمال خود را.<sup>۵</sup>

۳- و اگر در قسمت غبن و یا غلطی آشکارا گردد، اگر تقسیم قضائی نیز باشد باز هم قابل فسخ میباشد ، با وجودیکه در لزوم تقسیم قضائی، اتفاق فقها ء است، پس به لزوم قسمت کدام مانع وجود ندارد. والله اعلم

### مبحث دوم: انواع قسمت در فقه اسلامی وقانون مدنی :

ملک مشاع به اعتبارات مختلف دارای تقسیمات متعددی می باشد، می توانیم که آنها را در چهار اعتبار ذیل خلاصه نمایم ، اعتبار اول: اقسام تقسیم به اعتبار ذات مقسوم، مال به اعتبار مذکور به سه نوع از قسمت تقسیم می شود ۱- قسمت اجزاء ۲- قسمت تعدیل ۳- قسمت رد . اعتبار دوم : اقسام تقسیم به اعتبار اراده متقاسمین تقسیم به این اعتبار به دو قسم است ۱- قسمت اجبار ۲- قسمت تراضیا اعتبار سوم: اقسام تقسیم به اعتبار وحدت محل و تعدد آن، تقسیم به این اعتبار نیز به دو نوع است ۱- قسمت جمع ۲- قسمت تفریق . اعتبار چهارم : اقسام تقسیم به اعتبار ذات و منفعت، مال به این اعتبار،

<sup>۱</sup> کشاف الفناع ۳۷۹/۶ .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۸/۵ .

<sup>۳</sup> احکام القسمة للدكتور محمد بن عبدالرحمان الضوینی صفحه ۵۲ .

<sup>۴</sup> سوره محمد آیت ۳۳ .

<sup>۵</sup> تفسیر احسن الکلام ۵۱۳/۵ .



نیز به دو قسم است ۱- تقسیم اعیان ۲- تقسیم منافع، تقسیمات فوق رانخست در فقه اسلامی بعداً در قانون مدنی و مقایسه بین آنها طی مطالب سه گانه مستقل به قرار ذیل توضیح و تشریح میداریم :

### مطلب اول : انواع قسمت در فقه اسلامی

#### الف- اقسام تقسیم به اعتبار ذات مقسوم:

قسمت به اعتبار ذات مقسوم، دارای سه قسم است: ۱- قسمت افراد ۲- قسمت تعدیل ۳- قسمت رد هر یک اینها به شکل ذیل مورد تحقیق و بررسی قرار میگیرد:

#### اول : قسمت افراز :

در قسمت افراز احتیاجی به قیمت گذاری مقسوم، پیش نمیشود؛ زیرا در اغراضیکه از مقسوم بر قسمت افراز مطلوب است بعد از تقسیم در آن تفاوت پیدا نمیشود ، همچنان ضرورت به رد کردن چیزی از یک شریک به شریک دیگر نیز برده نمیشود.<sup>۱</sup> این نوع از قسمت به نام قسمت افراز یاد میشود؛ زیرا که در این نوع از قسمت جز از افراز و جداساختن سهام یک شریک از شریک دیگر چیزی دیگری مطلوب نمیشود برابر است که این افراز توسط کیل و وزن باشد یا توسط متر و شمارش.<sup>۲</sup>

و همچنان این نوع از قسمت را به قسمت متشابهات نیز یاد میکنند؛ زیرا این نوع از قسمت در آن مقسومی جریان پیدامیکند که حصه ها یش باهم متشابه باشد و تفاوت قابل ملاحظه میان آنها دیده نشود مانند: مثلیات و معدودات متقاربه و در اشیای قیمی که نوع آنها متحد باشد مانند حویلی ها مادامیکه اطاقهای آن مساوی باشند، زمین و باغها که تمام حصه های آن باهم یکسان باشند ، منسوجات ، کتابها ، قلمها، ساعتها و غیره امور، نیز چنین حکم دارد.<sup>۳</sup>

و در این نوع از قسمت اگر یکی از شرکاء از قسمت امتناع ورزد ، جبراً قسمت بالایش تطبیق میگردد ، زیرا اگرچه انصبا باهم متفاوت اند ، اما تفاوت، اندک است ، آنقدر نیست که به یکی از شرکاء ضرر قابل ملاحظه وارد گردد و آن ضرر مانع قسمت شود باوجودیکه بعد از قسمت از ملکیت خویش استفاده کامل کرده میتواند از ضرر مشارکت نیز به امان میگردد.<sup>۴</sup>

#### دوم - قسمت تعدیل :

قسمت تعدیل عبارت است از اینکه : قاسم میان حصص شرکاء مساوات بیاورد که حصه هر شریک از حق قانونی اش نه زیاد باشد و نه کم ، و این مساوات به اساس قیمت و ارزش مقسوم و منفعت او قایم میگردد نه به رد کردن عوض و برابری در حصص ، مانند: اینکه قاسم بگوید: که یک متر این

<sup>۱</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۱ .

<sup>۲</sup> حاشیه الشروانی علی تحفة المحتاج ۱۰/۲۰۱ ، در فقه شوافع ، تالیف: عبد الحمید، المکی الشروانی متوفی ۱۳۰ هـ . طبع دارالفکر-بیروت .

<sup>۳</sup> اسنی المطالب فی شرح روضة الطالب ، ۴/۳۳۱ - در فقه شوافع تالیف ذکریا بن محمد بن ذکریا الانصاری، طبع: المطبعة المیمیه - مصر.

<sup>۴</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۱ .

زمین به سه متر زمین دیگر در منفعت و قیمت برابر است، محل قسمت تعدیل اشیای می باشد که اجزاء آن در منفعت و قیمت هر دو، و یا در یکی از ایشان مختلف باشد مانند زمینیکه اجزای آن، از روی ضعف وقوة انبات مختلف باشد و یا در قرب و بعد از نهر آب و سرک تفاوت داشته باشد، و یا در جنس آن چیزی که در زمین غرس شده باشد مختلف باشد مثلاً باغی باشد که یک حصه آن تاک انگور باشد و حصه دیگر آن درخت توت، و یا حویلی ای باشد که بعض اتاق هایش خشت پخته کار شده باشد و بعضی دیگر آن، خشت خام همراه باگل.<sup>۱</sup>

اگر دو نفر در یک زمین به شکل مناصفه شریک باشند، و قیمت ثلث زمین به جهت اینکه به درختان مختلف مشتمل است و یا جوی آب برایش نزدیک است، و یا به آفتاب رو به رو است، معادل دو ثلث زمین خالی از امور مذکوره باشد، پس ثلث آنرا یک سهم و ثلثین آنرا سهم دیگری ساخته شود و میان هر دو شریک به اساس قرعه اندازی تقسیم گردد.

### سوم قسمت رد :

قسمت رد: عبارت از رد کردن مالی است از یک شریک به شریک دیگر که از بیرون قسمت آورده شده باشد، جزء مال مشترک نباشد، این نوع از قسمت را، به قسمت رد نامیده میشود، از جهتیکه در این رد کردن مال اجنبی از یک شریک به شریک دیگری است، مانند اینکه: یک قطعه زمین به صورت مشاع میان دو نفر مشترک باشد، و در یک طرف زمین، چاه آب و یا اینکه درخت میوه باشد که امکان تقسیم آن برده نشود و در جانب دیگر زمین چنین چیزی نباشد که معادل طرف اول قرار گیرد، مگر اینکه خارج از مال مشترک چیزی را همراه او ضم کرده شود، در این صورت زمین میان هر دو شریک بعد از قیمت گذاری، به این شرطی تقسیم میشود که کسیکه چاه و یا درخت در قرعه او آمده، نصف قیمت چاه و یا درخت را به شریک دیگر، رد نماید اگر زمین میان دو نفر باهم مساوی مشترک باشد و در یکی از جوانب زمین چاه باشد، قیمت هر جانب زمین هزار افغانی باشد، و قیمت چاه هم هزار افغانی باشد، زمین را باهم مساویانه تقسیم کنند، جانب چاه که به هر کس رسید، نصف قیمت چاه یعنی پنجصد افغانی به صاحب جانب دیگر بپردازد.<sup>۲</sup>

قسمت رد، در بعض صورتهای همراه با قسمت تعدیل جمع میشود، یعنی یک شیء هم به قسمت رد، تقسیم میشود و هم به قسمت تعدیل، مانند: صورت ذکر شده، که زمین میان دو نفر به شکل مناصفه مشترک باشد و در یکی از جوانب آن چاه باشد، ممکن است که زمین به شکل مناصفه میان دو شریک تقسیم کرده شود از طرف قاسم بالای کسیکه در سهم او چاه واقع شده، نصف قیمت چاه مقرر گردد، که آنرا به شریک دیگر رد نماید. و ممکن است که زمین و چاه هر دو قیمت گذاری شود مثلاً به یک هزار پنجصد افغانی، پنجصد افغانی تنها قیمت چاه باشد، میتواند که یکی از شرکاء چاه را بگیرد همراه با

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> حاشیه الباجوری علی شرح ابن القاسم الغزی ۳۵۴/۲، تالیف ابراهیم بن احمد الباجوری - شافعی. طبع مصطفی الحلبي سنة ۱۳۴۳ هـ.

ربع زمین، و شریک دیگر سه برچهار حصه زمین را صاحب شود، در این صورت، قسمت تعدیل قابل اجرا می‌باشد نه رد و اگر در عین مثال مذکور فرض کنیم که قیمت چاه زیاد است از تمام زمین کرده، مثلاً: قیمت چاه از طرف قاسم دو هزار دوصد افغانی تعیین شود و قیمت کل زمین دو هزار افغانی تعیین شود، پس شخصی که در قرعه او چاه برسد مجبور و مکلف است که صد افغانی را به شخصی که به قرعه او زمین رسیده، رد نماید پس در این صورت صرف قسمت رد، قابل تطبیق است و بس.<sup>۱</sup>

#### ب- اقسام قسمت باعتبار اراده متقاسمین :

قسمت، به اعتبار مذکور به دو قسم تقسیم می‌شود: ۱- قسمت اختیاری (اتفاقی) ۲- قسمت اجباری (قضائی) زیرا که شرکاء تماماً رغبت به تقسیم مال شائع و مشترک می‌داشتند، و یا بعضی آنها رغبت می‌داشتند و بعضی دیگر آنها ابتداءً از تقسیم انکاری می‌باشند بعداً همراه شان به قسمت توافق می‌نمایند، پس در این هر دو صورت ضرورت به قضاء باقی نمی‌ماند و این قسمت را بنام قسمت اختیاری (رضائی) می‌نامند و بعضی اوقات، تعدادی از شرکاء رغبت به تقسیم می‌داشتند و تعدادی دیگری از تقسیم امتناع می‌ورزند، پس در این صورت راغبین می‌توانند به اساس ضرورتی که به تقسیم دارند، به قاضی پیشنهاد نمایند تا قاضی مال مشترک را میان شان مطابق به شرع تقسیم نماید و این قسمت، به نام قسمت قضائی نامیده می‌شود.<sup>۲</sup>

#### اول قسمت اختیاری (اتفاقی) :

قسمت رضائی: عبارت است از گرفتن هر یکی از شرکاء به اندازه حصه خویش از مال مشترک به رضایت همه شرکاء و یا عبارت است از قسمتی که از طرف قاضی صورت گیرد لیکن به اتفاق و رضایت همه شرکاء، این نوع از قسمت را رضائی می‌نامند؛ زیرا که به رضایت شرکاء صورت می‌گیرد.<sup>۳</sup>

مجلة الاحكام العدلیه در ماده (۱۱۲۱) قسمت اختیاری را چنین تعریف نموده است: «قسمة الرضى هي القسمة التي تجرى بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضى الكل عند القاضی.»<sup>۴</sup>

ترجمه: قسمت رضاء عبارت از قسمتی است که در مال مشترک به رضایت متقاسمین، جریان پیدا کند و یا همگی به رضایت خود به حضور داشت قاضی مال مشترک را تقسیم نمایند.

اعتبار دادن به قسمت تراضی، در حقیقت ارج گذاشتن به اراده شرکاء است، اراده شرکاء، در حقوق خصوصی از اعتبار بلندی برخوردار می‌باشد و این نوع از قسمت زمانی تحقق می‌پذیرد که تمام شرکاء به آن راضی باشند و هیچ کدام اعتراض نداشته باشد، و قسمت در این صورت، به گونه صورت می‌گیرد که مورد رضامندی خود شرکاء باشد.

<sup>۱</sup> همان مصدر/۶۸

<sup>۲</sup> احكام القسمة، صفحه ۶۸، تالیف دكتور محمد عبدالرحمان الضوینی - ناشر دارالفکر الجامعی سنه طبع: ۲۰۰۱ میلادی .

<sup>۳</sup> احكام القسمة /۶۸.

<sup>۴</sup> مجلة الاحكام العدلیه صفحه ۱۵۹. تالیف تعدادی از علمای احناف در دوران خلافت عثمانی طبع: کراچی پاکستان .

محدودیت، به تقسیم رضاء زمانی مطرح میشود که مال مشترک قابل تقسیم نباشد و یا هم در بین شرکاء اشخاص غائب موجود باشد .

به نزد حنفی ها و مالکی ها – رحمهم الله - قسمت رضائی در هر نوع مال جریان پیدامیکند، برابر است که قیمی باشد و یا مثلی ، متحد در جنس باشد و یا مختلف ، بعد از تعدیل باشد و یا قبل از آن ، مشتمل به رد باشد و یاخیر ؛ زیرا حق از شرکاء است و آنها میتوانند در مورد قسمت مال خود، هر نوع تصمیم مشروع و جایز اتخاذ نمایند.<sup>۱</sup>

و به نزد شافعی ها و حنبلی ها – رحمهم الله - قسمت رضائی در تقسیمی جریان پیدامیکند که مشتمل به رد باشد؛ زیرا در این نوع از قسمت ، تملیک مال است که میان شرکاء مشترک نمی باشد و صفت این نوع از تقسیم چنین است که اجبار را قبول نمیکند .<sup>۲</sup>

به نزد امام شافعی – رحمه الله - قسمت تعدیل اجبار را قبول نمیکند<sup>۳</sup> ؛ زیرا که اغراض و منافع شرکاء در این نوع از قسمت متفاوت میباشد اگرچه از روی قیمت باهم مساوی باشند مثلاً باغ زردآلو و باغ انگور در عوایدور غبت مردم باهم مساوی نمیشوند، با وجودیکه قیمتاً باهم مساوی باشند، همچنان زمینی که مساحت آن کم باشد لیکن از ناحیه خاک ، زراعت ، نزدیکی به آب، عالی باشد برابر نیست با زمینی که مساحت آن زیاد باشد، اگرچه قیمتاً باهم مساوی باشند، پس رضامندی شرکاء در این نوع از تقسیم نیز ضروری میباشد .<sup>۴</sup> امام احمد بن حنبل – رحمه الله- به اجبار قسمت تعدیل قول کرده است، دلیل شان قیاس است، تساوی در قیمت را، به تساوی در اجزاء، قیاس میکند، زمانیکه اجزای یک شیء مشترک ، که صورتاً باهم مساوی باشند، قسمت در آن جبراً صورت گرفته میتواند، هم چنان شیء مشترک که اجزای آن قیمتاً باهم مساوی باشند، در آن نیز قسمت جبراً صورت گرفته میتواند .<sup>۵</sup>

اما قسمت اجزاء (قسمت متشابهات)، فقهاء در آن اتفاق دارند که این نوع از قسمت، اجبار را قبول میکند یعنی : اگر یکی از شرکاء از قسمت امتناع ورزد ، قاضی میتواند جبراً قسمت را بالایش به قبولاند اگر که این کار مانع قسمت رضاء شده نمیتواند ، شرکاء میتوانند که بدون رفتن به قاضی، مال مشترک را میان خود شان رضاء تقسیم نمایند .<sup>۶</sup>

در این مقام ضابطه است که نسبتاً علماء به آن اتفاق نظر دارند ، و آن عبارت است از اینکه: وقتیکه قسمت به ضرر همه شرکاء و یا به یکی از آنها و یا به رد مشتمل باشد در این صورت اجبار در قسمت جای ندارد ، بلکه رضاء شرکاء باید به قسمت بوده باشد ، کم از کم رضای کسیکه از ناحیه تقسیم

<sup>۱</sup> ميسوط سرخسی ۳۸/۱۵. تالیف شمس الدین ابی بکر محمد بن احمد بن ابی سهل السرخسی متوفی سنه ۴۹۰ هـ طبع کویته پاکستان تاریخ طبع ۱۴۲۱ هـ ق، شرح الخرشی ۴۰۱/۴

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۳، الانصاف ۱۱/۳۳۴.

<sup>۳</sup> نهاية المحتاج ۲۸۸/۸ ، الی شرح المنهاج ، تالیف شمس الدین محمد بن العباس احمد بن حمزه ابن شهاب الدین الرملی ، المصری، المتوفی سنه ۱۰۰۴ هـ طبع مصطفی الحلبي .

<sup>۴</sup> القسمة للدكتور ابرهیم عبدالحمید ۴۱/۴ .

<sup>۵</sup> روضة الطالبین ۲۱۰/۱۱ .

<sup>۶</sup> المغنی لابن قدامه ۷۳/۹ .

بالای او ضرر واقع میشود حتمی و ضروری است؛ زیرا حق از شرکاء است، و شرکاء میتوانند از حق خود به رضاء و رغبت گذشت نمایند.<sup>۱</sup>

در صورتیکه قسمت مشتمل به ضررورد نباشد درحین طلب یکی از شرکاء، بالای قاضی لازم است که بالای شریکی که از قسمت امتناع میورزد فشار وارد کند تا آماده تقسیم شود؛ زیرا که قسمت از جهت دفع ضرر شریک و حصول نفع، مشروع شده است که هر شریک به اختیار و اراده خود در ملکیت خود تصرف نماید در صورتیکه این کار همراه شرکت ممکن شده نمیتواند، پس از جمله مسؤلیت های قاضی است که بالای کسیکه از قسمت امتناع میورزد فشار وارد کند تا حاضر به تقسیم شود<sup>۲</sup> به دلیل قول رسول الله - صلی الله علیه وسلم- (لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام)<sup>۳</sup>.

ترجمه: به کسی ضرر نباید رساند، و نه هم ضرر را با ضرر مقابله کرد.

باید یادآور شویم که در این مقام یک نوع مالی وجود دارد که تقسیم آن جائز نمی باشد نه رضاء و نه قضاء یعنی: نه در زیر تقسیم اجباری داخل میشود و نه در زیر تقسیم رضائی، و آن عبارت است از مالی که توسط تقسیم تلف می شود مانند: دانه لؤلؤ، غلام، حیوان، کمپیوتر و غیره، شرکاء از قسمت این امور، منع کرده میشوند اگرچه قسمت رضائی باشد؛ زیرا که در اشیای ذکر شده تقسیم در واقع تلف نمودن مال است بدون فایده، و این سفاهت محض است که شریعت اسلامی ما را از آن منع نموده است.

## دوم: قسمت اجباری (قضائی)

مجلة الاحکام العدلیه در ماده (۱۱۲۲) قسمت اجباری را چنین تعریف نموده است: «تقسیم القاضی الملك المشترك جبراً و حکماً بطلب بعض المقسوم لهم»<sup>۴</sup>

ترجمه: قسمت اجباری عبارت است از تقسیم کردن قاضی ملک مشترک را جبراً و حکماً به اساس تقاضای بعضی از شرکای ملک مشترک.

مالی که میان دو و یا چند نفر مشترک باشد، یک و یا چند نفر از شریکان راضی به تقسیم نباشد بلکه منافع خود را در بقای شرکت ببینند، در این صورت شریکی که مائل است که خود را از قید ملکیت مشاع برهاند میتواند از محکمه حکم تقسیم را تقاضا نماید، این تقاضاء در صورتی پذیرفته میشود که مال قابل تقسیم باشد و افزاز باعث از بین رفتن مالیت آن نگردد، و تقسیم موجب ضرر منع کننده تقسیم نیز نباشد، زیرا ضرر شریک قاعده تسلیط به تقسیم را محدود میکند، مواردیکه قسمت

<sup>۱</sup> العنایه بهامش تکملة فتح القدر ۴۳۷/۹. تالیف امام اکمل الدین محمد بن محمد البایرتی، المتوفی سنه ۷۸۶هـ طبع مکتبه اشرفیه کویته پاکستان

<sup>۲</sup> المغنی لابن قدامه ۵۱۲/۹.

<sup>۳</sup> موطاء امام مالک ۱۱۷۳/۵ شماره حدیث ۲۹۸۲ وقال الالبانی فی غایة المرام فی تخریج احادیث الحلال والحرام ۶۰/۱. حدیث

لا ضرر صحیح..

<sup>۴</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام العدلی ۵۱۲/۳. تالیف علی حیدر زید عدلیه دولت عثمانیه طبع اول ۱۴۱۷هـ ناشر المکتبه الطارق کابل افغانستان.

باعث از بین رفتن مالیت و یا موجب ضرر شرکاء باشد راه کار این است که بین حقوق شرکاء به گونه جمع صورت گیرد که هیچ کدام از شرکاء، از حقوق شان محروم نگردد.

### محل قسمت اجبار :

**حنفی ها - رحمهم الله -** میگویند: قسمت اجبار تنها در افراد جنس واحد جریان پیدا کرده میتواند، ابن الهمام<sup>۱</sup> - رحمه الله - در فتح القدیر ذکر نموده: «اذا اکان من جنس واحد اجبر القاضی علی القسمة عند طلب احد الشرکاء ، لأن فیہ معنی الإفراز، لتقارب المقاصد »<sup>۲</sup>.

ترجمه : زمانی که مال مشترک از یک جنس بوده باشد و یکی از شرکاء طلب تقسیم نماید و شریک دیگر از تقسیم امتناع ورزد ، قاضی جبراً مال را تقسیم کرده میتواند؛ زیرا زمانی که مال مشترک از جنس واحد باشد از جهت قرب مقاصد در آن معنای افراز غالب میباشد.

### توضیح :

به نزد حنفی ها- رحمهم الله- مالی که شرکاء اراده تقسیم آن را دارند ، اگر از یک جنس باشد برابر است که ذوات الأمثال باشد مانند: گندم ، جو ، نخود ، جواری ، عددی متقارب مانند: چهارمغز ، تخم ، و یا ذوات القیم باشند مانند: شتر ، گاو ، گوسفند و غیره و همچنان منازل و دکانین که در یک شهر قرار داشته باشند جبراً تقسیم کرده می شوند؛ زیرا وقتیکه اموال مشترک در جنس باهم متحد باشند عدالت قایم میگردد.<sup>۳</sup>

اگر یک اطاق خورد در یک منزل میان دو نفر شریک باشد و یکی از ایشان طلب قسمت نماید و دیگر ایشان از قسمت امتناع ورزد و در صورت تقسیم، هیچ کدام از شرکاء از سهم خود استفاده درست کرده نتوانند، قاضی اطاق مذکور را نباید تقسیم کند؛ زیرا که طلب کننده قسمت، متعنت است،<sup>۴</sup> از جهتی که قبل از قسمت هریکی از شرکاء میتواند از سهم خود استفاده کند و بعد از قسمت اطاق ذکر شده از استفاده خارج میگردد و طلب کننده قسمت، قصد اضرار را به شریک خود دارد و قاضی نباید به پیشنهادش پاسخ مثبت ارایه کند.<sup>۵</sup>

**حنفی ها - رحمهم الله -** میگویند: اگر یک منزل میان دو نفر مشترک باشد ، سهم یک شریک زیاد باشد و سهم شریک دیگر کم، به اندازه کم باشد که بعد از قسمت از آن نفع گرفته نتواند، شریکی که سهم او زیاد است از قاضی طلب کند که منزل را میان شان تقسیم نماید ، قاضی مکلف است که منزل مذکور را میان شان تقسیم نماید اگر چه صاحب حصه کم از قسمت امتناع ورزد.<sup>۶</sup> اینهاچنین دلیلی

<sup>۱</sup> امام کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی ، السکندری المعروف به ابن الهمام الحنفی المتوفی سنه ۸۶۱ هجری. ظفرالمحصلین باحوال المصنفین صفحه ۴۷۵.

<sup>۲</sup> فتح القدیر ۴۳۸/۹. تالیف امام کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی السکندری المعروف به ابن الهمام الحنفی المتوفی سنه ۸۶۱ ه

<sup>۳</sup> عنایه حاشیه تکمیلۀ فتح القدیر ۴۳۸/۹ .

<sup>۴</sup> متعنت : طلب گار نقصان و ذلت - لغت نامه - مرحوم دهخدا .

<sup>۵</sup> میسوط امام سرخسی ۲۵/۸ - ۲۴ - شمس الدین ابوبکر محمد ابن ابی سهل السرخسی - الحنفی طبع جدید - ناشر مکتبۀ حبیبیہ کویتہ

پاکستان

<sup>۶</sup> میسوط امام سرخسی ۲۵ / ۸ .

را ذکر میکند که: طلب کننده قسمت، عدل و انصاف را از قاضی طلب گار است، متعنت نیست؛ زیرا که طالب قسمت از قاضی میخواهد که حق او را از دیگران جدا نماید، دیگران را نگذارند که از حق او استفاده کنند و این یک امر معقول و مشروع است پس بالای قاضی لازم است که به عرض طالب قسمت گوش نموده و مشکل او را حل نماید، بخلاف صورتیکه به طالب قسمت، در قسمت ضرر باشد؛ زیرا که در این صورت طالب قسمت متعنت است قاضی باید پیشنهاد شخص متعنت را مسترد نماید و اگر بعد از قسمت صاحب حصه کم، از حصه خود نفع گرفته نمیتواند، این از جهت کم بودن حصه خودش است نه اینکه صاحب حصه زیاد بالای او تعدی کرده باشد، و این امر مانع تقسیم در حق صاحب حصه زیاد، شده نمیتواند.<sup>۱</sup>

ابن ابی لیلی - رحمه الله -<sup>۲</sup> فرموده: زمانیکه صاحب سهم کم از سهم خود بعد از قسمت استفاده کرده نتواند نبای قاضی منزل مذکور را تقسیم نماید و چنین دلیلی را ذکر میکند که: مقصود از قسمت جلب منفعت میباشد نه ترک منفعت، همچنان رعایت عدل و انصاف در قسمت معتبر میباشد، زمانیکه بعضی از شرکاء بعد از قسمت از حصه خود نفع گرفته نتواند، این قسمت به ضرر بناء خواهد شد و قاضی به چنین کار شرکاء را مجبور نخواهد کرد مانند که طالب قسمت کسی باشد که از حصه خود بعد از قسمت فائده گرفته نتواند.<sup>۳</sup>

شافعی ها، هم چنان حنبلی ها - رحمهم الله - موافق شافعی ها نظر دارند که قسمت افراز، اجبار را قبول میکند یعنی آن تعدادشایی که به قسمت افراز، تقسیم شان درست می شوند آنها به قسمت اجبار تقسیم شده میتوانند چنانچه در مغنی المحتاج ذکر شده: «اذا كان دار متففة الأبنیه وأرض مشتبهة الأجزاء، فيجبر الممتنع».<sup>۴</sup>

ترجمه: زمانیکه اطاق های یک حویلی مشترک باهم، مساوی باشند و یازمینی که همه جوانب آن باهم یکسان باشند اگر یکی از شرکاء درین صورت از تقسیم امتناع میورزد، قاضی و حاکم آنها را به تقسیم مجبور کرده می تواند.

**توضیح:** مراد از برابری اُبنیه اینکه، جهت شرقی حویلی با جهت غربی آن در تمام سهولتها و صفات برابر باشد و همچنان جهات شرقی و غربی زمین و باغ در زراعت و حاصلات باهم یکسان بوده باشند، مکیلات، موزونات، معدودات متقاربه الاجزاء و منسوجاتی که از یک کارخانه و به یک نام صادر شده باشند نیز به تقسیم اجباری تقسیم کرده می شوند.

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> ابن ابی لیلی محمد بن عبدالرحمان انصاری کوفی فقیه، محدث و قاضی کوفه بود پدر او (عبدالرحمان) از جمله بزرگان تابعین بوده است، ابن ابی لیلی هم عصر امام ابوحنیفه بود و با امام ابوحنیفه - رحمه الله - در مسائل فقهی اختلافات داشت. سیر اعلام نبلاء جلد ۶ صفحه ۲۱۱

<sup>۳</sup> المبیوط ۲۵/۸ - تألیف شمس الدین بن ابی بکر بن ابی سهل سرخسی حنفی طبع جدید - ناشر مکتبه حبیبیه کویته پاکستان.

<sup>۴</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۱.

اما مالکی ها - رحمهم الله - به جواز قسمت اجبار، متفق هستند به شرطیکه در یک محل بوده باشد و توسط تقسیم اجزای مقسوم از استفاده خارج نشوند و به منفعت اجزاء نقصان وارد نگردد چنانچه ابن رشد مالکی در بدایة المجتهد گفته: «والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى اجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالإقسام، ويجبر الشركاء على ذلك».<sup>۲</sup>

ترجمه: قسمت ازدو حالت خالی نمی باشد: یا در یک محل صورت خواهد گرفت و یا در محلات کثیره، اگر در یک محل صورت گیرد در جواز آن میان مالکی ها خلاف نیست به شرطی که به جزئیاتی تقسیم شود که باهم در افاده برابر باشند و توسط تقسیم در منفعت اجزاء زیانی وارد نگردد، احیاناً اگر کسی از شرکاء از تقسیم امتناع ورزد، از طرف قاضی به تقسیم مجبور گردانیده خواهد شد

**توضیح:** تقسیم جبری که مالکی ها به آن اتفاق دارند، در صورتی است که محل تقسیم، یک چیز باشد و هم چنان شیء مشترک تقسیم شود به اجزای که قابل استفاده باشد، و اگر تقسیم شود به اجزای که توسط تقسیم از استفاده و منفعت خارج گردد، در این صورت مسئله میان امام مالک و اصحابش اختلافی می باشد امام مالک - رحمه الله - گفته: زمانیکه یکی از شرکاء تقسیم را تقاضا کند، مال مشترک میان شان تقسیم میشود ولو که به بعضی از شرکاء، مقداری برسد که قابل منفعت نباشد دلیل امام مالک - رحمه الله - آیت سورت نساء است قوله تعالی: {مما قل منه أو کثر نصیباً مفروضاً}.<sup>۳</sup>

ترجمه: چه کم باشد از آن، چه زیاد، حصه است مقرر کرده شده.<sup>۴</sup>

ابن قاسم<sup>۵</sup> گفته است: تقسیم مال مشترک وقتی درست میشود که از برای هر یکی از شرکاء به اندازه مال برسد که قابل منفعت و استفاده باشد، تقسیم، آن را از قابل منفعت بودن خارج نسازد و اگر توسط تقسیم از قابلیت منفعت گیری خارج گردد در آن صورت تقسیم آن درست نمیشود.<sup>۶</sup> ابن ماجشون<sup>۷</sup> گفته است: تقسیم درست میشود زمانیکه به هر یکی از شرکاء به اندازه برسد که صلاحیت منفعت گیری را داشته باشد، اگرچه این منفعت مغایر منفعت حال اشتراک بوده باشد.<sup>۸</sup>

<sup>۱</sup> القاضی ابوالولید محمد بن احمد بن رشد، قرطبی، اندلسی بزرگ وزعیم علماء قرطبه بود علم فقه را از ابن رزق حاصل نموده بود، و از جمله فقهای مالکی بود در سنه ۴۵۵ هجری تولد یافته و در سنه ۵۲۰ وفات نموده است. شجرة النور الزکیه فی طبقات المالک ۱/۱۹۰.

<sup>۲</sup> بدایة المجتهد. ونهایة المقتصد ۴/۴۹ تالیف محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابی الولید ابن رشد (الحفید) القرطبی الاندلسی، المالکی، المتوفی سنه ۵۲۰ هـ ناشر: دار الحدیث قاهره تاریخ نشر ۱۴۲۵ هـ.

<sup>۳</sup> سورة النساء آیت ۷.

<sup>۴</sup> تفسیر احسن الکلام ۲/۳۴۹.

<sup>۵</sup> عبدالرحمان بن القاسم مصری مفتی دیار مصر - از جمله تلامیذ و مخلصین امام مالک بوده میباشد، سال تولد ۷۵۰ میلادی سال وفات ۸۰۶ میلادی - شجرة النور الزکیه فی طبقات المالک ۱/۱۶۰.

<sup>۶</sup> بدایة المجتهد ۴/۴۹.

<sup>۷</sup> العلامة الفقیه مفتی مدینه، ابو حروان، عبدالملک بن امام عبدالعزیز بن عبدالله بن ابی سلمة بن ماجشون، مدنی، مالکی تلمیذ امام مالک تاریخ وفات ۲۱۳ هـ شجرة النور الزکیه فی طبقات المالک ۱۰/۳۵۹.

<sup>۸</sup> بدایة المجتهد ۴/۴۹.



دلیل اصحاب امام مالک - رحمه الله - قول پیامبر - صلی الله علیه وسلم - است که فرموده : (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام)<sup>۱</sup>.

ترجمه : در اسلام ضرر رساندن به دیگران و هم چنان دفع کردن ضرر به ضرر مجاز نمیباشد.

### قول راجح :

از خلال دلایل، مذهب شافعی ها که مذهب حنبلی ها تقریباً موافق آنها میباشد به اساس نکات ذیل راجح به نظر میرسد:

۱- تفصیل و تحلیلی که در رأی شافعی ها و حنبلی ها وجود دارد در باقی آراء وجود ندارد.

۲- شافعی ها همراه با حنبلی ها در مورد تقسیم اجبار به یک نظر اند، پس رأی یکی از ایشان تأیید از برای رأی دیگرشان شده میتواند برخلاف احناف و مالکی ها که هر یکی ایشان در نظر خود تنها هستند.

۳ - هم چنان مالکی ها در داخل مذهب شان، نیز به یک رأی متفق نیستند .

### ج - اقسام قسمت به اعتبار وحدت محل (مقسوم) و تعدد آن

قسمت به اعتبار مذکور دارای دو قسم میباشد ۱ - قسمت تفریق ۲ - قسمت جمع .

وجه حصر : مقسوم : یعنی : چیزیکه بالای آن قسمت واقع میشود از دو حالت ذیل خالی نمی باشد، شیء واحد است و یا که اشیای متعدد، اگر شیء واحد باشد ، تقسیم آن را ، قسمت تفریق گویند .

و اگر اشیای متعدد باشد، تقسیم آن را ، قسمت جمع گویند.<sup>۲</sup>

### تعریف قسمت تفریق:

صاحب رد المحتار قسمت تفریق را چنین تعریف نموده : «هی قسمة الشئ الواحد نفسه او الاشياء کل واحد علی حدة»<sup>۳</sup> .

ترجمه : قسمت تفریق عبارت از تقسیم کردن عین یک شیء و یا اشیای متعدد است جدا جدا . مانند زمینی که میان دو نفر شریک باشد، شرکاء زمین مذکور را میان خود، دو نصف کند ، و یا سه باب حویلی، میان سه نفر مشترک باشد هر یکی از حویلی ها را به سه بخش تقسیم کنند .

<sup>۱</sup> رواه ابن ماجه (۲۳۴۰) والبیهقی (۱۳۳/۱۰) . وقال الالبانی : فی غایة المرام فی تخریج احادیث الحلال والحرام ۶۰/۱ حدیث لاضرر صحیح .

<sup>۲</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۱۰۰/۳ تالیف علی حیدر .

<sup>۳</sup> ردالمحتار ۴۴۶/۹ . مشهور به حاشیه ابن عابدین شامی تالیف محمدمین مشهور به ابن عابدین متوفی سنه ۱۲۵۲ هـ ، تاریخ طبع ۱۹۶۶ مطبعه المكتبة الحفانیه محله جنگی پشاور پاکستان .

## تعریف قسمت جمع :

علامه کاسانی<sup>۱</sup> - رحمه الله - در بدائع الصنائع قسمت جمع را چنین تعریف نموده : «هی ان یجمع نصیب کل واحد من الشریکین فی عین علی حدة»<sup>۲</sup>.

ترجمه : قسمت جمع عبارت از یکجا کردن حصه های هریکی از دو شریک است در یک جنس جدابه این شکلی که تقسیم کننده بعض افرادمقسوم را از یک شریک و بعض افرادمقسوم را از شریک دیگر، بریک سهم ،جمع نماید به مذهب احناف هریکی از تقسیم رضائی وقضائی، به قسمت تفریق وجمع ،تقسیم میشوند - چنانچه علامه کاسانی ذکر نموده : «وکل واحد منهما علی نوعین :قسمت تفریق و قسمت جمع.»<sup>۳</sup>

ترجمه : هریکی از قسمت رضائی وقضائی به دو نوع میباشد: نوع اول تقسیم تفریق یا قسمت فرد، نوع دوم تقسیم جمع .

آن چیزهاییکه که قسمت تفریق بالای آنها صادق می آید، از دو وجه ذیل خالی نمیشود:

**وجه اول آنکه:** در تبعیض و تقسیم آن ضرری به شرکاء عائد نگردد بلکه در آن نفع شرکاء باشد مانند: تقسیم اشیای کیلی، وزنی، عددی متقارب، مثلیکه قسمت آنها رضاءجائز است جبراً نیز جایز است؛ زیرا آن چیزیکه تقسیم، جهت آنها مشروعیت پیدا کرده کاملاً بدست می آید که آن عبارت از تکمیل منافع مال است.

**وجه دوم آنکه:** در تبعیض و تقسیم آن، ضرری به شرکاء عائد گردد که آن از دو وجه خالی نمیشود: ضرر به تمام شرکاء عائد گردد یا به بعضی از شرکاء، اگر ضرر به کل شرکاء عائد گردد، در این صورت تقسیم مجاز نمیشود مانند: دانه از مروارید، زمرود، لباس، مصحف قرآن کریم، دوکان کوچک، اسیاب، اسپ، گاو، گوسفند، زیرا در تقسیم امور ذکر شده ضرر به کل شرکاء عاید میگردد، قاضی صلاحیت ندارد که در صورت ضرر به تمام شرکاء جبراً به تقسیم اقدام نماید، حکم کاریز، چشمه، چاه مشترک نیز چنین است، و اگر همراه کاریز، چشمه، چاه، زمین باشد، زمین را میان شرکاء تقسیم نماید کاریز، چشمه، را به حالت اشتراک باقی بگذارند، و اگر همراه زمین مشترک، دو نهرویا دو کاریز و یا دو چاه باشند، باز در آن صورت نهر، چاه، کاریز را نیز تقسیم نمایند، زیرا در این صورت ضرر واقع نمیگردد اما تقسیم به رضای شرکاء در تمام اشیای ذکر شده صورت گرفته میتواند،

<sup>۱</sup> علاءالدین ابوبکر بن مسعودین احمد الکاسانی فقیه حنفی از اهل حلب است، از جمله تصنیفات او بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع است در حلب سنه ۵۸۷ هجری، ۱۱۹۱ م، وفات نموده است. الجواهر المصنیه فی طبقات الحنفیه ۲/۲۴۴.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۸/۵.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۵/۵.

زیرا ملکیت از شرکاء است، چگونه که شرکاء بخواهند در ملکیت خود تصرف کرده می توانند، به نزد جمهور علماء. در آن اشیای که تقسیم اجباری صورت گرفته نمیتواند، قاضی صلاحیت ندارد که یکی از شرکاء را مجبور سازد که حصه خود را بالای شریک دیگر به فروش برساند.<sup>۱</sup>

امام مالک - رحمة الله علیه - گفته است: زمانیکه شرکاء در اشیای ذکر شده باهم مخاصمه و جنجال نمایند، قاضی میتواند که اشیای ذکر شده را به فروش برساند و عوض آنرا میان شان تقسیم نماید.<sup>۲</sup>

اگر راهی میان دو نفر شریک باشد، و یکی از آنها تقسیم آن را طلب نماید، شریک دیگر از تقسیم امتناع ورزد، در این صورت اگر بعد از تقسیم به هر یکی از شرکاء راه درست و قابل استفاده نصیب می شد - پس قاضی میتواند راه مذکور را جبراً تقسیم نماید، و اگر حصه های شرکاء قابل استفاده باقی نمی ماند قاضی بالای شرکاء در تقسیم راه مذکور جبر کرده نمی تواند و اگر شرکاء میان خود شان به رضاء و رغبت تقسیم نمایند، باکی ندارد.

و همچنان اگر زمین میان دو نفر مشترک باشد، و کشت آن نیز در بین شان مشترک باشد، اگر کشت پخته شده باشد و یکی از شرکاء و یا هر دوی آنها تقاضا نمایند که کشت میان شان تقسیم کرده شود، این نه جبراً جائز میباشد و نه رضاء؛ زیرا در این صورت، سود و ربا مانع تقسیم میباشد، ربا چنانچه که جبراً حرام است رضاء نیز حرام است و اگر کشت خام باشد تا الحال پخته نشده باشد و یکی از شرکاء قسمت را طلب نماید، در این صورت نیز قسمت صورت نمیگیرد؛ زیرا زمین میان شان شریک میباشد و در خام درو کردن کشت به شریک دیگر ضرر میرسد، قاضی به ضرر شریک دیگر حکم کرده نمیتواند، اگر زمین را میان شان به شرط درو کردن کشت، تقسیم نمایند اگرچه خام بوده باشد، این صورت جائز میباشد؛ زیرا ضرر به هر دوی ایشان ملحق میشود و هر دوی ایشان به تحمل ضرر راضی هستند.<sup>۳</sup>

و اگر زمین را میان خود تقسیم نمودند و شرط گذاشتند که کشت تا به پخته شدن آن به حال خود باقی باشد این صورت جائز نمیباشد؛ زیرا رقبه زمین میان شان مشترک میباشد و باقی ماندن کشت در زمین در حقیقت فائده گرفتن هر یکی از شرکاء است از حصه شریک دیگر، بعد از قسمت، و چنین شرط مفسد بیع است و مفسد قسمت نیز میباشد؛ زیرا قسمت باعتبار معنا بیع است.<sup>۴</sup>

و اگر در تبعیض و تقسیم آن ضرر به بعضی از شرکاء باشد نه به تمام شرکاء، مانند: یک باب خانه که میان دو نفر شریک باشد حصه یکی از آنها زیاد باشد و دیگر ایشان کم، که به طور جدائی قابل

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۶/۵.

<sup>۲</sup> بدایة المجتهد ونهاية المقتصد - ۱۵/۴.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

نفع نباشد، اگر صاحب حصه زیاد تقسیم را طلب نماید، خانه میان شان تقسیم میشود، زیرا که تقسیم در حق صاحب حصه زیاد مفید میباشد و غرض از مشروعیت تقسیم نیز به دست آوردن منفعت کامل از ملکیت است، و در حق صاحب حصه کم منع است یعنی: صاحب حصه زیاد، شریک خود را توسط تقسیم منع میکند، که از حصه او منفعت حاصل نماید؛ زیرا که صاحب حصه کم نمیتواند بدون ضمیمه کردن حصه صاحب زیاد از حصه خود استفاده نماید و اگر صاحب حصه کم قسمت طلب را نماید، ملک مشترک میان شان تقسیم نمیشود؛ زیرا که صاحب حصه کم در طلب خود متعنت است، سخن متعنت شنیده نمیشود و اگر به رضامندی جانبین تقسیم صورت گیرد، کدام اشکالی ندارد؛ زیرا که ضرر از برای صاحب حصه کم وارد میشود و او به این ضرر راضی میباشد و از برای صاحب حصه زیاد اصلاً ضرر متوجه نمیشود.<sup>۱</sup>

آن اشیایکه تقسیم جمع بالای شان صادق می آید، عبارت از چیزهای است که از جنس واحد بوده باشد و اگر از دو جنس باشد در آن صورت، تقسیم جمع بالای آنها صادق نمی آید؛ زیرا در وقت اتحاد جنس هدف تقسیم که عبارت از تکمیل منافع است حاصل میگردد و در صورت اختلاف، این هدف به دست نمی آید، پس اشیایکه از یک جنس باشند مانند: مکیلات، موزونات و عددیات متقاربه، به اتفاق فقهاء به قسمت جمع تقسیم کرده میشوند؛ زیرا به کدام هدفیکه تقسیم مشروع شده، آن هدف بدون ضرر از جهت نبودن فرق قابل ملاحظه میان افراد جنس واحد برآورده میشود و همچنان تختۀ طلا، نقره، آهن، گله از اشتران، گاوها و گوسفندان؛ زیرا که در اشیای متذکره اگرچه تفاوت وجود دارد لیکن تفاوت فاحش نیست تفاوت کم در درجه عدم است و یا اینکه جبران آن توسط قیمت ممکن میباشد و همچنان در این نیز اختلاف نیست که دو جنس از مکیل و موزون و عددیات متقاربه به قسمت جمع تقسیم نمیشوند، مانند: گندم و جو، و یا چهارمغز و بادام، یا اسپان و شتران؛ زیرا اشیای مذکوره اگر تقسیم کرده شود به قسمت جمع، باز خالی نمیشود یا تقسیم کرده میشود باعتبار ذات و یا به اعتبار قیمت، از جهت تفاوت زیاد میان افراد به اعتبار ذات تقسیم کرده نمیشود، هرچه باعتبار قیمت نیز تقسیم کرده نمیشود؛ زیرا در این صورت تقسیم در غیر محل واقع میشود؛ زیرا محل تقسیم ملک مشترک است نه قیمت آن و اگر اشیای مذکوره را شرکاء میان شان به رضاء و رغبت تقسیم نمایند، اشکالی ندارد، لیکن این، قسمت رضاء نامیده میشود نه قضاء.<sup>۲</sup>

اقسام تقسیم به اعتبار محل را، احناف چنانچه مشاهده گردید بطور مفصل ذکر کرده است اما باقی مذاهب سه گانه، این نوع از قسمت را تفصیلاً ذکر نکرده بلکه به این نوع از قسمت، صرف اشاره

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۸/۵ .

<sup>۲</sup> همان مصدر.

صورت گرفته است.

مالکی ها - رحمهم الله - قسمت جمع و افراد را در ضمن قسمت قرعه بیان نموده چنانچه علامه محمد الخرشى<sup>۱</sup> در شرح مختصر الخلیل ذکر کرده: «ان قسمة القرعه یفرد فیها کل نوع من انواع المقسوم او کل صنف من اصناف المقسوم إذا كان متباعدا علی حدته فلا یجمع فیها بین النوعین ولا بین صنفین من المقسوم ... ان الدور تجمع علی حدتها فی قسمة القرعه بشرط تقاربها کالمیل ... ان تساوت قيمة ورغبة»<sup>۲</sup>.

ترجمه: در قسمت به قرعه هر نوع از انواع مقسوم و یا هر صنف از اصناف مقسوم را جدا جدا تقسیم کرده شود و قتیکه دور جدا باشند، و میان دو نوع و یا دو صنف از مقسوم جمع نمیشود، و اگر خانها به اندازه یک میل باهم نزدیک باشند در تقسیم قرعه جمع کرده میشوند، بشرطیکه در قیمت و رغبت مردم، باهم مساوی باشند.

**توضیح** - علامه خرشى، تقسیم جمع را به دو شرط مشروط کرده است: شرط اول اینکه خانه ها باهم نزدیک باشند یعنی از یک میل، زیاده مسافه میان شان نباشد، شرط دوم آنکه خانه ها در قسمت و تمایل مردم سوی آنها باهم مساوی باشند و اگر هر دو شرط و یا یکی از آن دو، موجود نباشد هریکی از خانه ها جدا جدا بین شرکاء به قسمت افراد تقسیم میشوند نه جمع، و همچنان اگر مقسوم دو نوع و یا دو صنف باشد گرچه باهم نزدیک باشند باز هم به قسمت افراد تقسیم کرده میشوند نه جمع.

شافعی ها - رحمهم الله - قسمت جمع و افراد را در ضمن قسمت تعدیل بیان نموده اند چنانچه یوسف بن ابراهیم (الأردبیلی) <sup>۳</sup> در کتاب خود الأنوار لأعمال الأبرار چنین ذکر نموده: «والثانی قسمة التعدیل وهی ان یعدل السهام بالقيمة، فان عد المال شیئاً واحداً کلاً رض التی تختلف اجزاؤها ... وإن عد شیئین، فإن كان عقاراً کما إذا اشترکا فی الدارین او حانوتین متساوی القيمة وطلب احدهما بان یجعل لهذا داراً ولهذا داراً، او حانوتاً لم یجیر الممتنع ... وإن لم یکن عقاراً کالعبید والدواب والأشجار والثیاب ونحوها»<sup>۴</sup>.

ترجمه: نوع دوم آن، قسمت تعدیل است و آن عبارت است از اینکه: عدالت در سهام به اساس قیمت قائم گردد و این در صورتی است که مال مقسوم را یک چیز حساب کنیم مانند زمینیکه اجزای

<sup>۱</sup> محمد بن عبد الله خرشى مشهور به شیخ خرشى، وی در سال ۱۰۱۰ هـ، تولد شده و اولین شخصی بود که به مقام شیخی جامع الازهر مصر انتخاب شده و از سال ۱۰۹۰ تا ۱۱۰۰ هـ در مقام شیخی جامع الازهر بود بعداً به صفت استاد در یکی از مدارس مصر مسؤلیت تدریس را انجام می داد و در سال ۱۱۰۱ در یکی از روستاها به نام ابوخراش در قاهره وفات نمود، وی معتقد مذهب مالکی بود. شجرة النور الزکیه ۱۳۲/۲.

<sup>۲</sup> شرح الخرشى، شرح مختصر خلیل در فقه مالکی تألیف ابی عبد الله محمد الخرشى - المتوفى ۱۱۰۱ هـ ناشر دارالفکر بیروت.

<sup>۳</sup> یوسف بن ابراهیم الاردبیلی، الشافعی جمال الدین فقیه از اهل اردبیل از بلاد "اذربجان" المتوفى سنة ۷۹۹ = ۱۳۹۷ م در فقه کتابی راتالیف نموده است به نام الانوار لعمل الأبرار، سیر اعلام النبلاء ۲۱۲/۸.

<sup>۴</sup> الانوار لأعمال الأبرار ۶۹۱/۳ - تألیف یوسف بن ابراهیم الاردبیلی - متوفى ۷۹۹ هـ ناشر دار الضیاء.

<sup>۵</sup> الانوار لأعمال الأبرار للاردبیلی ۶۹۲/۳.

آن مختلف باشد و اگر مقسوم را دو چیز حساب کنیم باز خالی نمیباشد اگر عقال بوده باشد چنانچه دو نفر باهم شریک باشند در دو دوکان و یا در دو حویلی که از روی قیمت باهم مساوی باشند و یکی از شرکاء قسمت را طلب کند که یک دوکان را برای او و دیگر آن را برای شریک او ، و یا یک حویلی را برای او، و حویلی دیگر را برای شریک او، إعطاء نمایند، در این صورت جبر صورت نمیگیرد و اگر عقال نباشد مانند: غلامان چهارپایان، درختان، لباس ها و مانند آن .

**توضیح :** یعنی اگر مقسوم شی واحد بوده باشد اگرچه اجزای آن مختلف باشد مثلاً یک قطعه زمین که یک حصه آن توسط آب نهر آبیاری شود و حصه دیگر آن توسط آب چاه و یا یک حصه آن به آفتاب رو به رو باشد حاصلات خوبتر دهد و حصه دیگر آن در سایه قرار داشته باشد حاصلی چندانی تقدیم نکند ، در این صورت آن قطعه زمین را به اساس تقاضای بعضی از شرکاء جبراً به قسمت افراد میان شان تقسیم کند و تعادل را به اساس قیمت بین شان قایم نماید، و اگر مقسوم دو قطعه زمین و یا زیاده از آن باشد و باهم باعتبار قیمت مساوی باشند و بعض شرکاء طلب قسمت نمایند ، در این صورت مقسوم را بدون جبر یعنی: به رضاء میان شان به قسمت جمع تقسیم نماید، و اگر مقسوم غیر عقال باشد مانند: غلامان، چهارپایان، درختان، لباس ها و مانند آن و از یک نوع باشند و از روی قیمت و عدد باهم مساوی نیز باشند در این صورت به قسمت جمع جبراً ، تقسیم کرده می شوند و اگر مساوات میان شان ممکن نباشد باز تقسیم جبری میان شان صورت نمیگیرد بلکه به رضای شرکاء به قسمت جمع میان شان تقسیم شود.

حنبلی ها- رحمهم الله - قسمت جمع و افراد را در ضمن قسمت رضائی و اجباری ذکر نموده است، چنانچه علامه شرف الدین<sup>۱</sup> در کتاب خود الإقناع چنین فرموده : «وهی نوعان احدهما قسمة تراض لا تجوز الا برضاء الشركاء کلهم ، وهی ما فیه ضرر او رد عوض من احدهما علی الآخر کالدور الصغار والحمام والطاحون الصغیرین والعضائد المتلاحقه صفا واحد وهی الدکاکین الضیقه ، فان طلب احدهما قسمة بعضها فی بعض ، أی يجعل بعضها فی مقابلة بعض ، لم يجبر الآخر»<sup>۲</sup>

**ترجمه :** قسمت دو نوع است : نوع اول ، قسمت رضائی یعنی جائز نیست مگر به رضاء همه شرکاء این قسمت رضاء در محلی صورت میگیرد که در تقسیم آن به بعض از شرکاء ضرر ملحق شود و یا در آن رد عوض از طرف یکی از شرکاء به شریک دیگر باشد ، مانند: حویلی های کوچک ، حمام ، آسیاب که کوچک و خورد باشد و یا دکان های کوچک و تنگ که باهم چسبیده باشند ، در این

<sup>۱</sup> موسی بن احمد بن موسی بن سالم بن عیسی بن سالم الحجای المقدسی ثم الصالحی، شرف الدین ابوالنجا فقیه حنبلی از اهل دمشق در بین حنابله به نام شیخ الاسلام شهرت داشت ، نسبت اش به حجه شده که یکی از قریه های نابلس بود، دارای تالیفات زیادی بود که از آن جمله الإقناع از شهرت زیادی برخوردار بود، شذرات الذهب فی اخبار من الذهب ۳۲۰/۷.

<sup>۲</sup> الإقناع ۴/۴۱۱ در فقه حنابله تالیف شرف الدین موسی بن احمد بن موسی ابوالنجا الحجای متوفی سنه ۹۶۰ هـ ناشر دارالمعرفة بیروت.

امور یاد شده اگر بعضی از شرکاء طلب کنند که بعضی حصه های مقسوم را در مقابل بعض دیگر، عوض کنند یعنی: مقسوم را به قسمت جمع تقسیم نمایند، جبر صورت نمیگیرد .

و همچنان علامه شرف الدین ذکر نموده است: «وان كان بينهما ارض يشرب بعضها سحياً وبعضها بعلاً اوفى بعضها شجر وفي بعضها نخل فطلب احدهما قسمة كل عين على حده وطلب الآخر قسمتها اعياناً بالقيمة ، قدم من طلب قسمة كل عين على حده ان امكن التسوية في الجيدة وردية وان لم يمكن وامكن التعديل بالقيمة عدلت واجبر الممتنع وإلا فلا »<sup>۱</sup>.

**ترجمه :** اگر قطعه زمین میان چند نفر مشترک باشد که یک حصه آن توسط آب جاری آبیاری شود و حصه دیگر آن توسط باران و یا اینکه در بعض حصه آن درخت بدون میوه وجود داشته باشد و در بعض حصه آن درخت خرما باشد ، یکی از شرکاء تقاضا کند که هر حصه زمین را جدا جدا باید تقسیم کرد و شریک دیگر طلب کند که از روی قیمت تقسیم شود، قول شریک اول را یعنی تقسیم هر حصه جدا جدا که از آن به قسمت افراد و یا تفریق تعبیر می نمایند، ترجیح داده میشود البته این در صورتی است که امکان برابری میان حصه اعلی و ادنی باشد، و اگر امکان برابری نباشد باز در آن صورت تعدیل توسط قیمت آورده شود و شریکی که از قسمت امتناع میورزد از طرف قاضی مجبور به تقسیم شود و اگر بواسطه قیمت هم تعدیل صورت نمیگرفت بعد، اجبار از طرف قاضی امکان پذیر نخواهد بود.

**توضیح :** اگر قطعه زمینی باشد که یک طرف آن درختان بدون ثمر باشد و طرف دیگر آن درختان خرما باشد، و یا اینکه یک طرف زمین آبی باشد بالای آن جوی آب روان باشد و طرف دیگر آن، للمی یعنی صرف توسط باران آبیاری شود و یکی از شرکاء تقاضا کند که هر جانب زمین، باید علی حده تقسیم شود و شریک دیگر تقاضا نماید که یک تقسیم باید صورت گیرد و مساوات باید توسط قیمت رعایت شود ، قول شریک اول را که عبارت از تقسیم افراد و یا تفریق است ترجیح خواهد داد؛ زیرا که در این نوع از تقسیم عدالت خوبتر مراعات می شود و هر یکی از شرکاء در جانب اعلی و ادنای زمین سهیم می گردد و دیگر اینکه مقصود از تقسیم، زوال شرکت است و این مقصود در قسمت افراد بهتر بدست می آید، البته این نوع از تقسیم مقید به عدالت و انصاف خواهد بود و اگر عدالت و انصاف میان جانب اعلی و ادنای زمین در تقسیم جداگانه مراعات نشود و رعایت چنین مساوات در قیمت گذاری ممکن بود، بهتر خواهد بود که در کل زمین یک تقسیم صورت گیرد و مساوات به اساس قیمت گذاری مراعات گردد، و هر یکی از شرکاء که در صورت مذکور از قیمت گذاری امتناع می ورزید از طرف

قاضی مجبور به تقسیم شود و اگر توسط قیمت گذاری هم مساوات به دست نمی آید، باز در آن صورت، تقسیم به اجبار درست نمی باشد.<sup>۱</sup>

### مقایسه میان مذاهب :

• - فقهای چهارگانه به جواز این نوع از قسمت (اقسام قسمت به اعتبار وحدت محل و تعدد آن) قائل هستند، لیکن احناف این نوع قسمت را قسمی که مطالعه کردید به شکل تفصیلی بیان کرده اند، امامی و مذهب سه گانه این نوع از قسمت را در زیر تقسیمات دیگر ضمناً اشاره نموده اند.

• - اگر شرکاء در تقسیم مال مشترک اختلاف کردند : بعض آنها تقسیم مال مشترک را به قسمت افراد و یا به قسمت جمع طلب کردند و باقی از شرکاء از آن امتناع ورزیدند، اگر مقسوم یک جنس باشد و در تبعیض و تقسیم آن ضرر به شرکاء ملحق نمی شد، پس به اتفاق فقهاء بالای قاضی لازم است تامل مشترک را جبراً به قسمت جمع میان شرکاء تقسیم نماید .

و اگر مقسوم از اجناس مختلف باشد، پس به اتفاق فقهاء، قاضی هر جنس را علی حده به قسمت افراد میان شرکاء به غیر از جبر واکراه به رضاء و رغبت تقسیم نماید بدون اینکه میان اجزای اجناس مقسوم تبادل صورت گیرد .

• - در تطبیقات قسمت جمع و افراد میان فقهاء اختلاف وجود دارد از جهتیکه یک مقسوم به نزد بعضی از فقهاء جنس محسوب میشود و عین آن مقسوم به نزد فقهای دیگر، نوع محسوب میگردد که باعث بروز اختلاف میان شرکاء میگردد .

### د- اقسام قسمت به اعتبار طبیعت محل :

قسمت به اعتبار ذکر شده به سه نوع است ۱- قسمت اعیان. ۲- قسمت منافع. ۳- قسمت دین.<sup>۲</sup>

### قسمت اعیان :

قسمت اعیان را دکتور احمد فراج حسین<sup>۳</sup> چنین تعریف نموده است: «فهی عبارة عن اخذ كل واحد من الشركاء من المال المشترك بينهم قدر حصته»<sup>۴</sup>.

ترجمه : قسمت عین عبارت است از گرفتن هر یکی از شرکاء به اندازه حصه خود از مالیکه میان شان مشترک است .

<sup>۱</sup> کشف القناع ۳۷۵/۶ .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵ .

<sup>۳</sup> دکتور احمد فراج حسین استاد علوم شرعی در پوهنخی حقوق پوهنتون اسکندریه.

<sup>۴</sup> قسمة الاملاک للدکتور احمد فراج حسین صفحه ۵۹ .



## قسمت مہایات (منافع)

شیخ محمد خرشی- رحمہ اللہ - در کتاب خود بنام شرح الخرشی، قسمت مہایات را چنین تعریف نموده است: «فہی عبارة عن اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معیناً مع بقاء الشركة فی الذات»<sup>۱</sup>

ترجمہ: قسمت منافع ویا مہایات عبارت است از خاص شدن هر شریک به استفاده کردن از مال مشترک در زمان مشخص بدون مداخله شریک دیگر، با وجود بقای شرکت شان در ذات مال مشترک. و این دو نوع از تقسیم میان فقہاء چهارگانه متفق علیہ است، هیچ نوع اختلاف در این مورد میان شان وجود ندارد<sup>۲</sup> و اساس بحث در این رسالہ ہم این دو نوع از قسمت میباشد و این دونوع از قسمت به منزله قسمت های رئیسی از برای باقی تقسیمات میباشد.

### قسمت دین:

دین در لغت به معنای قرض<sup>۳</sup> و در اصطلاح «هو ما یثبت فی الذمة من النقد او العین المثلی كما لو اشتری شاة بکر بر، او عشرة دراهم فی الذمة»<sup>۴</sup>.

ترجمہ: دین باعتبار معنای اصطلاحی عبارت است از چیزیکه به ذمه انسان ثابت میگردد، پول نقد باشد ویا اینکه جنس باشد که مثل آن یافته شود، مانند اینکه: یک انسان یک رأس گوسفند را به یک پیمانہ گندم ویا به ده درہم، قرض بخرد و آن پیمانہ گندم ویا ده درہم به گردنش باقی بماند.

به جواز تقسیم دین بعد از قبض فقہاء اتفاق دارند، زیرا کہ دین بعد از قبض، دین باقی نمی ماند بلکه عین میگردد و تقسیم عین به اتفاق فقہاء جایز میباشد، اما در تقسیم دین قبل از قبض، اختلاف وجود دارد، و این اختلاف در دو دیدگاه ذیل خلاصہ می شود:

### دیدگاه اول:

حنفی ها، شافعی ها، و بعضی مالکی ها- رحمہم اللہ - میگویند: دینی کہ بالای قرض داران باقی مانده باشد تقسیم کردن آن میان شرکاء پیش از قبض، درست نمیباشد، برابر است کہ به قسمت اجبار تقسیم کرده شود ویا به قسمت تراضی، یعنی: اگر از برای دو شریک ویا زیادہ از آن، بالای یک نفر ویا دونفر دین باقی مانده باشد اگر شرکاء اتفاق کنند بر اینکه هریکی از ایشان به دین معین، خاص کرده شود، این جواز ندارد بلکه هر دوی ایشان دین را مشترکاً به دست بیاورند بعداً آنرا بین شان تقسیم نمایند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۰.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۵/۴۶۸.

<sup>۳</sup> المصباح المنیر صفحہ ۷۸. تالیف العلامة احمد بن محمد بن علی الفیومی المقرئ متوفی سنہ ۷۷۰هـ طبع: مکتبۃ لبنان الحیب.

<sup>۴</sup> حاشیہ ابن عابدین ۹/۱۶۵.

<sup>۵</sup> الفتاوی الانقرویہ ۲/۳۷۲، روضۃ الطالبین ۱۱/۲۳۰، شرح الخرشی ۴/۴۰۴.

## دلایل دیدگاه اول :

۱- مشروعیت قسمت برای تکمیل منفعت است ، که صاحب مال ، از مال خود منفعت کامل بدست بیاورد و در تقسیم دین قبل از قبض منفعت حاصل نمی شود و به عملی که فائده مرتب نگرددباطل و بی معنی میباشد .<sup>۱</sup>

۲- زمانیکه دین مشترک بالای قرض داران متعدد باقی باشد ، در قسمت آن مساوات میان شرکاء مراعات نمیگردد؛ زیراکه انسانها در معاملات داد گرفت مختلف میباشند، بعضی آنها نیک معامله و بعضی دیگر آنها بد معامله و شق میباشند ، پس در این صورت ممکن است حق بعضی از شرکاء تلف شود و یا بعضی از شرکاء در گرفتن حق خود متضرر گردند .<sup>۲</sup>

۳- اگر قسمت در اساس خود بیع باشد ، پس در صورت جواز قسمت دین قبل از قبض، فروش دینیکه به یک ذمه است در بدل دینیکه بالای ذمه دیگر است لازم میشود و این صورت در شریعت ناجائز میباشد و اگر قسمت افراز باشد ، پس افراز آن چیزیکه به ذمه باشد ممکن نیست؛ زیراکه در افراز قبض میباشد و در دین بر ذمه ، قبض وجود ندارد ، زمانیکه هر دو صورت نادرست بود پس تقسیم دین قبل از قبض نیز نادرست می باشد.<sup>۳</sup>

## دیدگاه دوم :

حنبلی ها - رحمهم الله - میگویند : دینی که از شرکاء به ذمه قرض داران باشد، تقسیم آن قبل از قبض نمودن به رضامندی شرکاء جائز میباشد و این دیدمذهب است حتی که ابن تیمیه -رحمة الله علیه گفته است: قسمت دین ولوکه اجباراً باشد و قرض داران نیز متعدد باشند جائز میباشد.<sup>۴</sup>

محمد(الخرشی)-رحمه الله - در شرح خود چنین ذکر نموده: « ویجوز قسم الدین إذا کان علی رجل واحد ولوکان الغریم غائباً » .<sup>۵</sup>

ترجمه : تقسیم کردن دین زمانیکه بالای فرد واحد بوده باشد اگرچه آن فرد غائب باشد جواز دارد.

## دلایل دیدگاه دوم :

۱ - اگر شرکاء موافقه کردند که دین مشترک را میان خود تقسیم کنند و هر یک شریک به قبض کردن دین معین، خاص گردد، برابر است که آن دین به ذمه یک قرض دار باشد و یا به ذمه قرض

<sup>۱</sup> الفتاوی الانقرویه ۳۳۷/۲ تألیف محمد بن الحسن الانقروی- الحنفی .مطبعة بولاق ، مصر تاریخ طبع ۱۲۸۱هـ .

<sup>۲</sup> الملكية فی الشریعة الاسلامیة ومقارنتها بالقوانین صفحہ ۱۹۵ تألیف استاد علی الخفیف . طبع دارالنهضة العربیة - بیروت .

<sup>۳</sup> القواعد لابن رجب صفحہ ۴۱۵ تألیف حافظ ابی الفرج عبدالرحمان بن رجب حنبلی متوفی سنه ۷۹۵هـ طبع دارالمعرفة، بیروت .

<sup>۴</sup> اعلام الموقعین لابن جوزیه ۳/۴ . تألیف شمس الدین ابی عبدالله محمد بن محمد بن ابی بکر الشهیر به ابن قیم الجوزیه -المتوفی سنه ۷۵۱هـ طبع دارالحديث .

<sup>۵</sup> شرح مختصر الخلیل ۱۸۸/۶ .

داران متعدد این صورت، جائز میباشد؛ زیرا که حق از شرکاء است و شرکاء اختیار دارند که موافقه به تقسیم آن میکنند و یا آنرا مشترک باقی میگذارند، در این مورد هیچ گونه ممانعت وجود ندارد.<sup>۱</sup>

۲ - دین به ذمه انسان قایم مقام عین است، زیرا که دائن میتواند در عوض دین خود جنس دیگری را از مدیون اخذ نماید، همچنان زمانیکه دائن قدرت به قبض دین را داشته باشد ذکات دین بالای دائن واجب میشود، همچنان دائن میتواند که دین را به اولاد خود و رفیق خود صدقه کند، همچنان دائن در صورت موجودیت دین به نزد مدیون فقیر پنداشته نمیشود، پس تقسیم دین به منزله تقسیم عین شد.<sup>۲</sup>

۳ - مالکی ها - رحمه الله - به جواز تقسیم دین وقتی قول میکنند که دین به ذمه شخص واحد بوده باشد و اگر دین به ذمه اشخاص متعدد باشد در صورت تقسیم آن، ذمه در مقابل ذمه قرار نمیگیرد و این نیست مگر بیع دین در مقابل دین است و این کار به اتفاق فقهاء ناجائز میباشد، هر چه دینیکه بالای یک شخص باشد تقسیم آن جائز میباشد، اگر چه در این صورت نیز بیع دین به دین لازم میشود لیکن این صورت جائز میباشد؛ زیرا در این صورت احتمال فریب موجود نمیشود.<sup>۳</sup>

### دیدگاه راجح :

از خلال بحث معلوم می شود که قول دوم (قول به جائز بودن قسمت دین قبل از قبض) روی دلائل ذیل راجح به نظر میرسد.

۱- زمانیکه شرکاء به چنین تقسیم رضایت داشته باشند پس مانع دیگری وجود ندارد؛ زیرا این حق شرکاء است، و شرکاء به پذیرفتن چنین معامله قناعت دارند.

۲ - چنانکه ابن قیم<sup>۴</sup> - رحمه الله - در اعلام الموقعین اشاره کرده که به چنین قسمت، به کدام قاعده از قواعد شریعت اسلامی صدمه ای وارد نمیگردد، و نه به این قسمت حلال، الله - جل جلاله - حرام میگردد و نه حرام، الله - جل جلاله - حلال، و نه این قسمت مخالف نص کتاب الله است و نه سنت رسول الله - صلی الله علیه وسلم - پس روی کدام دلیل به عدم جواز آن حکم نمایم.<sup>۵</sup>

۳ - در قول دوم، سهولت و آسانی آوردن برای مسلمین و وسعت دادن به معاملات آنها میباشد که آنها قسمیکه بعد از قبض مال مشترک را تقسیم کرده میتوانند، روی مصلحت قبل از قبض نیز میتوانند آنرا تقسیم نمایند.

<sup>۱</sup> اعلام الموقعین لابن القيم الجوزیه ۳/۴ .

<sup>۲</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۴ .

<sup>۳</sup> اعلام الموقعین لابن الجوزیه ۳/۴ .

<sup>۴</sup> شمس الدین ابی عبدالله محمد بن محمد بن ابی بکر مشهور به ابن قیم الجوزیه متوفی سنه ۷۵۱ هجری . شذرات الذهب فی اخبار من ذهب ۴۳/۳ .

<sup>۵</sup> اعلام الموقعین ۳/۴ .

## مطلب دوم : انواع قسمت در قانون مدنی .

قانون مدنی افغانستان قسمت را به اعتبارات مختلف به سه نوع تقسیم نموده است :

### نوع اول: به اعتبار دخالت اراده شرکاء .

تقسیم به اعتبار مذکور دارای دو نوع میباشد : تقسیم رضائی ، تقسیم قضائی چنانچه در ماده (۱۹۵۱) قانون مدنی به آن اشاره صورت گرفته است «تقسیم عبارت از تعیین سهم مشاع واداء آن که به رضایت شرکاء ویا به حکم محکمه صورت گیرد».<sup>۱</sup>

### تشریح نکات مهم ماده فوق :

#### الف – تقسیم به رضایت شرکاء :

۱ – تعریف تقسیم رضائی : قسمت رضاء آنست که ملک مشترک بین متقاسمین به تراضی شان تقسیم شود، یا همگی به رضایت خود مال مشترک را تقسیم نمایند ، مانند اینکه: احمد و محمد دو برادر باشند وده جریب زمین مشترک داشته باشند و توافق کنند که هربرادر پنج جریب زمین را بگیرد .<sup>۲</sup>

۲- در تقسیم رضائی رضایت تمام شرکاء شرط می باشد ، اگر شرکاء از اهل رضاء نباشند، ولی وصی آنها از آنها نیابت کرده می توانند ماده (۱۱۲۸) مجلة الاحکام در این باره چنین حکم میکند: « یشرط فی قسمة التراضی رضی کل واحد من المتقاسمین بناءً علیه اذا غاب احدهم لاتصح قسمة الرضی و اذا کان فی جملتهم صغیر فولیه او وصیه قائم مقامه ،وان لم یکن للصغیر ولی ولا وصی کان موقوفاً علی امر الحاکم فینصب له وصی من طرف الحاکم وتصیر القسمة بمعرفة »<sup>۳</sup>

**ترجمه :** در تقسیم به تراضی رضایت تمام شرکاء شرط میباشد ، هرگاه یکی از شرکاء غائب باشد تقسیم رضائی صحیح تلقی نمیگردد . همچنان هرگاه در میان شرکاء صغیر موجود باشد ، ولی یا وصی او قائم مقام وی قرار می گیرد وهرگاه ولی یا وصی نداشته باشد ، موضوع موکول به امر قاضی باقی می ماند وبعداً از طرف قاضی برای صغیر ،وصی تعیین شده وبه معرفت او تقسیم صورت میگیرد .

۱ - قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲ .

۲ - شرح قانون مدنی صفحه ۷۶ تألیف نظام الدین عبدالله .

۳ - مجلة الاحکام صفحه ۱۶۱ .

### ۳ - خيار شرط ، رؤیت و عیب در تقسیم رضایی :

در تقسیم رضایی خیارات سه گانه : خيار شرط ، خيار رؤیت و عیب رعایت میگردد چنانچه ماده ( ۱۹۶۱ ) قانون مدنی به آن تصریح نموده است: «در تقسیم رضایی خيار شرط ، خيار رؤیت و خيار عیب ، طبق موافقه طرفین و احکام قانون تطبیق میگردد».<sup>۱</sup>

نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است ، فقهای احناف بر این نظر اند که خيار شرط و خيار رؤیت و خيار عیب در تقسیم رضایی قابل اجراء میباشد.

خيار شرط: عبارت از خياری است که به موجب آن، یکی از طرفین معامله، یا هر دوی آنان و یا شخص ثالثی حق فسخ یا امضاء معامله را در مدت معینی داشته باشند ، مانند اینکه: مشتری به بائع بگوید : مبیعه را به آن شرط از تو می خرم که تا مدت سه روز حق فسخ معامله را داشته باشم .<sup>۲</sup>

خيار رؤیت: عبارت از خياری است که به موجب آن مشتری به مجرد دیدن معقود علیه حق اجازه و یا فسخ عقد رادار میگردد، در صورتی که در زمان عقد و یا پیش از آن ، آنرا ندیده باشد .<sup>۳</sup>

خيار عیب: عبارت از خياری است که به موجب پیدا شدن عیبی در یکی از مبیعه و ثمن برای ذی نفع در صورت نا آگاهی از آن ، حاصل شود .<sup>۴</sup>

به عنوان مثال ، اگر مال مشترک به رضای شرکاء تقسیم گردد به این ترتیب که یک مقدار گندم برای یک نفر و برای شریک دیگر یک مقدار جو ، و برای شریک دیگر یک گله گوسفند ، و برای شریک دیگری در مقابل آن یک گله گاو برسد ، در این صورت یکی از شرکاء تا مدت معلومی خيار شرط کرده باشد ، می تواند در همین مدت قسمت را قبول، و یا فسخ کند اگر یکی از شرکاء مال مقسوم را ندیده باشد حق خيار رؤیت را دارد، و اگر در حصه بعضی از شرکاء عیب ظاهر شود ، به قبول ورد آن اختیار دارد ، با وجود این ، ثبوت این خیارات به حسب اموال متفاوت است : در اموال قیمی هر سه نوع خیارات ثابت میگردد چنانچه ماده ۱۱۵۴ مجلة الاحکام در این مورد تصریح نموده : « خيار الشرط والرؤية والعيب يكون ايضاً في قسمة القيميات المتحدة الجنس مثلاً اذا قسمت مائة شاة مشتركة بين اصحابها على قدر الحصص إن كان احدهم شرط الخيار الى كذا يوماً ففي هذه المدة يكون مخيراً بين القبول وعدمه ، وإن كان لم ير الغنم فحين يراها يكون مخيراً كذلك وإن ظهر عيب قديم في الغنم التي اصابت حصه احدهم فكذلك يكون مخيراً إن شاء قبلها وإن شاء ردها ».<sup>۵</sup>

۱ - قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲ .

۲ شرح قانون مدنی - صفحه ۷۹ از نظام الدين عبد الله.

۳ همان مصدر

۴ همان مصدر.

۵ مجلة الاحکام العدليه صفحه - ۱۶۴ .

ترجمه : در تقسیم اشیای قیمی متحدالجنس خیار شرط ورؤیت نیز موجود شده میتواند مثلاً : اگر یک صد رأس گوسفند مشترک بین شرکاء به اندازه حصص شان تقسیم شود و یکی از شرکاء خیار را به مدت چند روز شرط نموده باشد ، در مدت مذکور به قبول و عدم قبول تقسیم مذکور، مخیر میباشد و اگر گوسفندان را ندیده باشد در حین دیدن، خیار را به قبول و عدم قبول آن، نیز دارد و اگر عیب قدیم در گوسفندان که به حصه یکی از شرکاء رسیده است ظاهر شود اختیار قبول قسمت ورد آنرا نیز دارد در اموال مثلی مانند: مکیل و موزون خیار عیب بدون خیار شرط ورؤیت جهت دفع ضرر ثابت میگردد ، ماده ۱۱۵۵ مجلة الاحکام در این مورد حکم می نماید : « خيار الشرط ورؤية لایکون فی قسمة المثلیات المتحدة الجنس لکن یكون فیها خيار العیب مثلاً : صبرة الحنطة مشتركة بین اثین فاقسمها علی ان الخيار الی کذا یوماً لایکون الشرط معتبراً واحد الشریکین اذا لم یرا الحنطة فحین رؤیتها لایکون له الخيار اما اذا اعطی احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معیباً فصاحبه مخیر ان شاء قبل وان شاء رد»<sup>۱</sup>.

ترجمه : خیار شرط ورؤیت در تقسیم اموال مثلی متحد الجنس ثابت نمیگردد، اما خیار عیب موجود شده میتواند مثلاً : یک توده گندم بین دو نفر مشترک باشد و خواستند که آنرا تقسیم نمایند به این شرط که به یکی از شرکاء تا مدت چند روز خیار باشد ، این شرط اعتبار ندارد و اگر یکی از شرکاء گندم مذکور را ندیده باشد ، حین رؤیت برایش خیار نیست، اما اگر به یکی از شرکاء از سرانبار گندم سهم داده شده باشد و دیگری از زیرانبار، حصه خود را أخذ نماید و در زیر آن گندم معیوب دیده شود ، صاحب حصه پایانی اختیار دارد که تقسیم مذکور را قبول و یا رد نماید .

#### ب - تقسیم به حکم محکمه:

هرگاه شرکاء در تقسیم مال مشاع به توافق نرسند و برخی آنها از محکمه مطالبه تقسیم را نمایند ، چنین تقسیمی را تقسیم قضائی که در فقه بنام تقسیم به اجبار نیز نامیده میشود، میگویند.

۱ - تعریف تقسیم قضایی : قانون مدنی افغانستان از تعریف کردن تقسیم قضایی ساکت است اما ماده ۱۱۲۲ مجلة الاحکام در تعریف تقسیم قضایی چنین حکم میکند: «قسمة القضاء قسمة القاضی الملك المشترك جبراً وحکماً بطلب بعض المقسوم لهم»<sup>۲</sup>.

ترجمه : قسمت قضاء عبارت است از تقسیم کردن قاضی ملک مشترک را میان شرکاء جبراً به سبب مطالبه بعضی از مقسوم لهم که عبارت از شرکاء میباشند.

<sup>۱</sup> مجلة الاحکام العدلیه صفحہ ۱۶۵ .

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام العدلیه صفحہ ۱۰۹ .

۲- طرز تقسیم قضایی: زمانیکه دعوای تقسیم در محکمه ابتدائیه توسط یکی از شرکاء و یا کل شرکاء اقامه شود، محکمه باید ارزیابی نماید که آیا مال مشاع بدون ضرر قابل تقسیم است و یا خیر؟ و آیا در اثر تقسیم، قیمت آن تنزیل می یابد و یا خیر؟ اگر محکمه ابتدائیه تشخیص دهد که مال مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست، به عنوان مثال مال مشاع یک عراده موتر باشد، و یا تقسیم آن ممکن است، اما با تنزیل قیمت، به عنوان مثال، مال مشاع خانه دارای چند طبقه (منزل) است و یا زمین زراعتی است اگر تقسیم شود، این تقسیم موجب کاهش قیمت آن میگردد در چنین حالات محکمه می تواند مال مشاع را از طریق مزایده به فروش رساند و سپس پول آنرا میان شرکاء به تناسب حصص آنها، تقسیم نماید چنانچه ماده ۱۹۶۷ قانون مدنی به آن چنین تصریح می نماید: «هرگاه تقسیم عین مال متعذر بوده یا مالکيه تقسیم آن مطلوب است در اثر تقسیم قیمت آن بسیار زیاد تنزیل نماید، مال طبق احکام قانون اصول محاکمات مدنی به فروش میرسد»<sup>۱</sup>.

و اگر مال مشاع قابل تقسیم باشد محکمه ابتدائیه ذیصلاح اقدامات تقسیم را باید اتخاذ نماید. به این منظور که محکمه ابتدائیه ذیصلاح باید سه مرحله را سپری نماید:

۱- تقسیم مال مشاع ۲- حل و فصل منازعات، ۳- حکم به اعطای سهم هر شریک<sup>۲</sup>

### نوع دوم: تقسیم به اعتبار وحدت و تعدد محل تقسیم:

تقسیم به اعتبار مذکور دارای دو قسم میباشد ۱- تقسیم جمع ۲- تقسیم تفریق، چنانچه ماده ۱۹۵۹ قانون مدنی به آن تصریح نموده: «تقسیم به دو شکل صورت میگیرد: یکی به جمع حصه مشاع در هر فرد از افراد مال اعیان مشترک که تقسیم جمع یاد میشود و دیگری به تعیین حصص مشاع در یک عین مشترک که تقسیم تفریق نامیده میشود»<sup>۳</sup>.

نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است، طبق فقه حنفی ملک مشاع به اعتبار تعدد و وحدت محل به تقسیم جمع و تفریق منقسم می شود.

**توضیح:** الف- تعریف قسمت جمع: ماده ۱۱۱۵ مجله الاحکام قسمت جمع را چنین تعریف نموده: «جمع الحصص الشائعه فی کل فرد من افراد الاعیان المشترك فی اقسامها مثلاً قسمة ثلاثین شاة مشتركة بین ثلاثة»<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۳.

<sup>۲</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۹.

<sup>۳</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲.

<sup>۴</sup> مجله الاحکام العدلیه صفحه ۱۰۸.

ترجمه: قسمت جمع آن است که حصهای مشاع در هر فرد از افراد اعیان مشترکه در اقسام آن جمع شود، مثل: سی رأس گوسفند که بین سه نفر مشترک باشند، در صورت تقسیم برای هر یک ده رأس گوسفند میرسد.

میتوانیم در مورد تقسیم جمع مثال دیگری بیاوریم مثلاً یک دربند خانه و یک قطعه زمین زراعتی و یک باغ میان سه نفر از وارثین مشترک باشند، حصهای یک شریک را در خانه و حصهای شریک دیگر را در زمین و حصهای شریک سوم را در باغ، جمع نماییم، و هر شریک، مجموع حصه های خود را از یک جنس اخذ نماید. این تقسیم را جمع گویند.

**ب - تعریف تقسیم تفریق:** ماده ۱۱۱۵ مجلة الاحکام تقسیم تفریق را چنین تعریف نموده: «تعیین الحصص الشائعه فی العین الواحد المشتركة فی اقسامها مثل: قسمة عرصه بین اثنين یقال لها قسمة تفریق قسمة الفرد»<sup>۱</sup>.

ترجمه: قسمت تفریق که در فقه آن را قسمت فرد نیز یاد میکنند، عبارت از قسمتی است که در آن برای شریک حصه جزئی از مال مشترک تخصیص داده میشود، مانند: تقسیم یک خانه بزرگ در میان دو یا چند فرد، چنانکه نصف یا ثلث آن خانه به یکی از شرکاء اختصاص یابد.

و همچنان در مثال گفته میتوانیم: که یک دربند خانه و یک قطعه زمین زراعتی و یک قطعه باغ هر سه آن میان سه نفر وارث مشترک باشند هر یکی از اموال ذکر شده فوق را به سه بخش تقسیم نمایم، این را قسمت تفریق و یا قسمت فرد میگویند.

### نوع سوم- تقسیم به اعتبار حاجت به تقویم و عدم آن:

قسمت به اعتبار تقویم و عدم آن به چهار نوع تقسیم شده است: ۱- تقسیم به افراز، ۲- تقسیم به تعدیل، ۳- تقسیم به رد، ۴- تقسیم به فروش اموال مشاع و تقسیم ثمن آن میان شرکاء، اگرچه قانون مدنی اقسام فوق را صراحتاً ذکر نکرده اما در ضمن ماده های مختلف به آن اشاره نموده است:

#### ۱- تقسیم به افراز

افراز به معنای جدا نمودن یک بخش شیء از بخش دیگر آن است.<sup>۲</sup>

تقسیم افراز در فقه بنام تقسیم اجزاء و تقسیم مشابهاات نیز نامیده میشود که در اموال مثلی صورت می پذیرد. زیرا افراز عبارت است از جدا کردن حق شرکاء از اموال مشاع به طریق ذرع در اموال ذرعی، به طریق عدد در اموال عددی، به طریق کیل و وزن در اموال کیلی و وزنی چنانچه در ماده ۱۹۶۶ قانون مدنی افغانستان به این نوع از تقسیم اشاره صورت گرفته است: «هرگاه منازعه قطع شود و حصص به طریق رضایی تعیین گردد، محکمه باعطای حصه مفرزه هر یک از شرکاء حکم می

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> فرهنگ فارسی عمید صفحه ۴۰۳.



نماید ، در صورتی که حصص بطریق رضائی تعیین نگردد ، تقسیم بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محکمه درج گردیده و باعطاء حصه مفرزه هر شریک حکم صادر میگردد .<sup>۱</sup>

۲ - تقسیم تعدیل :

تعدیل در لغت : برابر کردن دو چیز است .<sup>۲</sup> تقسیم تعدیل طوری است که حصه های مختلف ، با قیمت تعدیل شوند تا مساوات و برابری در میان شرکاء تحقق پیدا کند . به عنوان مثال : اگر مال مشترک قطعه زمینی باشد که قیمت اجزای آن به سبب قوت انبات (رویانگی) و یا نزدیکی به آب و امثال آن ، با هم متفاوت باشند و یا جنسی که در اجزای زمین قرار دارد ، متفاوت باشد مثلاً بخشی از آن نخلستان و بخش دیگر آن تاک انگور باشد ، اگر تفاوت اجزای زمین تاثیرگذار در قیمت آن باشد به عنوان مثال قیمت یک ثلث آن با دو ثلث آن برابر باشد ، در این صورت یک ثلث آن را یک سهم و دو ثلث آن را سهم دیگر قرار داده شود و سپس قرعه کشی شود تا میان سهام تعادل ایجاد گردد . قسمیکه ماده ۱۹۵۷ قانون مدنی به این نوع از تقسیم چنین اشاره میکند «معادله حصص حسب استحقاق که در آن نقصان فاحش نباشد حتمی است» .<sup>۳</sup>

۳ - تقسیم رد :

تقسیم رد زمانی صورت میگیرد که حصه ها معادل یک دیگر نباشند و از روی اضطرار به حالت قبلی گذاشته شوند و شریکی که حصه زاید را می گیرد ، نصف قیمت آنرا به شریک دیگر رد نماید بنابر این ، قسمت رد عبارت از قسمتی است که به موجب آن شیء را دو قسمت می نمایند به نحویکه یکی با دیگر از نظر قیمت تفاوت داشته باشد و جهت رعایت عدالت طرفیکه حصه پربها تر را اخذ نموده است ، قیمت نصف آنچه که زاید است به شریک دیگر پرداخت نماید . به عنوان مثال اگر زمینی طور مناصفه میان دو نفر مشترک باشد ، و در یک قسمت این زمین چاه وجود داشته باشد و بعد از تقسیم زمین به شکل مناصفه ، چاه مربوط یکی از شرکاء شود ، شریکی که چاه شامل حصه وی شده است ، باید نصف قیمت چاه را به شریک دیگر پرداخت نماید .<sup>۴</sup> قسمیکه ماده ۱۹۶۰ قانون مدنی افغانستان به این نوع از تقسیم چنین تصریح نموده : « معادل کمبود حصص به پرداخت مال اضافی از جانب کسیکه حصه بیشتر گرفته است جواز دارد . »<sup>۵</sup>

میتوانیم جهت وضاحت بیشتر موضوع ، مثال دیگری را ذکر نمایم : دو برادر که در متروکه حصه مساوی دارند یک آن دو قالبین شش متره موری را که قیمت هر واحد پنجاه هزار افغانی جمله یک لک افغانی شود در حصه خود از متروکه بگیرد ، و برادر دومی چهار تخته گلم شش متره هزارگی که

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۲۰۳ .

<sup>۲</sup> حسن عمید فرهنگ فارسی صفحه ۴۰۲ .

<sup>۳</sup> حقوق عینی صفحه ۸۹ از نضام الدین عبدالله .

<sup>۴</sup> همان مصدر .

<sup>۵</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲ .

قیمت هر واحد بیست هزار افغانی جمله شد هشتاد هزار افغانی شود در حصه خویش از متروکه بگیرد برادر دومی (۲۰) هزار افغانی به کمبود حصه مواجه میشود در این صورت برادر اولی غرض معادل حصص دورأس گوسفند اضافی را که قیمت آن معادل ده هزار افغانی شود برای برادر دومی بدهد، جواز دارد .

#### ۴ - تقسیم به ثمن :

تقسیم به ثمن درجای صورت میگیرد که مال مشترک اصلاً قابل تقسم نبوده و یا اینکه قابل تقسیم باشد و لکن بعد از تقسیم قیمت مال خیلی نازل گردد، در آن وقت مال مشترک به فروش رسانیده می شود و ثمن آن میان شرکاء تقسیم میگردد، چنانچه ماده ۱۹۶۷ قانون مدنی افغانستان به آن تصریح می نماید « هرگاه تقسیم عین مال متعذر بوده باشد یا مال که تقسیم قیمت آن مطلوب است در اثر تقسیم قیمت آن بسیار زیاد تنزیل نماید ، مال طبق احکام قانون اصول محاکمات مدنی به فروش میرسد .»<sup>۱</sup>

مثلاً: متروکه یک دربند حویلی دارای مساحت سه بسوه و شامل سه اطاق نشینمند باشد که از موروث برای یک نفر و وجه و یک نفر بنت و سه نفر پسران طور میراث باقی مانده باشند نخست اینکه: تقسیم خانه مال مشاع بالای پنج نفر ورثه از حیث انتفاع متعذر بوده بعد از تقسیم از آن استفاده مطلوب برای هر یک از تقسیم کننده گان میسر نمیگردد . ثانیاً به اثر تقاضای مکرر شرکاء خانه مال مشاع مذکور در بین پنج نفر ورثه به قرار حصص استحقاق، تقسیم گردد - قسمت حصه مفروزه هر یک از شرکاء بسیار زیاد تنزیل یافته آنرا کسی به قیمت مناسب خریداری نمی نمایند بناً حویلی متروکه و مال مشاع مذکور به تجویز محکمه و موافقه شرکاء قبل از تقسیم به قیمت مناسب و بلند بالای شخص بفروش رسیده و قیمت آن در بین ورثه قرار حصص استحقاق میراث تقسیم می گردد.

### مطلب سوم - مقارنه میان فقه اسلامی و قانون مدنی:

#### الف- مورد اتفاقی:

قسمت به اعتبار وحدت محل و تعدد آن (قسمت جمع و تفریق) در این نوع از قسمت قانون مدنی با فقه اسلامی موافق است ، زیرا که ماده قانون مدنی نیز از فقه حنفی گرفته شده ، احناف این نوع از قسمت را تفصیلاً بیان نموده است

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۳ .

## ب- موارد اختلافی:

فقه اسلامی قسمت را به اعتبارات مختلف به چهار نوع تقسیم نموده است:

۱- باعتبار حاجت به تقویم و عدم آن، ۲- باعتبار اراده متقاسمین، ۳- باعتبار وحدت محل وتعدد آن، ۴- باعتبار طبیعت محل مقسوم، اما قانون مدنی افغانستان قسمت را به سه نوع اول تقسیم نموده، نوع چهارم قسمت که قسمت به اعتبار طبیعت محل است اصلاً ذکر نکرده نه صراحتاً و نه ضمناً و حالانکه تقسیم به اعتبار محل (تقسیم به اعیان و منافع) تقسیم اتفاقی میان همه فقهاء میباشد، متأسفانه که قانون مدنی از آن ساکت مانده است.

۲- نوع سوم قسمت (قسمت به اعتبار تقویم و عدم آن) در فقه اسلامی به صراحت ذکر گردیده است، اما در قانون مدنی صرف در ضمن ماده ها به آن اشاره صورت گرفته است، مناسب آن بوده که این نوع از تقسیم نیز به صراحت در ماده های قانون مدنی افغانستان واضح میگردد.

۳- تقسیم به ثمن که یکی از بخشهای تقسیم به اعتبار تقویم و عدم آن است. در فقه اسلامی صرف به آن اشاره صورت گرفته، اما در قانون مدنی در ماده ۱۹۶۷ صراحتاً حکم به جواز این نوع از قسمت شده است.

۴- در قسمت به اعتبار اراده متقاسمین (قسمت رضایی و قسمت قضایی) فقه اسلامی و قانون مدنی باهم موافق هستند لیکن فقه اسلامی مواضع قسمت رضایی را با ذکر مثال ها بیان نموده، اما قانون مدنی از مواضع قسمت رضایی خاموش باقی مانده، حالانکه ذکر کردن مواضع قسمت در قانون مدنی نیز از جمله ضروریات به شمار میرود.

### مبحث سوم: مقومات قسمت (شرایط و ارکان) در فقه اسلامی و قانون مدنی.

ارکان جمع رکن است رکن در لغت به معنای ناحیه و جانب<sup>۱</sup>، رکن در اصطلاح را دکتور- الضوینی<sup>۲</sup>- چنین تعریف نموده «هو ما کان جزءً من الشئ ویتوقف وجوده على الشئ علیه»<sup>۳</sup>.

ترجمه: رکن عبارت از جزء یک شی است که وجود آن شی، موقوف بر آن باشد.

به مذهب شافعی ها ارکان قسمت سه است قاسم، مقسوم، مقسوم له<sup>۴</sup>.

<sup>۱</sup> غیاث اللغات صفحه ۲۳۴ تألیف محمد غیاث الدین بن جلال الدین بن شرف الدین اللکنوی.

<sup>۲</sup> محمد بن عبدالرحمان الضوینی استاد کلیة الشریعة والقانون -القاهره.

<sup>۳</sup> احکام القسمة تألیف محمد بن عبدالرحمان الضوینی صفحه ۱۱۰.

<sup>۴</sup> -حاشیة الباجوری علی ابن القاسم ۳۵۰/۲.

به مذهب احناف قسمت دارای یک رکن میباشد که آن عبارت از فعل قسمت است چنانچه علامه حصکفی<sup>۱</sup> در درمختار چنین ذکر کرده: «ورکنها هو الفعل الذی یحصل به الإفراز والتمیز بین الأنصاء»<sup>۲</sup>.

ترجمه: رکن قسمت عبارت از فعلی است که توسط آن جدایی و تفکیک میان سهام حاصل میگردد. اگرچه احناف از برای قسمت به یک رکن قول کردند اما بعد از تحقیق معلوم میشود که احناف همراه با شافعی ها در تعدد ارکان موافق هستند؛ زیرا که فعل ضرورت به فاعل دارد که آن عبارت از قاسم است، همچنان فعل را محلی ضرورت میباشد که آن عبارت از مقسوم و مال مشترک است، فعل را متعلق می باید بود که آن عبارت از مقسوم لهم است، تایید این سخن از عبارت علامه کاسانی فهم میشود که در بدائع الصنائع در بحث شروط قسمت ذکر نموده: «اما شرائط جواز القسمة فانواع: بعضها یرجع الی القاسم وبعضها یرجع الی المقسوم وبعضها یرجع الی المقسوم له»<sup>۳</sup>.

ترجمه: شرائط جواز قسمت چند نوع میباشد: شرائطی که راجع به قاسم میشود، شرائطی که راجع به مقسوم میشود، شرائطی که راجع به مقسوم له میشود.

پس از یک سلسله تحقیقات واضح گردید که اصلاً ارکان قسمت چهار است: ۱- فعل قسمت یا کیفیت قسمت، ۲- قاسم، ۳- مقسوم، ۴- مقسوم له. پس هر یکی از این ارکان را طی مطالب متعدد به قرار ذیل زیر بحث قرار میدهم:

### مطلب اول - قاسم (تقسیم کننده) در فقه اسلامی:

#### فرع اول- شرایط قاسم:

بعد از جستجو و مراجعه به کتب مذاهب فقها، ما دونوع شرایط را برای قاسم دریافت نمودیم، شرایطی اتفاقی و شرایطی اختلافی:

<sup>۱</sup> شیخ محمد بن علی بن محمد بن علی بن عبد الرحمن بن محمد بن جمال الدین بن حسن بن زین العابدین حصکفی، حنفی، وی در سنه ۱۰۲۵ هجری در قریه حصن کیفا در کناره دریای دجله تولد شده است، وی محدث و فقیه مشهور دور خود بود و صاحب تصانیف زیادی می باشد مانند: شرح ملتقی الأبحر، شرح منار و غیره و در سنه ۱۰۸۸ هجری در ماه شوال به عمر ۶۳ سالگی وفات نمود. ظفر المحصلین باحوال المصنفین صفحه ۴۷۷.

<sup>۲</sup> در مختار ۴۲۱/۹ شرح تنویر الابصار، تالیف شیخ علاء الدین محمد بن علی الحصکفی ناشر مکتبه الحقایق پشاور.  
<sup>۳</sup> بدایع الصنائع ۴۶۴/۵.

## الف: شرایطی اتفافی:

### ۱- عقل:

کسیکه به صفت قاسم انتخاب میشود، شرط است که عاقل بوده باشد؛ زیرا که اهلیت تمام تصرفات شرعی موقوف به عقل میباشد، پس تقسیم مجنون و طفل چونکه دارای عقل کامل نیستند قابل قبول نمی باشد، اما حکم تقسیم صبی ممیز در شرایط اختلافی خواهد آمد.<sup>۱</sup>

### ۲- قاسم باید به علم مساحت و حساب موصوف باشد:

زیرا که علم مساحت و حساب وسیله وآله برای تقسیم است چنانچه علم فقه وسیله برای قضاء میباشد همچنان کسانیکه عالم به تقسیم نباشد ممکن است از آنها ظلم و تعدی صورت گیرد، حق را به حقدار، نتوان رسانده و چنین کار به مشروعیت تقسیم، منافی خواهد بود.<sup>۲</sup>

### ۳- عدالت و امانت داری:

زیرا که تقسیم از جنس عمل قضاء میباشد، زمانیکه در قضاء عدالت و امانت داری شرط بود در قسمت نیز شرط میباشد و همچنان قاسم باید شخص با اعتماد باشد که به فیصله و سخن او مردم اعتماد کنند و شخص، زمانی با اعتماد میشود که در او تقوی و امانت داری موجود باشد و این شرط نزد بعضی احناف مانند علامه کاسانی در درجه استحباب قرار دارد و به نزد بعضی دیگر مانند صاحب هدایه و در مختار به درجه وجوب.

۳

## ب- شرایط اختلافی:

### ۱ - بلوغ:

فقهاء در شرط گردانیدن بلوغ در قاسم، به دودیدگاه عمده تقسیم شده اند.

#### دید گاه اول:

جمهور علماء بلوغ را در تقسیم کننده شرط میدانند و میگویند: که تقسیم کننده باید شخص بالغ بوده باشد.<sup>۴</sup>

#### دید گاه دوم:

علماء احناف بلوغ را در تقسیم کننده شرط نمی دانند بلکه میگویند: که تمیز در تقسیم کننده کفایت میکند، پس صبی ممیز میتواند که تقسیم کننده باشد به شرطیکه ولی او برایش اجازه کرده باشد.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۴/۵.

<sup>۲</sup> هدایة ۴۰۹/۴.

<sup>۳</sup> همان مصدر.

<sup>۴</sup> حاشیه باجوری علی ابن قاسم ۳۱۵/۲، الذخیره للقرافی ۱۸۹/۷ در فقه مالکی ها تالیف شهاب الدین احمد بن ادريس القرافي، ناشر: دار الغرب - تاریخ نشر (۱۹۹۴) مکان نشر: بیروت.

<sup>۵</sup> بدائع الصنائع ۴۶۴/۵.

به فکر بنده دیدگاه جمهور علماء راجح به نظر میرسد که در تقسیم کننده، بلوغ شرط می باشد، زیرا که ما در تقسیم کننده شرط کردیم که عالم به علم مساحت و حساب بوده باشد، در عصر موجود عالم بودن به علم حساب و مساحت ضرورت به کسب علوم تخصصی دارد که وقت زیادی را در بر میگیرد، طفل در سن هشت سال و ده سال که مرحله تمیز است در صنوف ابتدایی می باشد که در این مرحله به علم مساحت و حساب آشنایی نمیداشته باشد، به علم حساب و مساحت وقتی آشنایی پیدا میکند که به بلوغ کامل رسیده باشد.<sup>۱</sup>

## ۲- اسلام :

دلیل شرط کردن اسلام روی این است که تقسیم کننده یک نوع تصرف و ولایت بالای متقاسمین می داشته باشد و شخص کافر بالای مسلمان ولایت ندارد؛ زیرا که کافر از اهل ولایت نیست، البته شرط بودن اسلام به نزد جمهور علماء می باشد.<sup>۲</sup> اما به نزد احناف، اسلام در قاسم شرط نمی باشد، از برای قاضی جایز است که شخص ذمی را به صفت تقسیم کننده تعیین نماید به دلیل اینکه ذمی از اهل معاملات است خرید، فروش، وکالت و ضمانت کرده میتواند پس به صفت تقسیم کننده نیز انتخاب شده میتواند.<sup>۳</sup>

به فکر بنده دیدگاه و رای جمهور علماء راجح و بهتر به نظر میرسد؛ زیرا که الله -جل جلاله- در کتاب خود فرموده: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}.<sup>۴</sup>

ترجمه : هیچگاه نداده الله متعال کافران را، بر مؤمنان راه (غلبه).<sup>۵</sup>

و اگر شخص کافر به صفت قاسم تعیین گردد این یک نوع عظمت و وقار به کافر قایل شدن است، که اسلام عزیز ما را از آن منع کرده است .

## ۳- ذکورت :

جمهور فقهاء ذکورت را در تقسیم کننده شرط میدانند و میگویند که برای قاضی جایز نیست که زن را به صفت قاسم انتخاب نماید به دلیل اینکه زن از اهل ولایت عامه نیست و تقسیم کننده باید اهلیت و ولایت عامه را داشته باشد.<sup>۶</sup>

فقهای احناف ذکورت را در قاسم شرط نمیدانند و از برای قاضی جایز می بینند که زن را به صفت قاسم مقرر نماید، به دلیل اینکه زن از اهل معاملات است خرید، فروش و غیره معاملات او نافذ است پس به

<sup>۱</sup> قسمة الاملاك - صفحه ۱۵۳.

<sup>۲</sup> الذخیره للقرافی ۱۸۹/۷، شرح زرقانی ۱۹۴/۴.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۴/۵.

<sup>۴</sup> سورة النساء آیت ۱۴۱.

<sup>۵</sup> تفسیر احسن الکلام ۶۲۳/۲.

<sup>۶</sup> اسنی المطالب ۳۳۰/۴، تالیف شیخ زکریا الانصاری، الشافعی، طبع: المطبعة المیمنیة - بمصر الذخیره للقرافی ۱۸۹/۷.

صفت قاسم نیز انتخاب شده می‌تواند.<sup>۱</sup>

به فکرباحث، قول جمهور علماء که ذکورت رادر تقسیم شرط میدانند راجح به نظر میرسد، بدلیل اینکه درزن حیاء غالب می‌باشدزود ازیک طرف متأثر می شود امکان آن زیاد می‌رود که عدالت به نزدش فوت شود، و دیگر اینکه عمل تقسیم به جهد و مشقت زیاد ضرورت داشته می‌باشد، رفتن بالای زمین اگر مقسوم علیه زمین باشد، حاضر شدن در مجالس عامه که در آن مردان مختلف موجود می باشد، پیش کردن دلایل جهت قناعت دادن متقاسمین، به شان یک زن مسلمان دشوار به نظر میرسد.<sup>۲</sup>

#### ۴- حریت:

مالکی ها و شافعیها - رحمهم الله - حریت رادر تقسیم کننده شرط میدانند، حاکم ویا قاضی نمی تواند شخصیکه غلام بوده باشد به صفت قاسم انتخاب نماید ، به دلیل اینکه قاسم نایب قاضی ویا حاکم می‌باشد، در قاضی و حاکم حریت شرط است و کسانیکه به صفت نایب ایشان قرار می‌گیرند در آنها نیز باید حریت شرط باشد و دیگر اینکه تقسیم کردن اموال یک نوع تصرف و ولایت به غیر است، غلام از اهل ولایت به نفس خود نیست چگونه به غیر باشد!<sup>۳</sup>

حنفی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - حریت رادر قاسم شرط نمی‌دانند، از برای قاضی ویا حاکم جایز می دانند که غلام رامیان مردم به صفت تقسیم کننده انتخاب نماید به دلیل اینکه غلام از اهل معاملات است خرید و فروش کرده می‌تواند پس به صفت قاسم نیز انتخاب شده می‌تواند.<sup>۴</sup>

به فکربنده دیدگاه علمای احناف و حنبلی ها راجح به نظر میرسد؛ زیرا که از برای چنین شرط در عصر حاضر محل و مصداق در خارج وجود ندارد، و شرط کردن آن در روی کاغذ بدون وجود و مصداق خارجی مفهوم و معنای ندارد.

#### ۵- تقوی :

قاسم باید زاهد، عفیف، پاک نفس بوده باشد، و هیچ گونه طمع و توقع از مردم نداشته باشد تامورد اعتماد متقاسمین قرار گرفته و ویرامتهم به طرف داری یکی از متقاسمین ویا به گرفتن رشوت نسازد، البته به شرط مذکور صرف شافعی ها تصریح نموده باقی فقها در مورد شرط مذکور سکوت اختیار کردن ممکن است که شرط مذکور را در ضمن شرط عدالت درج کرده باشند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۵/۵۶۴.

<sup>۲</sup> قسمة الاملاک للدكتور احمد فراج حسين صفحه ۱۵۳ .

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۱۸، شرح زرقانی علی مختصر الخلیل ۶/۳۵۲ تالیف عبدالباقی بن یوسف بن احمد زرقانی مصری متوفی ۱۰۹۹هـ - ناشر دارالکتب العلمیة بیروت - لبنان.

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۵/۴۶۴، المبدع شرح المقنع ۱۰/۱۳۳.

<sup>۵</sup> الحاوی الکبیر للماوردی ۱۶/۲۴۵ - در فقه شافعی تالیف ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی الشهیر بالماوردی متوفی ۴۵۰هـ - ناشر دارالکتب العلمی تاریخ طبع ۱۴۱۴هـ - ۵.

به فکر باحث دیدگاه شافعی ها-رحمهم الله - بهتر و راجح به نظرمی رسد، به دلیل اینکه صفت تقوی در قاسم امر مهم به شمار می‌رود؛ زیرا که دار مدار تمام معاملات خصوصاً حکم بودن میان افراد به دیانت و تقوی استوار می‌باشد اگر صفت تقوی یک شرط مستقل و علی حده قرار داده شود بهتر خواهد بود .

#### ۶- ملک و یا ولایت :

مراد از ملک این است که قاسم مالک مال مقسومه باشد یعنی شرکاء باهم جمع شوند و ملک مشترک رامیان خود به رضاء و رغبت تقسیم نمایند، لیکن این در صورتی است که میان شرکاء صغیر و یا مجنون که نایب نداشته باشد یا شخص غایب که وکیل نداشته باشد موجود نباشند، اگر چنین اشخاص میان متقاسمین موجود باشند باز تقسیم بدون امر قاضی درست نمی باشد و اگر چنین اشخاص و افراد در میان متقاسمین قرار داشتند و شرکاء مال رامیان خود تقسیم کردند و از طرف قاضی بعد از تقسیم و یا از جانب غایب بعد از رجوع او به وطن و یا از جانب ولی مجنون و یا از جانب صبی بعد از بلوغ آن، اذن و اجازه به دست آمد، تقسیم درست می گردد .<sup>۱</sup>

اجازه، بعضی اوقات به زبان می‌باشد و بعضی اوقات به فعل و عمل چنانچه شرکاء مال مشترک رامیان خود تقسیم نمایند و در بین آنها صغیر نیز موجود باشد و به او چیزی از مال مشترک برسد، بعد از بلوغ آنرا به فروش برساند، این از طرف او اجازه شمرده میشود .<sup>۲</sup>

اما ولایت به مال بدون ملک به دونوع می‌باشد: ۱: ولایت قضاء ۲: ولایت قرابت ، در ولایت قضاء، گرفتن اجازه از تمام شرکاء و یا از بعضی آنها شرط می باشد و بدون اجازه شرکاء، تقسیم درست نمی باشد، و بعد از گرفتن اجازه، قاضی و یا منسوب قاضی میتواند که مال را بالای صغیر و کبیر، مردوزن، مسلمان و ذمی، حر و غلام، تقسیم نماید، رعایت چنین شرط در ولایت قرابت لازمی نمی‌باشد ، پدر و یا وصی او، جد و یا وصی جد میتواند که بدون اجازه صغیر و معتوه مال را بالای شان تقسیم نمایند به دلیل اینکه از برای هر کسی که ولایت بیع باشد از برای او ولایت تقسیم نیز می‌باشد، از برای اشخاص مذکور ولایت بیع است پس ولایت تقسیم نیز است، اما وصی مادر و برادر و عمک، مال منقول را تقسیم کرده میتواند و غیر منقول رانمی تواند زیرا که اینها ولایت بیع اموال منقولی را دارند و غیر منقولی را ندارد.<sup>۳</sup>

و به نزد حنبلی ها رحمهم الله - پدر و مطلق وصی، مال صغیر را تقسیم کرده میتواند برابر است که مال منقول باشد و یا غیر منقول چنانچه ابن قدامه مقدسی در المغنی ذکر نموده: «ولالأب و الوصی قسمة

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۴/۵

<sup>۲</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۲۷/۹

<sup>۳</sup> بدائع صنائع ۴۶۴/۵



## مال الصغیر مع شریکه»<sup>۱</sup>.

ترجمه: از برای پدر و وصی جایز است که مال صغیر را همراهی شریکش تقسیم نمایند. یعنی: پدر و وصی چه وصی پدر باشد چه وصی مادر یا برادر، مال صغیر را چه مال منقول باشد و یا غیر منقول، تقسیم کرده میتواند؛ زیرا که در تقسیم مال برای صبی مصلحت است پس تقسیم مال صبی جایز شد، چنانچه خریدن مال به صبی جایز است، و باقی فقهاء در این مورد، چیزی تصریح نکرده صرف شافعی ها در مورد قاسم فرمودند: که یکی از شرکاء، قاسم و از طرف شرکای دیگر وکیل شده نمیتواند مثلاً: شرکاء برای یک تن از شرکای خود بگویند: که تو از طرف ما وکیل هستی مال را میان ما تقسیم کن و برای نفس خودت و برای هر یک مایان سهام جدا کن چنانچه خطیب شربینی در مغنی المحتاج ذکر کرده: «لو وکل بعضهم واحدا منهم ان یقسم... ان وکله علی ان یفرز لکل منهم نصیبه لم یجز لان علی الوکیل ان یحاط لموکل»<sup>۲</sup>.

ترجمه: اگر بعض از شرکاء، یکی از شریکان خود را وکیل بگیرند تا اینکه عمل تقسیم را میان شان انجام دهد و حصه هر یکی از شرکاء را از دیگران جدا سازد، این صورت جایز نمی باشد. به دلیل اینکه قاسم در چنین صورتهامنافع خود را در نظر میگیرد نه از موکل را، در یک صورت صحیح میشود که هر یکی از شرکاء از خود وکیل مستقل داشته باشد که از او وکالت کند و یک شریک را اختیار و صلاحیت دهند که عمل تقسیم را میان شان انجام دهد.

### ۷- تعدد قاسم :

فقهاء در شرط کردن تعدد در قاسم و نه شرط کردن آن، باهم اختلاف دارند و این اختلاف به سه دیدگاه عمده ذیل تقسیم شده است.

#### دیدگاه اول:

شافعی ها - رحمهم الله - میگویند: تعدد در تقسیم کننده مادامیکه از طرف قاضی منصوب شده باشند شرط میباشد برابر است که تقسیم مشتمل به تقویم و تعدیل باشد و یا نباشد، در آن تخمین باشد و یا نباشد چنانچه علامه ماوردی در الحاوی الکبیر ذکر کرده: «لایجزی اقل من القاسمین کما لایجزی اقل من قومین و کما لایجزی فی جزاء الصيد اقل من مجتهدین»<sup>۳</sup>.

ترجمه: در مسئله تقسیم کم از دو نفر تقسیم کننده کفایت نمیکند چنانچه در مسئله تقویم کفایت نمیکند، و چنانچه در قیمت گذاری شکار که شخص محرم آنرا به قتل رسانده باشد کم از دو نفر کافی نمی باشد باید

<sup>۱</sup> المغنی لابن قدامه ۵۰۸/۱۱.

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۱۸/۴.

<sup>۳</sup> الحاوی الکبیر ۲۴۷/۱۶.

دونفر عادل آن شکار راقیمت گذاری نمایند، بعد از قیمت گذاری شخص جانی آن قیمت را پرداخت نماید چنانچه قرانکریم به آن گواه است {یحکم به ذواعدل منکم}.<sup>۱</sup>

ترجمه: فیصله خواهد کرد به آن دونفر انصاف کننده از شما.<sup>۲</sup>

### دلیل دیدگاه اول :

شافعی ها - رحمهم الله - مسئله تقسیم رابه مسئله نصاب شهادت قیاس میکنند، چنانچه درنصاب شهادت تعدد شرط است پس درنصاب تقسیم نیز تعدد را شرط میدانند؛ زیرا که تقسیم کردن و مشخص ساختن سهام برای هر شریک، یک نوع شهادت دادن است به سهم آن شریک.<sup>۳</sup>

### دید گاه دوم :

جمهور مالکی ها - رحمهم الله - میگویند: تعدد در قاسم شرط نمیباشد بلکه یک نفر قاسم کفایت میکند برابر است که تقسیم مشتمل به تقویم و تعدیل باشد و یا نباشد چنانچه علامه طرابلسی المغربی<sup>۴</sup> در مواهب الجلیل ذکر کرده: «وقال مالک یكفی واحد والأحسن اثنان».<sup>۵</sup>

ترجمه: امام مالک - رحمة الله علیه - گفته است: که یک نفر به عمل قسمت کافی است و بهتر آن است که دونفر باشد.

حنفی ها - رحمهم الله - نیز به همین نظر هستند؛ زیرا که علامه کاسانی در بدائع الصنائع در ضمن بیان شرایط قاسم، تعدد را ذکر نکرده و از سکوت علامه کاسانی دانسته میشود که تعدد شرط نیست چرا؟ اگر تعدد در قاسم شرط می بود حتماً در ضمن بیان شرایط دیگر قاسم، تعدد را نیز ذکر می کرد.<sup>۶</sup>

### دلیل دید گاه دوم:

وظیفه قاسم ارایه معلومات از شیوه تقسیم است و این معلومات به همه اشخاص حاصل نمی باشد بلکه افراد خاص، از این علم برخوردار می باشند و به خاطر ارایه معلومات یک نفر کفایت میکند مانند وظیفه قضاوت و افتاء که در آن، یک نفر قاضی و مفتی مقرر می باشد.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> سوره مائده آیت ۹۵.

<sup>۲</sup> تفسیر احسن الکلام ۸۰۷/۲.

<sup>۳</sup> الحاوی الکبیر ۲۴۷/۱۶.

<sup>۴</sup> محمد بن محمد بن عبد الرحمان العینی، ابو عبد الله المعروف بالحطاب، فقیه مالکی از علماء متصوفین است اصل او از مغرب است تولد او در مکه شده شهرت نیز در مکه دریافت نموده و در طرابلس به تاریخ ۹۵۴ هـ - ۱۰۴۷ م وفات کرده، از جمله کتاب های که تصنیف کرده مواهب الجلیل است، شجرة النور الزکیه فی طبقات المالکیه ۵۷/۷.

<sup>۵</sup> مواهب الجلیل ۴۰۸/۷.

<sup>۶</sup> بدائع صنائع ۴۶۵/۵.

<sup>۷</sup> شرح الخرشی ۴۰۱/۴.

## دید گاه راجح :

دید گاه دوم که تعدد در قاسم شرط نمیباشد برابر است که قسمت مشتمل به تقویم باشد و یا نباشد از جهت قوتی که در دلیلش مشاهده می شود راجح به نظر میخورد، و دیگر اینکه: قاسم از روی علم و مهارتی که در مورد قسمت دارد به صفت حگم و منصف میان شرکاء می باشد، مال مشترک رامیان شان تقسیم میکند و اگر به قیمت کردن مال مشترک ضرورت پیش می آمد، میتواند که از اهل خبره، یعنی: از آنهاییکه در مورد قیمت مال مورد نظر، معلومات و آگاهی خاص داشته باشند، کمک بگیرد؛ زیرا که قیمت هر مال به آنهای خوبتر معلوم میباشد که در مورد همان مال کار باردارند و مسلک شان میباشد نه به یک نفر و یا دونفر.

## فرع دوم- احکام قاسم:

### الف - فرق میان قاسم و قاضی :

تقسیم کننده گان در دو امر همراه با قاضیان مشابَهت دارند و در دو امر دیگر، مخالف یک دیگر اند هر چه آن دو امریکه باهم مشابَهت دارند قرار ذیل است :

۱ - تقسیم کننده گان ، قسمت را میان شرکاء جبراً قائم کرده میتوانند مثلیکه قاضیان و حاکمان چنین صلاحیت رادار امیباشند .

۲- تقسیم کننده گان ، در مال مشترک تصرف کرده میتوانند که از یکی بگیرند و به دیگر آنها بدهند و به عکس آن ، مثلیکه این وظیفه قاضیان و حاکمان است، و در دو امر عمده، تقسیم کننده گان ، مخالف قاضیان و حاکمان میباشد که آن دو امر قرار ذیل است :

۱ - حکم و فیصله تقسیم کننده گان در جدایی حقوق به فکر و سنجش مبنی است اما حکم و فیصله قاضیان به اجتهاد و استنباط در امور دین ، مبنی میباشد .

۲ - آماده ساختن شرکاء برای قسمت، و پذیرفتن نتیجه آن، وظیفه و مسئولیت قاضیان میباشد نه از تقسیم کننده گان؛ زیرا که ولایت امور در دست قاضیان و حاکمان میباشد نه در دست تقسیم کننده گان، پس قاسمان در امر قسمت معاونین قاضیان میباشد.<sup>۱</sup>

### ب- قاسم باید به رضایت مردم تعیین گردد :

به نزد حنفی ها - رحمهم الله - شرکاء حق دارند که از قاضی طلب نمایند تا شخصی را به عنوان

<sup>۱</sup> احکام قسمت از دکتور الضوینی صفحه ۱۱۶

قاسم از بین شان تعیین نماید تا که مال مشترک را میان شان تقسیم کند و اجوره قاسم را از بیت المال مقرر نماید و اگر بیت المال خالی باشد اجوره قاسم را به عدد رؤس متقاسمین حواله نماید؛ زیرا منفعت به شرکاء راجع میشود، پس مصرف نیز به دوش شرکاء انداخته می شود.<sup>۱</sup>

مالکی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - در این موضوع با احناف موافق هستند.<sup>۲</sup>

در صورتی که اجوره قاسم از طرف مردم پرداخته شود قاضی نمیتواند یک شخص معین را به صفت قاسم بالای مردم تحمیل نماید بلکه مردم اختیار دارند که همان قاسم قاضی را تأیید میکنند و یا شخص صالح دیگری را به صفت قاسم انتخاب می نمایند؛ زیرا این حق مسلم مردم است و اگر قاضی مردم را به قاسم منتخب خودش مجبور سازد در آن صورت شاید قاسم از مردم در عوض عمل قسمت اجوره زیاده طلب کند که این ضرر بزرگ به مردم است و همچنان قاضی نگذارد که تقسیم کننده گان میان خود شریک شوند؛ زیرا در صورت شرکت، اجوره قسمت را بلند میبرند و این نیز ضرر است و در صورت نبودن شرکت هریکی از قاسمین به اجوره اندک از ترس اینکه عمل قسمت از دست شان

خطا نخورد به عمل قسمت می شتابند.<sup>۳</sup>

اما شافعیها - رحمهم الله - میگویند: زمانیکه اجوره قاسم از بیت المال نباشد قاضی و یا حاکم حق ندارد که قاسم را انتخاب کند بلکه مردم را آزاد بگذارند تا به اجوره مناسب و موافق میل شان قاسم را انتخاب کنند در صورت انتخاب قاضی ممکن است قاسم اجوره بلند را طمع نماید و یا با بعضی از شرکاء سازش مخفیانه نماید که این کار در شریعت اسلامی حرام است چنانچه خطیب شربینی<sup>۴</sup> در مغنی المحتاج ذکر نموده «و يجعل الا امام رزق منصوبه من بیت المال... فان لم یکن فی بیت المال شیء... فاجتره علی الشرکاء... ولیس للامام حینئذ نصب قاسم معین بل یدع الناس یتأجرون من شاءوا.»<sup>۵</sup>

ترجمه: قاسمی را که امام انتخاب نماید باید اجوره او از بیت المال مقرر گردد و اگر بیت المال خالی باشد چیزی در آن موجود نباشد اجوره قاسم بالای شرکاء می باشد و در این صورت امام حق ندارد که شخص معین را به صفت قاسم به مردم معرفی نماید بلکه مردم را بگذارند تا شخص دلخواه خود را به صفت قاسم به اجوره بگیرند.

<sup>۱</sup> تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق ۲۶۵/۵. تالیف فخرالدین عثمان بن علی الزلیعی الحنفی. طبع دارالمعرفه- بیروت.

<sup>۲</sup> شرح زرقانی ۱۹۶/۶ بالای موطاء امام مالک تالیف محمد بن عبدالباقی بن یوسف زرقانی ناشر دارالکتب العلمیه تاریخ نشر ۱۴۱۱ مکان نشر بیروت، المغنی لابن قدامه ۷۷/۹.

<sup>۳</sup> تبیین الحقائق ۲۶۵/۵.

<sup>۴</sup> محمد بن احمد الشربینی شمس الدین فقیه شافعی مفسر، از باشندگان قاهره است تصانیف زیادی دارد که از آن جمله السراج المنیر است. تاریخ وفات او ۹۷۷ هجری. سیر اعلام النبلاء ۶/۶.

<sup>۵</sup> مغنی المحتاج الی معرفة معانی الالفاظ المنهاج ۴ / ۴۱۹.

## قول راجح:

بعد از بررسی دقیق روشن می‌گردد که میان جمهور علما و امام شافعی - رحمهم الله - اختلاف لفظی وجود دارد؛ زیرا هر دو فریق به این سخن متفق هستند که متقاسمین در انتخاب قاسم اختیار کامل دارند، جمهور علماء می‌گویند: که در صورت عدم اجورۃ از بیت المال نیز قاضی میتواند قاسم را تعیین نماید و این در صورتی است که قاضی به قبولاندن قاسم تعیین شده اجبار کرده نمیتواند بلکه اگر قاسم، مورد نظر شرکاء نباشد میتوانند آنرا تبدیل نمایند، با وجود این امر قول جمهور علماء نظریه دلایل ذیل راجح میباشد.

۱- اکثر اوقات شرکاء در تعیین قاسم اختلاف نظر میداشته باشند، زماینکه قاسم از طرف قاضی تعیین گردد این کار قابل قبول همه شرکاء و رفع اختلاف میان شان می‌گردد.

۲- در غالب اوقات قاسمی که از طرف قاضی تعیین می‌گردد مسلکی و متخصص در امور تقسیم میباشد برخلاف قاسمیکه از طرف متقاسمین تعیین می‌گردد که اکثراً به این صفت و خصوصیت مشتمل نمی‌باشد.<sup>۱</sup>

## ج- معاونین قاسم:

در اجرای عمل قسمت، قاسم به معاونت تعدادی از افراد خبیر و آگاه در جوانب مختلف تقسیم ضرورت دارد که فقهاء به آنها به قرار ذیل اشاره نموده:

۱- کیال، وزان، حافر:<sup>۲</sup>

کیال: به معنای کیل کننده و کسیکه پیمانہ را اجراء میکند<sup>۳</sup> یعنی: شخصی که در وقت تقسیم اشیای کیلی و وظیفه پیمانہ را به دوش داشته باشد.

وزان: به معنای وزن کننده یعنی: ترازو دار که در وقت تقسیم اشیای وزنی، وظیفه وزن و ترازو را به دوش میداشته باشد.

حافر: به معنای کننده چاه<sup>۴</sup> یعنی در وقت تقسیم نمودن چاه ها و قیمت گذاری آنها برای چاه کنان ضرورت پیش میشود، زیرا که آنها به قیمت گذاری چاه ها خوبتر میدانند.

<sup>۱</sup> قسمة الاملاک المشترك للدكتور احمد فراج حسين ص/ ۱۴۴.

<sup>۲</sup> حاشیه طحطاوی علی درمختار - ۴/۱۳۴ در فقه حنفی تالیف احمد بن محمد - تاریخ نشر ۱۲۳۱ ق.

<sup>۳</sup> غیاث اللغات صفحه - ۴۲۳.

<sup>۴</sup> غیاث اللغات صفحه - ۵۴۲.

<sup>۵</sup> غیاث اللغات صفحه - ۱۶۷.

## ۳- مقوم: ۱-

**مقوم:** به معنای قیمت کننده- نرخ نهنده<sup>۲</sup> یعنی شخصی از اهل خبره که در قیمت گذاری اشیاء مهارت داشته باشد و در وقت تقسیم اشیای قیمی همراه قاسم کمک نماید.

## ۳ - وثیقه نویس: ۳

تقسیم بعد از آنکه به پایه تکمیل برسد به وثیقه نویس ضرورت پیش میشود تا اینکه توافقات که میان شرکاء در مورد تقسیم اموال صورت گرفته ، جزئیات آنرا درج وثیقه بسازد و درحین ضرورت به آن مراجعه صورت گیرد.

## 4- امین حفظ:

امین حفظ عبارت از شخصی میباشد که اموال مشترک را حفاظت می نماید یعنی: درحین قسمت اگر تقسیم اموال مشترک وقت طولانی را دربر گیرد و خوف تلف و سرقت اموال مشترک برده شود قاسم شخص امین را به حفاظت اموال مشترک الی اتمام قسمت مکلف نماید تا اموال مشترک را حفاظت کند.<sup>۴</sup>

## د: اجوره قاسم :

علامه نسفی<sup>۵</sup> در کنز الدقایق چنین فرموده: «و ندب نصب قاسم رزقه فی بیت المال لیقسم بلا اجر».<sup>۶</sup>  
ترجمه : انتخاب قاسم از طرف حاکم که اجوره او از بیت المال باشد مستحب است تا اینکه وظیفه قسمت را میان مردم بدون اجوره انجام نماید.

فقهاء در این سخن متفق اند که بهتر خواهد بود که اجوره قاسم از طرف بیت المال پرداخته شود و از مردم طمع اجوره را نداشته باشد ، زیرا که قسمت از جنس عمل قضاء میباشد از جهتیکه توسط تقسیم جار جنجال و نزاع میان مسلمانان رفع میگردد، قسمیکه عمل قضاچنین است، پس اجوره قاسم مشابه با اجوره قاضی است، و هم چنان فایده عمل قسمت به عامه مردم راجع میگردد مانند: فایده قضاء، جهاد، فتوی، زمانیکه اجوره قضات و مقاتلین و مفتیین از طرف بیت المال تأدیه میگردد پس اجوره قاسم نیز باید از بیت المال تأدیه گردد و دیگر اینکه اگر اجوره قاسم از بیت المال پرداخته شود، قاسم طمع

<sup>۱</sup> حاشیه باجوری علی ابن قاسم ۳۵۵/۲

<sup>۲</sup> غیاث اللغات - صفحه ۴۵۳

<sup>۳</sup> شرح الخرشی ۴۰۲/۴

<sup>۴</sup> حاشیه طحطاوی علی درمختار ۱۳۴/۴

<sup>۵</sup> نام: عبد الله بن احمد بن محمود النسفی، کنیه: ابوالبرکات، لقب: حافظ الدین، محدث و فقیه حنفی، مفسر از اهل ایذج اصفهان که میان جیحون و سمرقند واقع است نسفی دارای تالیفات متعددی می باشد از آن جمله تفسیر مدارک، منار در اصول فقه، کنز الدقایق و غیره، به تاریخ ۷۱۰ در نسف وفات نمود است. ظفر المحصلین باحوال المصنفین صفحه: ۲۰۰.

<sup>۶</sup> کنز الدقائق ۵۹۱/۱ - تالیف ابوالبرکات عبد الله بن احمد بن محمد حافظ الدین النسفی متوفی ۷۱۰ هـ ناشر دارالمعرفت م - مکان نشر - بیروت.

اجوره را از مردم نمیداشته باشد، و این کار قاسم را از موضع تهمت پاک نگه میدارد.<sup>۱</sup>  
از حضرت علی-رضی الله عنه- روایت شده که برای وظیفه تقسیم اموال مشترک میان مردم، قاسم را انتخاب کرده بود و اجوره او را از بیت المال میداد.<sup>۲</sup>

استحباب: قول جمهور فقهاء میباشد اما شافعیها قول به وجوب نموده که واجب است که معاش قاسم از بیت المال مقرر باشد قسمیکه خطیب شربینی در مغنی المحتاج فرموده: «ویجعل الامام رزق منصوبه ان لم یتبرع، من بیت المال وجوباً».<sup>۳</sup>

**ترجمه:** زمانیکه امام، قاسم را انتخاب می نمود اگر قاسم وظیفه قسمت را میان مردم تبرعاً و مجاناً اداء نمیکرد، امام وقت، بالای خود واجب میدانست که معاش او را از بیت المال مقرر نماید.

**توضیح:** حکم وجوب در صورتی است که در بیت المال امکانات مالی بوده باشد و اگر در بیت المال امکانات نباشد و یا امکانات باشد لیکن مصالح مهم دیگری باشد که اموال باید در آنجا به مصرف رسانیده شوند، در این صورت اجوره قاسم بالای همه شرکاء و یا آن عده شرکایکه قسمت را طلب نموده اند بنا بر اختلاف، لازم است، بعد در این صورت امام حق ندارد که قاسم را انتخاب کند بلکه حق انتخاب قاسم را مردم دارند؛ زیرا که اجوره را خود مردم میپردازند پس حق انتخاب را نیز مردم دارند.<sup>۴</sup>

البته در صورت نبودن اجوره از بیت المال، قاضی و یا حاکم حق انتخاب قاسم را دارد و یا خیر؟ مسئله میان جمهور فقهاء و مذهب شافعی ها، اختلافی می باشد که قبلاً به آن اشاره گردید.  
اگر قاضی به نفس خود عمل قسمت را انجام دهد آیا مستحق اجوره اضافه میگردد و یا خیر؟ در رابطه پاسخ به این سوال میتوانیم بگویم که در مسئله اجوره گرفتن قاضی به قسمت، دو قول معتبر فقهاء وجود دارد قول اول از علماء احناف است که میفرمایند: عمل تقسیم مشابه به قضا است؛ زیرا که قسمت سبب قطع نزاع میان متقاسمین میگردد که آن وظیفه قاضی میباشد، لیکن قسمت حقیقتاً قضاء نیست؛ زیرا که بالای قاضی لازم نیست که عملاً به ذات خود دست به کار شود بلکه وظیفه قاضی در رابطه قسمت آماده ساختن شریکی است که از قسمت امتناع میورزد؛ زیرا که این کار را جز از قاضی کسی دیگری کرده نمیتواند بناءً از حیثیت اول قاضی نمی تواند که اجوره اخذ نماید، و از حیثیتی دوم که تقسیم در حقیقت قضاء نیست از برای قاضی جایز است که به عمل قسمت، اجوره اضافه اخذ نماید، فی الجمله

<sup>۱</sup> بحر الرائق شرح كنز الدقائق / ۸ / ۱۶۹ تالیف ابن نجیم حنفی سال تولد ۹۲۹ و فوات ۹۷۰ هـ ناشر: دار المعرفه مكان نشر بیروت.

<sup>۲</sup> المجموع شرح مذهب / ۲۰ / ۱۷۲ تالیف ابو ذکریامحی الدین یحیی بن شرف النووی تاریخ وفات ۶۷۶ هـ.

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج / ۴ / ۴۱۹ تالیف خطیب شربینی.

<sup>۴</sup> همان مصر.

احناف به جواز گرفتن اجوره قایل هستند چنانچه ابن نجیم<sup>۱</sup> حنفی در بحر الرائق ذکر نموده: «حتی جاز للقاضی ان یاخذ الاجورة على القسمة وانکان لایجوز له على القضاء»<sup>۲</sup>.  
ترجمه: تا اینکه از برای قاضی گرفتن اجوره به عمل تقسیم جایز است، اگرچه گرفتن اجوره به عمل قضاء برایش جایز نمیباشد.

قول دوم از شافعی ها - رحمهم الله - میباشد که آنها به عدم جواز گرفتن اجوره از برای قاضی به عمل قسمت قول کردند چنانچه صاحب نهیة المحتاج: ذکر نموده: «انما حرم على القاضی اخذ اجورة على القضاء مطلقا لان الحكم حق الله تعالى والقسمة حق الادمی ولان للقاسم عملا یبشره بالاجرة فی مقابلته والحاكم مقصور على الامر والنهی»<sup>۳</sup>.

ترجمه: بر بالای قاضی گرفتن اجوره به عمل قضاء مطلقاً حرام میباشد زیرا که قضاء در حقیقت حکم است و حکم حق الله متعال میباشد و گرفتن اجوره به عمل قسمت جایز میباشد؛ زیرا که قسمت عمل است و عمل حق آدمی است و گرفتن اجوره به آن جائز میباشد و یا اینکه قاسم عملاً در مقابل اجوره دست به عمل میزند اما قاضی نفس حکم میکند، کدام عملی را انجام نمی دهد که در مقابل آن مستحق اجوره گردد.

#### ه: چگونگی توزیع اجوره قاسم بالای شرکاء:

اجوره قاسم بعضی اوقات از طرف بیت المال پرداخته می شود و بعضی اوقات از طرف متقاسمین پرداخته می شود، اگر اجوره قاسم از طرف بیت المال پرداخته شود در آن خلاف نیست، و اگر اجوره قاسم از طرف متقاسمین پرداخته شود که خود آنها قاسم رابه اجوره گرفته باشند و یا اینکه از طرف قاضی تعیین گردیده باشد ولی اجوره او از طرف بیت المال نباشد بلکه از طرف متقاسمین پرداخته شود، در بیت المال چیزی موجود نباشد و یا اینکه موجود باشد لیکن مواضع مهم دیگری برای مصرف آن وجود داشته باشد، در این صورت دو سوال پیش می آید، سوال اول: آیا اجوره قاسم به عدد رؤس شرکا تقسیم خواهد شد و یا بالای سهامی که در مال مشترک دارند؟ سوال دوم: آیا اجوره قاسم تنها از طرف کسی پرداخته خواهد شد که قسمت را طلب کرده، و یا اینکه از طرف تمام شرکاء، برابر است که قسمت را طلب کرده باشند و یا نکرده باشند؟

<sup>۱</sup> زین الدین بن ابراهیم بن محمد، الشهیر بابن نجیم زیر در جمله نیاکان شان کسی به نام نجیم نام داشت، فقیه حنفی، از علماء مصر بود تاریخ ولادت او ۹۲۶ هجری و تاریخ وفات او ۹۷۰ هجری - ذکر شده است، از جمله تصانیف او الاشباه والنظایر در اصول فقه، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق در فقه، از جمله تلامیذ او سراج الدین عمر بن ابراهیم برادرش است و علامه محمد غزالی تمر تاشی و غیره می باشد. ظفر المحصلین باحوال المصنفین صفحه ۲۲۳.

<sup>۲</sup> بحر الرائق شرح کنز الدقائق ۸/ ۱۶۹ تالیف عین الدین ابن نجیم حنفی تاریخ ولادت ۹۲۶ هجری و وفات ۹۷۰ هجری ناشر دار المعرفه - بیروت.  
<sup>۳</sup> نهیة المحتاج ۲۸۴/۸.



## پاسخ به سوال اول:

در اجوره قاسم به عدد رؤس و یا مطابق به سهام هر شریک، اختلاف فقهاء وجود دارد و این اختلاف در دودید گاه ذیل خلاصه میگردد:

### دیدگاه اول:

امام ابوحنیفه -رحمة الله عليه - میگوید: اجوره قاسم به عدد رؤس متقاسمین، تقسیم می شود، چنانچه علامه کاسانی حنفی در بدائع الصنائع ذکر کرده: «وإذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة»<sup>۱</sup>.

ترجمه: زمانیکه عمل تقسیم به اجوره صورت گیرد، به نزد امام ابوحنیفه -رحمة الله عليه - اجوره قاسم به عدد رؤس متقاسمین تقسیم میشود. فتوی نیز در مذهب احناف به قول امام ابوحنیفه -رحمة الله عليه - است چنانچه صاحب ملتقى الأبحر ذکر کرده: «لنا اشياء على عدد رؤس منها الشفعة واجرة القسمة والطريق اذا اختلف فيه»<sup>۲</sup>.

ترجمه: در مذهب احناف چیزهای است که به عدد رؤس تقسیم میشود نه به اندازه سهام که از آن جمله شفعه است، اجوره قاسم است، راه است زمانیکه در آن اختلاف واقع شود.

ویک قول از شافعیها -رحمهم الله- نیز، چنین است چنانچه خطیب شربینی در مغنی المحتاج ذکر کرده: «الأجرة موزعة على عدد الرؤس لأن العمل في النصيب القليل كالعمل في الكثير»<sup>۳</sup>.

ترجمه: اجوره قاسم به عدد رؤس متقاسمین تقسیم میشود؛ زیرا که جدا کردن حصه کم در زحمت و تکلیف مانند جدا کردن حصه زیاد است.

ویک قول مرجوح حنبلی ها -رحمهم الله- نیز، چنین است چنانچه علی بن سلیمان<sup>۴</sup> در کتاب خود بنام الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف ذکر کرده: «وقيل بعدد الملاك»<sup>۵</sup>.

ترجمه: گفته شده که اجوره قاسم به تعداد رؤس مالکین مال مشترک، تقسیم میشود.

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۵/۵، تبیین الحقائق ۲۶۵/۵.

<sup>۲</sup> مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ۴۸۷/۲. تالیف عبد الله بن شیخ محمد بن سلیمان المعروف به داماد افندی طبع دار احیا التراث العربی بیروت.

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۴۲۰/۴.

<sup>۴</sup> علاءالدین ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد المرادوی ثم الدمشقی، فقیه حنبلی، تولد او در مردا سنه ۸۲۷ شده بعداً به دمشق نقل مکان کرده و در مدرسه شیخ الاسلام ابی عمر در قریه صالحیه مشغول درس گردید و علم فقه را از شیخ تقی الدین شیخ حنابله آموخت و به فنون زیاد مهارت داشت و از جمله تلامیذ او بدرالدین السعدی قاضی دیار مصر است و یکی از جمله تصانیف او الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف است، تاریخ وفات او ۸۸۵ هـ روز جمعه ۶ جماد الاولی است و در مقام سفح دمشق دفن گردید. شذرات الذهب ابن العماد ۳۳۹/۷.

<sup>۵</sup> الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف ۲۶۵/۱۱ تالیف علی بن سلیمان المرادوی الدمشقی متوفی سنه ۸۸۵ هـ ناشر دار الاحیاء التراث بیروت - لبنان تاریخ نشر ۱۴۱۹.

## دلایل دیدگاه اول:

۱- اجوره در مقابل عمل قرار میگیرد و عمل قاسم در حق سهام همه شرکاء یکسان میباشد پس اجوره هم بالای شان یکسان میباشد؛ زیرا که عمل عبارت از تمیز است و تمیز کم از زیاد بعینه تمیز زیاد از کم است پس زمانیکه تفاوت در عمل نباشد، تفاوت در اجوره نیز نمی باشد.<sup>۱</sup>

۲- کثرت سهام زیادت را در فعل قاسم واجب نمیگرداند، بلکه بسا اوقات جدا کردن سهم کم به عمل زیاد ضرورت میداشته باشد، مثلاً یک قطعه زمین میان سه نفر مشترک باشد، از برای یکی آنها نصف باشد و از برای دیگر آنها سه ثمن باشد، و از برای شریک سوم یک ثمن باشد، جدا کردن یک ثمن به عمل زیادی ضرورت میداشته باشد نسبت به دونصف ساختن آن؛ زیرا از برای بدست آوردن ثمن ضرورت است که مال مشترک به هشت بخش تقسیم گردد، اما از برای به دست آوردن نصف، ضرورت است که مال مشترک صرف به دوبرخش تقسیم گردد.<sup>۲</sup>

## دیدگاه دوم:

صاحبین می گویند: اجوره قاسم به اندازه سهام تقسیم شود نه به عدد شرکاء. چنانچه صاحب هدایه ذکر نموده: «وقال ابو یوسف و محمد علی قدر الأصباء».<sup>۳</sup>

ترجمه: امام ابو یوسف و امام محمد - رحمهما الله - گفته اند: که اجوره قاسم بالای شرکاء به اندازه سهام هر شریک است در مال مشترک. یعنی: هر کس در مال مشترک سهم زیاد داشت اجوره زیاد را پرداخت نماید و هر که سهم کم داشت سهم کم اجوره را بپردازد.

وقول صحیح حنبلی ها - رحمهم الله - نیز، چنین است چنانچه علی بن سلیمان در الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف ذکر نموده: «الأجرة علی قدر الأملک علی الصحیح من المذهب»<sup>۴</sup>

ترجمه: قول صحیح در مذهب حنبلی ها - رحمهم الله - چنین است که اجوره قاسم بالای شرکای ملک مشترک، به اندازه ملکیت هر شریک تقسیم میشود.

و یک قول از شافعیها - رحمهم الله - نیز، چنین است، چنانچه خطیب شربینی در مغنی المحتاج ذکر نموده: «فالأجرة موزعة علی قدر الحصص الماحوذة لأنها من مؤن الملک کنفقة المشرک».<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۵/۵.

<sup>۲</sup> المنتقى للباغی ۵۱/۶.

<sup>۳</sup> هدایه ۴۰۹/۴.

<sup>۴</sup> الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف ۲۶۵/۱۱.

<sup>۵</sup> مغنی المحتاج ۴۱۹/۴.

ترجمه : اجوره قاسم بالای شرکاء به اندازه حصه های که از مال مشترک اخذ می نمایند توزیع میشود؛ زیرا اجوره قاسم از جمله مؤنت ملک است مانند باقی مصارف، قسمیکه باقی مصارف بر مال مشترک، به اندازه سهام هر شریک در مال مشترک، توزیع می شود، هم چنان اجوره قاسم نیز بالای شرکاء به اندازه سهامی که در ملک مشترک دارند توزیع می شود.

### دلایل دیدگاه دوم :

۱- اجوره تقسیم ملک مشترک، به خود ملک مشترک تعلق میگیرد؛ زیرا که اجوره تقسیم مانند مصارف بر مال مشترک از جمله مؤنت ملک مشترک به حساب میرود، زمانیکه مصارف بر مال مشترک به اندازه ملکیت هر شریک بود، مانند اجوره کیال، وزان، گنده چاه، پس اجوره قاسم نیز به مقدار سهام در مال مشترک، تقسیم می شود.<sup>۱</sup>

۲- کسی را که سهم زیاد در مال مشترک باشد به عمل زیاد ضرورت پیدا میکند مثلاً: جدا کردن ثمن (یک سیر از هشت سیر) به عمل کم ضرورت دارد نسبت به جدا کردن نصف (چهار سیر از هشت سیر) و هم چنان گز کردن و متر کردن جنس زیاد به عمل زیاد، و گز کردن جنس کم به عمل کم ضرورت پیدا میکند، زمانیکه در عمل تفاوت وجود داشت در اجوره باید تفاوت وجود داشته باشد پس کسانی که در مال مشترک سهم زیاد دارند اجوره زیاد را بپردازند و کسانی که سهم کم دارند اجوره کم را پرداخت نمایند.<sup>۲</sup>

### دیدگاه راجح :

به نظر باحث دیدگاه دوم، که اجوره قاسم به مقدار سهام شرکاء تقسیم شود نه به عدد رؤس، روی دلایل ذیل راجح معلوم میشود.

۱- در دیدگاه دوم نسبت به دیدگاه اول انصاف و عدالت رعایت شده است، مثلاً: اگر از برای یک شریک از هزار سهم یک سهم باشد و باقی نود و یک سهم از شریک دیگر باشد و اجوره قاسم را بالای هر دو شریک یکسان تقسیم کنیم این آشکارا بی عدالتی و ضرر در حق شریکی است که سهم کم دارد، تقسیم برای رفع ضرر وضع شده است نه از برای جلب ضرر.<sup>۳</sup>

۲- آنانیکه توسط تقسیم به سهام زیادی تصرف مستقل، پیدامیکنند باید قسمت زیادی از اجوره قاسم را متحمل شوند؛ زیرا تحمل باج به اساس دست آورد معامله میشود چنانچه قاعده فقهی مشهور است «الغرم بالغنم».<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۱۹.

<sup>۲</sup> المنتقی للباچی ۶/۵۱، تالیف القاضی ابوالولید سلیمان بن خلف الباجی الاندلسی المتوفی سنه ۳۹۴ هـ طبع مطبعه السعادة - القاهرة .

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۱۹.

<sup>۴</sup> ماده ۸۷ مجله الاحکام العدلیه.

ترجمه : برداشت خساره به تناسب کسب منفعت است.

### پاسخ به سوال دوم :

در توزیع اجوره قاسم که آیا تنها بالای طلب کننده گان تقسیم لازم میگردد و یا بالای همه متقاسمین، چه طلب کننده تقسیم باشد و چه منع کننده آن ، دودیدگاه عمده فقهاء وجود دارد :

#### دیدگاه اول:

امام ابوحنیفه - رحمه الله - میگوید: که اجوره قاسم صرف بالای طلب کننده گان تقسیم میباشد چنانچه علامه مرغینانی<sup>۱</sup> در هدایه شرح بدایة المبتدی ذکر نموده : «وعنه انه علی الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع»<sup>۲</sup>

ترجمه : از امام ابوحنیفه - رحمه الله - روایت شده که اجوره قاسم بالای طلب کننده تقسیم میباشد نه بالای منع کننده آن از جهت فایده طلب کننده تقسیم و ضرر منع کننده آن.

و یک قول از امام شافعی - رحمه الله - نیز، چنین منقول است چنانچه خطیب شربینی در مغنی المحتاج ذکر کرده «وقیل هی علی الطالب وحده»<sup>۳</sup>

ترجمه : گفته شده که اجوره قاسم تنها بالای طلب کننده تقسیم میباشد.

#### دلیل دیدگاه اول:

آنانیکه تقسیم راطلب میکنند از روی منفعت، که در تقسیم منفعت برایشان راجع میشود، اما کسانیکه تقسیم رامنع میکنند از جهت ضرریکه برای آنها راجع می شود، پس مقرر کردن اجوره در عوض کاری که اصلا منفعت در آن نباشد یک امر دور از عدالت و پذیرش عقل میباشد.<sup>۴</sup>

### دیدگاه دوم :

مالکی ها - رحمه الله - میگویند: که اجوره قاسم بالای تمام شرکاء تقسیم کرده میشود برابر است که تقسیم راطلب کرده باشند و یا خیر، چنانچه علامه خرشی در شرح خود که بالای مختصر خلیل نوشته کرده چنین ذکر نموده است: «ان القاسم اجره علی عدد الورثة ممن طلب القسم أوأباه»<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> علی بن ابی بکر، کنیه: ابوالحسن لقب: برهان الدین السمرقندی المرغینانی فقیه حنفی تاریخ تولد: ۹ رجب المرجب روز دوشنبه سال ۵۱۱ هجری تاریخ وفات ۵۹۳ هجری ۱۴ ذی الحجه شب سه شنبه ، = ۱۲۷۲ . ظفر المحصلین باحوال المصنفین ص : ۱۹۱ .

<sup>۲</sup> هدایة شرح بدایة المبتدی ۴/۴۰۹ تالیف شیخ الاسلام برهان الدین علی بن ابی بکر المرغینانی المتوفی سنه ۵۹۳ هجری ناشر خبیر کتاب پلورنخی کابل افغانستان .

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۱۹ .

<sup>۴</sup> بحر الرائق ۸/۱۶۹ .

<sup>۵</sup> شرح الخرشی ۶/۱۸۱ .

ترجمه: علامه خرشی گفته است: اجوره قاسم بالای تعداد رؤس ورثه میباشد برابر است که قسمت را طلب کرده باشند و یا انکار ورزیده باشند.

از حنبلی ها- رحمهم الله- نیز، چنین منقول است چنانچه ابوالنجا الحجاوی<sup>۱</sup> در الاقناع ذکر کرده: «وإن استأجروه جميعا اجارة واحدة بأجرة واحدة لزم كل واحد بقدر نصيبه من المقسوم... وسواء طلبو القسمة أو احدهم»<sup>۲</sup>

ترجمه: اگر همه شرکاء قاسم رابه به اجوره معین، به اجاره گرفتن، لازم است بالای هر یکی از شرکاء که به اندازه سهم شان از مقسوم، به اجوره قاسم پردازند، برابر است که تقسیم راهمه ایشان طلب کرده باشند و یا یکی ایشان.

قول صحیح شافعی ها - رحمهم الله - نیز، چنین است<sup>۳</sup>

### دلیل دیدگاه دوم :

اجوره در عوض تمیز و تفکیک سهام میباشد همه شرکاء در تمیز سهام باهم یکسان هستند باید در پرداخت اجوره نیز باهم یکسان باشند، و هم چنان عمل تقسیم مربوط به همه شرکاء میشود برابر است که تقسیم را طلب کرده باشند و یا نکرده باشند و اجوره در مقابل عمل میباشد.<sup>۴</sup>

### دیدگاه راجح:

قول اول که اجوره صرف بالای طلب کننده گان تقسیم، لازم میگردد، به نظر بنده راجح معلوم میشود؛ زیرا شرکای که تقسیم را طلب میکنند حتما در آن منفعت شان نهفته می باشد، پس تحمل توان به اساس فایده مرتب می شود چنانچه قاعده مشهور فقهی است « الغرم بالغنم »<sup>۵</sup>

ترجمه: برداشت خساره به تناسب کسب منفعت است.

### مطلب دوم - قاسم (تقسیم کننده) در قانون مدنی :

#### الف - شرایط قاسم در قانون مدنی:

قانون مدنی افغانستان تمام شرایط تقسیم کننده را به شکل مفصل و مشخص بیان نکرده بلکه ماده (۱۹۰۰) قانون مدنی افغانستان صرف یک شرط مهم تقسیم کننده را چنین بیان میکند: « هرگاه مال

<sup>۱</sup> سابق معرفی گردید

<sup>۲</sup> الاقناع ۴/۱۶۴ در فقه حنابله تالیف شرف الدین موسی بن احمد بن موسی ابوالنجا الحجاوی متوفی ۹۶۰ هـ ناشر دارالمعرفت- بیروت- لبنان.

<sup>۳</sup> روضة الطالبین ۱/۲۰۲ در فقه شوافع تالیف امام نووی ناشر: المکتب الاسلامی - تاریخ نشر: ۱۴۰۵ هـ مکان نشر: بیروت .

<sup>۴</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۱۹.

<sup>۵</sup> ماده ۸۷ مجله الاحکام العدلیه .

قابل قسمت باشد محکمه میتواند هنگام مطالبه تقسیم از جانب یکی از شرکاء، یک یا چند نفر اهل خبره را به منظور ترتیب و تقسیم حصه هر شریک موظف نمایند.<sup>۱</sup>

### توضیح :

شرط عمده و مهمی که ماده مذکور به آن اشاره نموده است اینکه: تقسیم کننده یک نفر و یا چند نفر از اهل خبره باشد، تکیه گاه این ماده عمدتاً مذهب احناف میباشد؛ زیرا که اهل خبره را مطلق ذکر نموده و اهل خبره مرد وزن، فرد بالغ و طفل ممیز، آزاد و برده همه را شامل میگردد، سپس در قانون مدنی زن هم به صفت قاسم تعیین شده میتواند و هم چنان برده و طفل ممیز، اما در فقه اسلامی در این مورد اختلاف فقهاء وجود دارد، و در قاعده فوق ذکر گردیده که یک یا چند نفر را به صفت تقسیم کننده انتخاب کرد، در این اشاره است که تعدد در تقسیم کننده در قانون مدنی شرط نمیشود، میتواند شده که تقسیم کننده یک نفر و یا زیاد از یک نفر باشد.

### ب - احکام قاسم در قانون مدنی:

مشخصاً در قانون مدنی ماده به نظر نمیرسد که قاسم و احوال آنرا تشریح کرده باشد البته در ضمن ماده (۱۲۵۷) قانون مدنی، به طرف آن اشاره صورت گرفته قسمیکه ذکر شده «تصفیه توسط تمام شرکاء و یا اشخاص و یا اشخاصیکه به اکثریت آراء شرکاء تعیین گردد صورت می گیرد. اگر شرکاء برای تصفیه، شخص و یا اشخاص را، به اکثریت آراء تعیین نکنند، به اساس تقاضای یکی از شرکاء، از طرف محکمه تعیین شده می تواند.»<sup>۲</sup>

### توضیح:

در ماده ذکر شده اشاره است که قاسم بعضی اوقات از طرف تمام شرکاء و بعضی اوقات از طرف اکثریت از شرکاء تعیین میگردد و هم چنان اشاره شده است که قاسم بعضی اوقات فرد واحد شده میتواند و بعضی اوقات افراد متعدد، اگر شرکاء به تعیین یک شخص و یا اشخاص متعدد به صفت تصفیه کننده و تقسیم کننده باهم موافق نشوند، محکمه صلاحیت دارد که به اساس پیشنهاد فردی از شرکاء و یا زیاد از فرد، شخص و یا اشخاص را به صفت تصفیه کننده و تقسیم کننده مال مشترک تعیین نماید، تقسیم کننده میتواند مال مشترک را برابر است که منقول باشد و یا غیر منقول به طریق بیع مزایده و یا غیر آن، به فروش برساند مگر که صلاحیت قاسم را در ابتدای تحویل مسؤلیت تقسیم به آن، محدود ساخته باشد چنانچه فقره دوم ماده (۱۲۵۸) قانون مدنی این موضوع را توضیح میدهد «تصفیه کننده میتواند مال

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه (۳۰۲).

<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه (۱۸۸).

شرکت را عقال باشد یا منقول به صورت مزایده یا غیر آن به فروش برساند، مگر اینکه صلاحیت او حین تعیین مقید شده باشد.<sup>۱</sup>

### مطلب سوم- مقارنه میان فقه و قانون:

الف- مورداتفاقی :

اگر تقسیم کننده خودشركاء ویا اینکه قاضی بوده باشد در آن صورت فقه و قانون باهم متفق اند که قاسم مستحق اجوره نمیشوند.

ب - موارد مسكوت عنه

۱- اگر تقسیم کننده از طرف شركاء تعیین شود اجوره آن بالای شركاء میباشد قسمیکه فقه اسلامی آن را تشریح نموده ، اما قانون در مورد اجوره چنین قاسم ، ساكت است هیچ نوع توضیح نکرده.

۲ - اگر تقسیم کننده از طرف قاضی تعیین گردد در فقه بیان شده که اجوره چنین تقسیم کننده از طرف بیت المال پرداخته می شود و اگر در بیت المال چیزی از اموال موجود نباشد ویا اینکه باشد لیکن مواضع مهم دیگری برای مصرف مال ، موجود باشد، در آن صورت اجوره تقسیم کننده بالای متقاسمین میباشد ، اما قانون در این مورد نیز ساكت است هیچ نوع وضاحت نکرده، امید است مرجع قانون گذاری خلی بزرگ رامتوجه شوند.

۳ - در کیفیت توزیع اجوره قاسم که به عدد رؤس متقاسمین میشود ویا به مقدار سهام هر شریک، در فقه اسلامی در مورد این قضیه، اختلاف وجود داشت و قول راجح آن بود که اجوره قاسم به مقدار سهام توزیع گردد، اما قانون مدنی از این موضوع اصلا یاد آوری نکرده و خاموش باقی مانده است.

۴- در فقه اسلامی در ردیف بیان قاسم و مسایل آن، معاونین قاسم را نیز ذکر نموده و هر کدام آنرا تفصیلا بیان نموده است اما قانون مدنی به سوی معاونین قاسم هیچ اشاره نکرده .

۵- در فقه اسلامی ، اسلام را در قاسم شرط کرده که قاسم باید فرد مسلمان باشد اما قانون مدنی از بیان این شرط شانه خالی کرده و وضاحت نکرده ، مطلق اهل خبره گفته برابر است که مسلمان باشد ویا نباشد.

۶- در فقه اسلامی در تعدد و عدم تعدد قاسم اختلاف فقهاء وجود دارد که آنرا ذکر نمودیم و قول راجح آن بود که شخص واحد برای قاسم بودن کافی میباشد، اما قانون مدنی تعدد و عدم تعدد را شرط نکرده بلکه موضوع را مطلق گذاشته و از اطلاق بر ملامیگر ددکه قاسم فر دواحد، و نیز افراد متعدد شده میتواند.

<sup>۱</sup> همان مصدر.

۷- در مجموع، قانون مدنی افغانستان در مورد قاسم، اجوره و شرایط آن، بحث کافی و قناعت بخش نکرده تا مشکل متقاسمین را به شکل درست و مناسب آن حل نماید، بناءً به مراجع ذی ربط پیشنهاد

### مطلب چهارم - مقسوم (مال) در فقه اسلامی:

مراد از مقسوم محل تقسیم است که عبارت از مال است و این رکن مهم تقسیم به شمار میرود؛ زیرا که تقسیم بدون مال مشترک که محل از برای تقسیم قرار می گیرد، امکان پذیر نیست بناءً لازم است که جهت وضاحت بیشتر مقسوم، نکات ذیل در نظر گرفته شود.

#### الف - تعریف مال :

مال از ریشه مول گرفته شده است، در لغت به معنای میل و خواهش، و مال را از جهتی مال گویند که طبیعت انسانی مایل به سوی آن می باشد، جمع آن اموال می آید.<sup>۱</sup>

از فقهاء در معنای اصطلاحی مال اقوال مختلف منقول است، از آن جمله صاحب مجلة الاحکام است که مال را در ماده (۱۲۶) چنین تعریف نموده: «المال هو ما میل الیه طبع الانسان و يمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او غير منقول».<sup>۲</sup>

ترجمه: مال عبارت از هر آنچه است که طبیعت انسان به آن میلان و رغبت داشته باشد و ذخیره کردن آن به وقت ضرورت ممکن باشد، خواه منقول باشد و یا غیر منقول.

تعریف مجلة الاحکام ناقص به نظر می رسد؛ زیرا بسیاری اشیاء مال است اما تعریف بالا بیش صادق نمی آید بطور مثال: میوه جات و سبزیجات باوصف آنکه مال تلقی میگردد قابل ادخار (ذخیره کردن) نیست؛ زیرا به سرعت فاسد و از استفاده خارج میگردد، و یاد و آوا باوصف آن که مال پنداشته میشود ولی طبع انسان از آن متنفر است و هم چنان تعریف مذکور مانع از دخول غیر نیز نمی باشد؛ زیرا اشیای بسیاری که مال نیست در آن داخل می شود مانند اشیاء مباح: شکار و اشجار کوهی که قبل از احراز، مال تلقی نمی شوند باوصف آن که طبیعت انسانی به آن میلان دارد.

فقهای حنفی به این عقیده اند که مال عبارت است از چیزی که حیازت و احراز آن ممکن باشد و عادتاً قابل نفع باشد، با توجه به تعریف فوق، مال باید دارای دو عنصر ذیل باشد:

۱- حیازت و احراز آن ممکن باشد: پس آنچه که حیازت آن ممکن نباشد مال تلقی نمی گردد مانند امور معنوی از قبیل علم، صحت، ذکاوت، هم چنین هر آن چیزی که قابل احراز نباشد مانند: هوا، اشعه

<sup>۱</sup> غیاث اللغات صفحه ۴۴ باب المیم مع اللام.

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام صفحه ۳۵.



آفتاب، روشنی مهتاب، مال تلقی نمیشود.

۲- عادتاً قابل انتفاع باشد: بنابر این هر آنچه که قابل انتفاع نباشد مانند: گوشت خود مرده، طعام مسموم، یا قابل انتفاع باشد ولی عادت مردم به استفاده آن جاری نباشد مانند: دانه گندم، و غیره، مال تلقی نمی شود؛ زیرا که از یک طرف اشیای مذکور قابل نفع نمیباشد و از طرف دیگر عرف مردم در آن جاری نمی باشد؛ زیرا جریان عرف مستلزم استمرار انتفاع از شی در حالت عادی میباشد، باید ملتفت بود که انتفاع از اشیاء مذکوره در حالت مخصه و ضرورت، شی رامبدل به مال نمی سازد؛ زیرا حالت مخصه و ضرورت یک حالت اثثنایی غیر عادی است تعریف جامع از برای مال آنست که از امام شافعی -رحمت الله علیه- منقول است که می فرماید: «لا یقع اسم المال الاماله قيمة، بیاع بها، ویلزم متلفه، ومالا یطرحة الناس عادة»<sup>۱</sup>.

ترجمه: واقع نمی شود اسم مال مگر بالای آنچه‌ی که قیمت داشته باشد، و به عوض آن چیزی فروخته شود، تلف کننده آن ملزم و ضامن قرار داده شود، و از روی عرف و عادت آن را در اشغال دانی نه اندازند بلکه آنرا حفظ نمایند و قابل ارزش بوده باشد.

#### ب- شرایط مقسوم بودن مال مشترک:

فقهاء از برای واقع شدن مال، محل از برای قسمت، شرایطی ذکر نموده است که بعضی آن شرایط در مال مقسوم شرط میباشد زمانیکه قسمت قضایی یعنی اجباری بوده باشد و بعضی دیگر آن شرایط، در مال مقسوم شرط میباشد، برابر است که تقسیم رضایی باشد و یا قضایی، شرایطی که در مال مقسوم شرط بوده زمانیکه تقسیم اجباری باشد، اجمالاً قرار ذیل است:

- ۱- اتحاد جنس مقسوم.
- ۲- اتحاد صنف منقولات.
- ۳- زوال بستگی توسط قسمت
- ۴- توسط قسمت در قیمت مال کمی نیاید
- ۵- متعذر بودن اجرای قسمت در هر صنف مال مقسوم.
- ۶- در بین دو سهم جمع صورت نگیرد.
- ۷- نبودن رد در تقسیم.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> الا شباه والنظائر للسيوطی صفحه ۱۹۷.  
<sup>۲</sup> القسمة، صفحه ۷۴، للدكتور ابراهيم عبد الحميد.

شرایطی که لحاظ آنها در محل تقسیم ضروری پنداشته می شوند برابر است که تقسیم رضایی باشد ویا اجباری، قرار ذیل است :

#### ۸- مال مشترک عین، ویا منفعت باشد.

مالی مشترکی که محل از برای تقسیم واقع می شود شرط است که عین باشد و اگر دین باشد تقسیم آن قبل از قبض درست نمی شود مثلا از برای متوفی در زمه اشخاص متعدد دیون باشد، و آن را ورثه بین خود تقسیم نمایند که در زمه فلانی مدیون که دین است از برای فلانی وارث و به زمه فلانی مدیون که دین است از برای وارث دیگر، احیاناً اگر یکی از وارثین دینی را از مدیون به دست بیاورد از خود وی شده نمی تواند بلکه همه وارثین در آن شریک میباشند و میان خود، آن را تقسیم نمایند.<sup>۱</sup>

شرط مذکور راحنفی ها، شافعی ها و بعضی مالکی ها - رحمهم الله - لازمی گردانیده است.<sup>۲</sup>

اما بعضی دیگری از مالکی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - شرط مذکور را در محل قسمت لازمی نکرده و گفتند: که تقسیم دین پیش از بدست آوردن آن، جایز است.<sup>۳</sup>

#### ۹- مال مشترک قابلیت تقسیم راداشته باشد:

شرط در تقسیم آن است که مال مشترک بدون آنکه تلف شود و از استفاده بیرون گردد تقسیم را بپذیرد، و اگر مال مشترک توسط تقسیم از استفاده خارج گردد تقسیم آن جایز نمیباشد مانند: دانه مروارید، غلام، گاو، اسب کمپیوتر، تفنگ و غیره که میان دو نفر و یا چند نفر مشترک باشند، راه حل و استفاده شرکاء از این قسم مال مشترک به دو طریق ممکن است: ۱- باقی ماندن جنس مشترک به حالت اشتراک و استفاده از آن به شکل نوبت زمانی. ۲- فروختن و تقسیم ثمن آن بالای مشترکین طبق سهام شان.<sup>۴</sup>

#### ۱۰- مقسوم در وقت قسمت مملوک شرکاء باشد:

و اگر مقسوم در وقت تقسیم مملوک شرکاء نباشد تقسیم آن جایز نمیباشد؛ زیرا که تقسیم عبارت از جدا کردن بعضی سهام از بعضی دیگر و مبادله بعضی سهام به بعضی دیگر است، و این کار بدون قیام ملکیت درست نمی شود، بنابراین اگر مال مقسوم به استحقاق برده شود تقسیم باطل میگردد و اگر بعضی مقسوم، به استحقاق برده شود تقسیم در همان بعض باطل میگردد و این شرط عام است قسمت قضایی و رضایی هر دو را شامل میباشند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> ماده (۱۱۲۳) مجلة الاحکام العدلیه.

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام، صفحه ۱۰۹، فتح الجوار شرح الارشاد ۴۳۳/۲، شرح الخرشی ۴۰۴/۴.

<sup>۳</sup> الشرح الصغیر ۱۵۷/۵، اعلام الموقعین لابن قیم جوزیه ۱/۴.

<sup>۴</sup> القسمة، صفحه ۷۳ للدكتور ابراهيم عبدالحميد.

<sup>۵</sup> بدائع الصنائع ۴۷۲/۵.

به شرط مذکور تقسیم ولی محجور خارج نمی شود؛ زیرا که تقسیم از محجور است نه از ولی او و محجور مالک است، اما شخص فضولی که نه مالک است و نه ولی، تقسیم او نافذ نمیباشد تا وقتی که مالک اصلی و یانایب او اجازه ندهند و اگر اجازه دادند، تقسیم درست میشود.<sup>۱</sup>

حنفی ها و مالکی ها - رحمهم الله- از جهت لحاظ شرط مذکور به عدم جواز تقسیم ترکه میان ورثه زمانیکه مستغرق به دیون باشد، تصریح نموده اند؛ زیرا ترکه در حالت مذکور مملوک ورثه شده نمی تواند، و اگر ورثه بعد از اجازه غرما ترکه را میان خود تقسیم کردند تقسیم آنها درست میشود.<sup>۲</sup>

### دلیل احناف و مالکی ها- رحمهم الله :-

احناف و مالکی ها به این قول خداوند -جل جلاله- استدلال کردند: {من بعد وصية يوصي بها او دين}.<sup>۳</sup>

ترجمه: بعد از پوره کردن وصیت که وصیت کرده باشد به آن و بعد از ادا کردن قرض.<sup>۴</sup>

یعنی: حق به ورثه ثابت نمیشود مادامیکه مورث وصیت کرده باشد و یا ترکه مستغرق به دین بوده باشد و بعد از نفاذ وصیت و ادای دین اگر چیزی از ترکه باقی مانده باشد در آن صورت حق ورثه به آن تعلق میگیرد.

شافعی ها و حنبلی ها- رحمهم الله- میگویند: که دین مستغرق، مانع انتقال ترکه به ورثه شده نمیتواند و همچنان تقسیم آن نیز درست میباشد زمانیکه ورثه دین را ادا کردند تقسیم نافذ گردیده و از نقض محفوظ می ماند.<sup>۵</sup>

### دلیل شافعی ها و حنبلی ها- رحمهم الله :-

تعلق دین به ترکه مانع تصرف در ترکه شده نمیتواند؛ زیرا که تعلق دین به ترکه امر غیر اختیاری میباشد مانند تعلق دیت به رقبه جانی، پس بادر نظر داشت اصل و اساس فوق، از برای ورثه گفته می تواند: اگر میخواهید تقسیم نقض نشود و به جای خود باقی باشد، دین غرما را ادا کنید، و اگر دین غرما را ادا نمیکنید قسمت را نقض کنید و ترکه را جهت ادا دین غرما، به فروش برسانید.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۷۲/۵.

<sup>۲</sup> الفتاوی الهندیه ۱۴۸/۴. فی مذهب امام اعظم ابوحنیفه، تألیف مولانا الشیخ نظام و جماعه من العلماء الهند طبع: المكتبة الحقانیة جنگی پشاور.

<sup>۳</sup> سورة النساء آیت ۱۱.

<sup>۴</sup> تفسیر احسن الکلام ۱۱/۲.

<sup>۵</sup> روضة الطالبین للنووی ۲۰۹/۱۱، الانصاف للمرداوی ۳۶۵/۱۱.

<sup>۶</sup> المغنی لابن قدامة ۳۲۷/۳.

## ۱۱- حضور مقسوم و یابیان وصف آن :

درحین تقسیم وجود مقسوم امر حتمی و لازمی میباشد؛ زیراکه شی معدوم تقسیم کرده نمیشود چنانچه علماء احناف تصریح کرده که تقسیم شی معدوم باطل میباشد.<sup>۱</sup>

علاوه از مالکی ها دیگر فقها قول کردند که حضور مقسوم نیز در وقت تقسیم حتمی میباشد؛ زیرا اگر مال مشترک حاضر نباشد ممکن است که در وقت تقسیم، مال مشترک تلف شده باشد و یا حداقل به صفت سابق خود باقی نمانده باشد بلکه از صفت اصلی خود به زیادت و یا نقصان تغیر کرده باشد، اما مالکی ها - رحمهم الله - حضور مقسوم را حتمی نمی دانند بلکه بیان کردن صفت مال مشترک را برای مقسوم واقع شدن کافی می دانند چنانچه این اصل مالکی ها - رحمهم الله - در بیع نیز است که حضور مبیعه را در مجلس بیع لازمی نمیدانند بلکه ذکر اوصاف مبیعه را در عقد بیع کافی میدانند لیکن بشرطیکه مال مقسوم از تغیر ذاتی و وصفی محفوظ بوده باشد.<sup>۲</sup>

## ۱۲- در قسمت، شرط حرام موجود نباشد:

مانند اینکه: شرط بگذارد که هیچ کدام متقاسمین از سهم خود استفاده نکند، و یا اینکه: شرط بگذارند که یکی از متقاسمین به راه باغ تقسیم شده رفته نمیتواند و از برای باغ تقسیم شده دیگر راه موجود نباشد.<sup>۳</sup> چنین شرایط در تقسیم باطل و ناجایز میباشد؛ زیرا توسط چنین شرایط آنچه که حلال است برای متقاسم که نفع گرفتن از مال خود است، حرام میگردد، و به عدم جواز چنین شرایط، نص شرعی موجود است چنانچه رسول الله - صلی الله علیه وسلم - فرموده (المسلمون علی شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً او أحل حراماً).<sup>۴</sup>

ترجمه: باید مسلمانان به شرایطی که بین شان وضع کردند، استوار و پابند بوده باشند مگر شرطیکه توسط آن چیزی حلال، حرام گردد و یا چیزی حرام، حلال گردد.

## ۱۳- علم به مقسوم :

مقسوم باید به تمام شرکاء معلوم باشد تا که عدل و انصاف در آن مراعات گردد و هر یکی از شرکاء به سهم خود معلومات و وضاحت کامل داشته باشد تا قناعت هر یکی از شرکاء فراهم گردد.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> الفتاوی الانقرویه ۳/۴۲۷.

<sup>۲</sup> الخرشی ۴/۴۰۳.

<sup>۳</sup> القسمه للدكتور ابراهيم عبدالحميد صفحه ۷۴.

<sup>۴</sup> الحدیث رواه ترمذی وابن ماجه عن عمر بن عرف المزنی عن ابیه عن جده ان رسول الله - صلی الله علیه وسلم - الصلح جایز بین المسلمین الاصلحاً حرم حلالاً او احل حراماً والمسلمون علی شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً وقال ترمذی هذا حدیث حسن صحیح.

<sup>۵</sup> المبدع لابن مفلح ۱۰/۲۷۱۰ تالیف ابی اسحاق برهان الدین ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح الحنبلی، المتوفی سنه ۸۸۴ هـ، طبع المکتب الاسلامی بیروت .

## مطلب پنجم-مقسوم (مال) درقانون مدنی:

مراد از مقسوم درقانون مدنی مال مشاع مشترک است که محل از برای تقسیم واقع میشود و شرکاء مطابله تقسیم آنرا میکنند پس لازم است که در مورد محل تقسیم (مال مشاع مشترک) نکات ذیل را در نظر داشته باشیم:

### الف - تعریف مال درقانون مدنی :

ماده (۴۷۲) قانون مدنی مال را چنین تعریف نموده است: «مال عبارت از عین و یا حقی است که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد».<sup>۱</sup>

### توضیح :

۱- عین : در لغت به معنای ذات و نفس، جمع آن اعیان و عیون می آید.<sup>۲</sup> عین در اصطلاح حقوقی حاضر هر شی مادی را عین گویند و در برابر دین به کار برده می شود.<sup>۳</sup>

مجلة الاحكام عين راجنين تعريف نموده است: «العین : الشی المعین المشخص کبیت و حصان و کرسی و صبرة حنطة و صبرة دراهم حاضرترین فکلها من الاعیان».<sup>۴</sup>

ترجمه: عین عبارت است از شیء معین و مشخص مانند: خانه، اسپ، چوکی، جوال از گندم، جوال از دراهم در حالی که حاضر بوده باشند، همه اینها از جمله اعیان محسوب میگردند.

به طور مثال: خانه، کتاب، موتر، لباس، جاروب برقی، تلویزیون و مانند اینها، همه اینها مال به شمار میروند؛ زیرا تمام اینها اعیان اند و در بازارها دارای ارزش اقتصادی می باشند.

۲- حق : در لغت به معنای ثابت، سزاوار، راستی، راست و درست می آید، وهم چنان یکی از نام های الله -جل جلا له- نیز است.<sup>۵</sup>

حق در اصطلاح: «تسلیط الحاکم المکلفین علی المصالح لهم والواجبات علیهم».<sup>۶</sup>

ترجمه: حق عبارت از مسلط کردن حاکم است مکلفین رابه مصالح شان و وجایب که بالای شان است.

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه (۷۲).

<sup>۲</sup> فرهنگ عمید صفحه ۹۲۲.

<sup>۳</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۱۶.

<sup>۴</sup> مجلة الاحكام صفحه ۳۷.

<sup>۵</sup> غیاث اللغات صفحه ۱۷۴.

<sup>۶</sup> احکام القسمة صفحه-۱۷۴.

حقوقی که دارای ارزش های اقتصادی در بازارها هستند مانند: حق تألیف، حق اختراع، حق اکتشاف، حق ارتفاق، حق مرور، و امثال اینها، نیز مال می باشند، زیرا از یک طرف توسط اشیاء متذکره مصالح بشریت تکمیل می شوند و از طرف دیگر در بازارها دارای ارزش اقتصادی اند.<sup>۱</sup>

نقص عمده که در این تعریف به نظر میرسد این است که طبق این تعریف مال صرف شامل عین و حق می گردد و منافع را در بر نمی گیرد.

#### ب - شرایط مقسوم (مال) :

اول - قابلیت تقسیم : قابلیت قسمت یکی از جمله شرایطی است که ماده (۱۹۵۴) قانون مدنی به آن چنین تصریح نموده است: « باید مال قابلیت تقسیم را داشته باشد در غیر آن به اساس تقسیم استفاده مطلوب از بین می رود. »<sup>۲</sup>

#### توضیح :

هرگاه اموال مشاع و مشترک بین شرکاء، از قبیل عمار مزروعی و باغ هاباشند و یا اموال منقول و منسوجات و عدد یات متقاربه باشند که قابلیت تقسیم به افراز رداشته باشند و استفاده مطلوب از آنها توسط تقسیم از بین نه رود، چنین اموال مشاع و مشترک نظر به تقاضا و رضایت شرکاء، در بین شان به افراز حصص، تقسیم میشود تا هر کدام از شرکاء از حصه مقرر خویشتن استفاده کامل و مطلوب به دست آرد هرگاه اموال مشاع و مشترک قابلیت تقسیم را نداشته باشند مثل آسیاب، ماشین اره، تفنگ و مانند آن، اگر به اساس تقاضای یکی از شرکاء به افراز تقسیم شوند استفاده مطلوب از بین می رود، لذا تقسیم آنها به افراز جواز ندارد بلکه طبق ماده (۱۹۷۶) قانون مدنی به اساس نوبت از آن استفاده صورت گیرد.

#### دوم - عدم تنزیل در قیمت مقسوم :

توسط تقسیم در قیمت مال کاهش فاحش به میان نیاید، و اگر توسط تقسیم در قیمت مقسوم کاهش قابل ملاحظه به بار آید، در آن صورت تقسیم آن درست نمی باشد چنانچه ماده (۱۹۶۷) قانون مدنی به آن، چنین تصریح می نماید: « هرگاه تقسیم عین مال متعذر بوده یا مالی که تقسیم قیمت آن مطلوب است در اثر تقسیم قیمت آن بسیار زیاد تنزیل نماید، مال طبق احکام قانون اصول محاکمات مدنی به فروش میرسد. »<sup>۳</sup>

مثلا : متروکه یک دربند حویلی دارای مساحت سه بسوه و شامل سه خانه نشینمند باشد که از مورث

<sup>۱</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۱۶.

<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲.

<sup>۳</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۳.

برای یک نفر زوجه و یک نفر بنت و سه نفر بنون طور میراث باقی مانده باشد نخست اینکه: تقسیم خانه مال مشاع بالای پنج نفر ورثه از حیث انتفاع متعذر بوده و بعد از تقسیم از آن استفاده مطلوب برای هر یک از تقسیم کننده گان میسر نمیگردد، و اگر به اثر تقاضای مکرر شرکاء، خانه مال مشاع مذکور در بین پنج نفر ورثه به قرار حصص استحقاق تقسیم گردد قیمت حصه مفروزه هر یک از شرکاء بسیار تنزیل می یابد و آن را کسی به قیمت مناسب خریداری نمی نماید بناءً حویلی متروکه مال مشاع مذکور به تجویز محکمه و موافقه شرکاء قبل از تقسیم به قیمت مناسب و بلند بالای شخص دیگر به فروش رسیده و قیمت آن، در بین ورثه قرار حصص استحقاق میراث، تقسیم میگردد.<sup>۱</sup>

### مطلب ششم: مقارنه بین فقه و قانون :

#### الف - موارد اتفاقی:

۱- قانون مدنی در شرط اول خود که مقسوم قابلیت تقسیم را داشته باشد همراه با فقه اسلامی موافق است و فقه اسلامی قابلیت تقسیم را در مقسوم، به آن شکلی شرط میداند که بالای تقسیم فوت منفعت مقسوم مرتب نشود، و اگر بالای تقسیم، فوت منفعت مقسوم مرتب گردد و یا اصلاً مال امکانات تقسیم را نداشته باشد در آن صورت مقسوم باید نوبت وار، مورد استفاده قرار گیرد، و یا اینکه قاسم مال مقسوم رابه فروش برساند و ثمن آن را میان شرکاء تقسیم نماید.

۲- قانون مدنی در شرط دوم که عبارت از عدم تنزیل قیمت مقسوم است نیز با فقه اسلامی موافقت دارد چنانچه در شرط چهارم از شروط مختصه به قسمت اجباری به آن اشاره صورت گرفته اگرچه در شروط مختصه به قسمت رضایی به آن تصریح نکرده .

#### ب- مورد مسکوت عنه:

\* - متباقی شرایطی را که فقه اسلامی ذکر کرده قانون مدنی از آنها ساکت بوده و بیانش نکرده، با وجودی که فقه اسلامی دستور شارع اعلی است، تام و کامل است و قانون مدنی، وضعی و صنع بشر است کمی و کاستی میداشته باشد، باید قانون مدنی وضعی شرایطی که در فقه است آنرا اقتباس میکرد و آنرا جز قانون می ساخت تا که قانون مدنی غنی و کامل میگردد.

<sup>۱</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی - از راجی سنگانی ۴۳/۴ .

## مطلب هفتم - مقسوم له:

از مقسوم له، شرکاء، متقاسمین و مالکین مال مشترک مراد هستند که آنها بخاطر تقسیم مال مشاع مشترک به قاضی و یا قاسم مراجعه میکنند، این ها در حقیقت یکی از ارکان تقسیم به حساب میروند، پس بحث مراجع به مقسوم له در فروع سه گانه ذیل خلاصه می شود:

### فرع اول - مقسوم له در فقه اسلامی :

فقهاء امت راجع به مقسوم له شرایطی وضع نموده اند که با در نظر داشت چنین شرایطی، متقاسمین میتوانند که مستحق تقسیم مال مشاع مشترک شوند، علماء مذهب احناف برای مقسوم له شرایط تفصیلی را ذکر کرده اند اما باقی مذاهب شرایط مقسوم له را به شکل واضح و تفصیلی ذکر نکرده بلکه بعضی آنها شرایط مقسوم له را در ضمن شرایط تقسیم، به شکل عمومی ذکر کرده، و بعضی دیگر آنها در میان بحث به شکل ضمنی به آن اشاره کرده اند، نخست شرایط مقسوم له را به شکل عمومی ذکر خواهیم کرد برابر است که تقسیم رضایی بوده باشد و یا قضای، بعد در اثباتی متن اشاره خواهیم نمود که این امر، شرط در تقسیم رضای است، این، در تقسیم قضای است و این، در هر دو .

### شرط اول - حضور متقاسمین و یا نایبین آنها :

رعایت شرط مذکور در تقسیم قضایی و رضایی هر دو لازمی می باشد، علمای احناف، حضور شرکاء و یا نایبین آنها را برای صحت تقسیم شرط میدانند اگر از میان شرکاء شخصی غایب بوده باشد در آن صورت تقسیم جایز نمی باشد و اگر در غیابت بعضی از شرکاء قاضی تقسیم را قایم نماید حاضرین منتظر باشند تا شریک غایب حاضر گردد بعد هر یکی از آنها سهم خود را تسلیم شوند، به سبب غیابت بعضی از شرکاء تقسیم قضای نقض نمیشود؛ زیرا تقسیم قضای مصادف با اجتهاد اومیباشد و اجتهاد مجتهد قابل نقض نیست، چنانچه علامه کاسانی در بدائع الصنائع ذکر کرده: «ومنها حضرة الشركاء او من تقوم مقامهم فی نوعی القسمة لانه صادف محل الاجتهاد»<sup>۱</sup>.

ترجمه: بعضی از شروط مقسوم له حضور شرکاء و یا نایبین آنها در هر دو نوع از تقسیم (تقسیم قضایی و رضایی) میباشد حتی اگر یکی از شرکاء از تقسیم غایب بوده باشد تقسیم صحیح نمی شود احیاناً اگر قاضی در غیاب یکی از شرکاء تقسیم را قایم نمود، تقسیم قضای نقض نمی شود؛ زیرا که تقسیم قضای مصادف با رای و اجتهاد اومیباشد اجتهاد مجتهد نقض نمی شود .

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۷۰/۵.



واگر مال مشترک، مال ترکیه و میراث بوده باشند در آن صورت حضور دونفر از شرکاء برای تقسیم کافی میباشد؛ زیرا حضور دو نفر از شرکاء در ترکیه به مثابه حضور تمام شرکاء است.<sup>۱</sup>

علمای شوافع، جمهور مالکی ها و حنبلی ها گفته اند: که قاضی میتواند که مال رامیان شرکاء تقسیم کند و لو که در بین آنها شریک غایب بوده باشد، برابر است که شریک غایب، وکیل داشته باشد که در مجلس تقسیم حاضر باشد و یا خیر.<sup>۲</sup>

### شرط دوم - توسط تقسیم به متقاسمین ضرر ملحق نشود:

لحاظ شرط مذکور صرف در تقسیم قضایی، ضروری میباشد، علمای احناف از آن جمله علامه کاسانی در ذیل شرط مذکور، تفصیلی ذکر نموده که مفهوم آن قرار ذیل میباشد:<sup>۳</sup>

جنسیکه محل از برای تقسیم واقع میشود از دو وجه ذیل خالی نمیشود:

**وجه اول:** آن عده اشیای که در تبعیض و تقسیم آن ضرری به شرکاء ملحق نشود بلکه برای آنها در آن نفع باشد مانند: موزونات، مکیلات، عددیات متقاربه، آنها به قسمت جمع و تفریق قضاء و رضاء تقسیم میشوند زیرا توسط تقسیم در منفعت اشیای مذکوره کدام تغیر و خللی وارد نمیگردد و هدفیکه روی آن تقسیم صورت می گیرد، کاملاً بدست می آید.

**وجه دوم:** آن عده اشیایکه در تقسیم آنها به متقاسمین ضرر ملحق می شود حال آنها نیز از دو وجه ذیل خالی نمی باشد:

**وجه اول:** آنکه در تقسیم و تبعیض مقسوم، به هر کدام از متقاسمین ضرر ملحق شود پس تقسیم آنها جبراً جایز نمی باشد مانند: دانه از مروارید، یاقوت، زمرد، لباس، سلاح، گاو، شتر، اسب، گوسفند، آسیاب، دوکان کوچک، در اشیای مذکوره به اتفاق فقهاء روی دلایل ذیل<sup>۴</sup> تقسیم صورت نمیگیرد.

۱- قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام، ومن ضار مسلماً ضاره الله ومن شاق مسلماً شق الله عليه).<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> نهاية المحتاج ۲۶۹/۸. شرح الخرشى ۴۱۷/۴. الاقناع فى فقه الامام احمد ۴۱۴/۴.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۵/۵.

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۶۶/۵، بداية المجتهد ۲۶۶/۲، المغنى لابن قدامة ۷۲/۹.

<sup>۵</sup> رواه دار القطنى ۳/۷۷، كتاب البيوع، تاليف شيخ الاسلام على بن عمر الدارقطنى، المتوفى سنة ۳۸۵هـ طبع دار المحاسن للطباعة. والحاكم ۵۸/۲، كتاب البيوع، المستدرک على الصحيحين، للامام الحافظ ابى عبد الله الحاكم النيسابورى طبع: دار المعرفة - بيروت عن ابى سعيد الخدرى وقال الحاكم: صحيح الاسناد على شرط مسلم.

ترجمه: اسلام کسی را اجازه نمی دهد که به کسی دیگری ضرر رساند و نه هم ضرر را به ضرر مقاله کرد، و هرکس به مسلمانی ضرر برساند، الله ضرر را متوجه او میکند و هرکس با مسلمانی (از روی ظلم و تعدی) به دشمنی برخیزد، الله متعال با او دشمنی میکند.

۲- روى عن النبى -صلى الله عليه وسلم - (انه نهى عن قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال).<sup>۱</sup>

ترجمه: پیامبر اسلام -صلى الله عليه وسلم - مردم را از قیل قال زیاد، از پرسیدن زیاد و از هدر کردن مال منع کرده است.

در این دو حدیث پیامبر اسلام -صلى الله عليه وسلم- از ایذاء و ضرر رساندن منع فرموده است، برابر است که به نفس باشد و یا به غیر نفس، قسمیکه از ضایع ساختن مال منع فرموده و لو که به زریعه تقسیم نیز باشد.

۳ - در تقسیم کردن اشیای مذکوره به شرکاء ضرر ملحق می شود و قاضی صلاحیت ندارد که ضرر را جبراً بالای متقاسمین تحمیل نماید.<sup>۲</sup>

۴- در تقسیم اشیای مذکوره خود طالب تقسیم متضرر میشود و همچنین اراده دارد که دیگران را نیز متضرر بسازد و این یک عمل عبث و غیر مفید است قاضی نباید به پیشنهاد چنین شخص پاسخ مثبت ارایه کند.<sup>۳</sup>

امام مالک -رحمة الله عليه - و هم چنان ابن حزم ظاهری<sup>۴</sup> در مورد وجه اول مخالفت نشان داده و فرمودن: که در تمام امور مذکوره به اساس مطالبه همه شرکاء و یا بعضی از آنها، تقسیم جاری میشود و لو که ضرر به همه آنها عاید گردد.<sup>۵</sup>

**وجه دوم:** آنکه در تقسیم و تبعیض مقسوم، به یکی از متقاسمین ضرر ملحق شود نه به هر دوی شان، مانند: حویلی مشترک میان دو نفر که در ملکیت یکی از ایشان دهم حصه باشد و نه حصه باقی، از شخص دیگر باشد زمانیکه شریکان بخواهند که حویلی مذکور را میان خود تقسیم نمایند شریکی که حصه کم از آن او شده متضرر میشود؛ زیرا که سهم او بشکل مستقل و جدا از جهت کمی قابل استفاده نمی باشد پس در صورت مذکور اگر شریکان به رضا و رغبت حویلی ذکر شده را میان خود تقسیم نمایند اشکالی ندارد، و اگر یکی از شریکان تقسیم را طلب نماید و شریک دیگر از آن ابا و ورزد، این، از دو حال ذیل خالی نمی باشد.

<sup>۱</sup> رواه البخاری و مسلم عن المغیره بن شعبه عن النبى (صلى الله عليه وسلم) بخارى (۵۹۷۵) فتح الباری ۴۱۹/۱۰ صحیح مسلم ۱۳۴۱/۲ کتاب القضاة.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۶/۵.

<sup>۳</sup> تبیین الحقایق للزیلعی ۲۶۸/۵.

<sup>۴</sup> قبلاً معرفی گردید.

<sup>۵</sup> بدایة المجتهد ۴۹/۲، المحلی لاین حزم ۲۶۶/۸.

۱- صاحب سهم زیاد تقسیم را طلب نماید.

۲- صاحب سهم کم تقسیم را طلب نماید.

اگر صاحب سهم زیاد تقسیم را طلب نماید و صاحب سهم کم از آن انکار ورزد آیا قاضی و یا حاکم، صاحب سهم کم را مجبور به تقسیم کرده میتواند و یا خیر؟ در این مسله فقها عبه دوبرخش تقسیم شده اند :

**بخش اول - ابن رشد مالکی و ابن ابی لیلی.** - رحمهم الله - میگویند : که صاحب سهم کم را مجبور به تقسیم کرده نمی تواند.<sup>۱</sup>

### دلایل فقهای بخش اول :

۱- قال النبی -صلی الله علیه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام».<sup>۲</sup>

ترجمه : اسلام اجازه نمی دهد که به کسی ضرر رساند و نه هم ضرر را به ضرر مقاله کرد.  
در این شکی نیست که توسط تقسیم به شکل ذکر شده به یکی از شرکاء ضرر می رسد که از طرف شریعت ممنوع قرار گرفته است.

۲ - روی عن النبی -صلی الله علیه وسلم- « انه نهی عن قیل وقال وکثرة السؤال، واضاعة المال».<sup>۳</sup>

ترجمه : پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم - مردم را از قیل قال زیاد، از پرسیدن زیاد و از هدر کردن مال منع کرده است.

در تقسیم مال به صورت متذکره ضایع ساختن مال است که پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم - از ضیاع مال چه از خود باشد و چه از شخص دیگر، منع فرموده است.

۳- در عملیه تقسیم تعادل در منفعت معتبر میباشد، باید که متقاسمین در بدست آوردن منفعت باهم مساوی بوده باشند و در تقسیم مال، به صورت مذکور اصلاً منفعت از دست می رود چه جای که تعادل در منفعت بیاید، و این عملی است که مشروعیت تقسیم را زیر سوال می برد پس باید از آن اجتناب کرد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> بدایة المجتهد ۴/۴۹۹.

<sup>۲</sup> تخریج این حدیث سابق گذشت.

<sup>۳</sup> تخریج حدیث مذکور سابق گذشت.

<sup>۴</sup> تبیین الحقائق للزیلعی ۵/۲۶۹.

**بخش دوم -** جمهور علمای احناف، شافعی ها، جمهور مالکی ها- رحمهم الله - میگویند: روایت از امام احمد بن حنبل نیز چنین است که صاحب سهم کم باید از طرف قاضی مجبور به تقسیم کرده شود.<sup>۱</sup>

### دلایل فقهای بخش دوم:

۱- صاحب سهم زیاد زمانی که قسمت را طلب میکند هدف و مقصد از طلب کردنش ضرر رساندن به دیگران نمی باشد بلکه میخواهد منافع ملک خود را به طور مستقل بدست آورد این حق مسلم و مشروع اومیباشد، باید طلبش از طرف قاضی مورد پذیرش قرار گیرد.<sup>۲</sup>

۲- تقسیم در حق صاحب سهم زیاد مفید و جایز است اما در حق صاحب سهم کم مضر است؛ زیرا که صاحب سهم کم بدون ضمیمه ملک غیر، از حق خود استفاده کرده نمی تواند، صاحب سهم زیاد حق دارد که دیگران را منع کند که از حق وی استفاده نکند پس تقاضای تقسیم، حق مسلم وی می باشد باید قاضی پیشنهادش را بپذیرد.<sup>۳</sup>

۳- مسئله تقسیم، به مسئله حصول دین از مدیون قیاس است، قسمیکه حصول دین از مدیون جائز میباشد ولو که مدیون متضرر شود هم چنان جدانمودن حصه زیاد از کم نیز جائز بوده ولو که صاحب سهم کم متضرر شود، علت جامعه میان هر دو مسئله بدست آوردن حق است.<sup>۴</sup>

### قول راجح:

به فکر بنده دید گاه بخش دوم علماء، که صاحب سهم کم را مجبور به تقسیم کرده شود راجح به نظر میرسد؛ زیرا که صاحب حصه زیاد به قاضی پیشنهاد میکند که حق وی را برایش جدانماید بلکه دیگران را منع نماید که از حق وی استفاده نکند، و این یک پیشنهاد معقول و موافق انصاف میباشد پس بالای قاضی واجب و لازم است که پیشنهاد وی را بپذیرد؛ زیرا وظیفه قاضی است که حق را به صاحب حق تسلیم نماید و ظالم را نگذارد که از حق دیگران استفاده نماید.<sup>۵</sup>

و اگر صاحب سهم کم با وجودیکه متضرر میشود تقسیم را طلب نماید و صاحب سهم زیاد از آن انکار ورزد آیاقاضی و یا قاسم طبق تقاضای صاحب سهم کم مال مشترک را میان شان تقسیم خواهد کرد!

علماء در این مسئله نیز به دودیدگاه، تقسیم شده اند.

<sup>۱</sup> بدایة المجتهد ۴/۴۹، بدائع الصنائع ۵/۴۶۷.

<sup>۲</sup> تبیین الحقائق للزیلعی ۵/۲۶۹.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۵/۴۶۷.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

<sup>۵</sup> تبیین الحقائق للزیلعی ۵/۲۶۹.

## دیدگاه اول :

حنفی ها، مالکی ها - رحمهم الله - میگویند: زمانیکه صاحب سهم کم ، تقسیم را از قاضی طلب نماید قاضی، صاحب سهم زیاد را مجبور به تقسیم بسازد ، یک قول از شافعی ها و هم چنین از حنبلی ها - رحمهم الله - نیز چنین منقول است <sup>۱</sup>.

## دلایل دیدگاه اول :

۱- در صورت مذکور به صاحب سهم زیاد ضرر ملحق نمیشود و اگر به صاحب سهم کم ضرر ملحق می شود او به این ضرر راضی میباشد پس گویا که اصلاً ضرر ملحق نشده زمانیکه به تقسیم ضرر ملحق نشود روی پیشنهاد یکی از شرکاء و یا مجموع آنها، قاضی مجبور و مکلف می باشد که تقسیم را میان شان پیاده نماید <sup>۲</sup>.

۲- در تقسیم مذکور برای صاحب سهم زیاد ضرر متوجه نمی شود بلکه در تقسیم برای او منفعت است و اگر از تقسیم انکار ورزد. متعنت شمرده میشود، انکار متعنت قابل سمع نمی باشد، و صاحب سهم کم روی اینکه تقسیم را طلب نموده راضی به ضرر می باشد، پس صاحب سهم زیاد را به تقسیم مجبور گردانیده شود <sup>۳</sup>.

## دیدگاه دوم :

نظر بعضی حنفی ها، قول ضعیف مالکی ها و مذهب حنبلی ها - رحمهم الله - چنین است: زمانیکه صاحب سهم کم تقسیم را تقاضا کند و توسط این تقسیم متضرر نیز گردد قاضی نباید طرف آخر را مجبور به تقسیم سازد <sup>۴</sup>.

## دلایل دیدگاه دوم:

۱- صاحب سهم کم در طلب خود متعنت است؛ زیرا که قسمت در حق وی ضرر محض است هیچگونه دست آوردی در تقسیم ندارد ، طلب او نیز معتبر نمی باشد، تقسیم جبری بدون طلب مشروعیت ندارد پس آنانیکه از تقسیم انکاری باشند قاضی بالای شان جبر کرده نمی تواند <sup>۵</sup>.

۲- صاحب سهم کم که تقسیم را طلب میکند در حقیقت مال خود را به دست خود ضایع میسازد، پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - انسانها را از ضایع نمودن مال، منع نموده، و همچنان آنانیکه تقسیم

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵ ، بدایة المجتهد ۴۹/۴ ، الحاوی الکبیر للموردی ۲۵۱/۱۶ ، المغنی ۴۹۱/۱۱ .

<sup>۲</sup> المغنی لا بن قدامه ۴۹۱/۱۱ .

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵ ، بدایة المجتهد ۴۹/۴ ، المغنی ۴۹۱ / ۱۱ .

<sup>۵</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷ / ۵ .

راطلب میکنند باوجود رسیدن ضرر برایشان، درحقیقت سفهاء اندقاضی نباید قول شخص سفیه را درضررش ایجاب نماید بلکه اوراتوصیه به جلب خیر و منفعت کند<sup>۱</sup>.

### دیدگاه راجح :

به فکر بنده رای و دیدگاه اول که صاحب سهم زیاد را درحین طلب صاحب سهم کم ، مجبور به تقسیم کرده شود از روی دلایل ذیل راجح به نظر میرسد :

۱- در دیدگاه اول مقسوم و حکمت تقسیم که عبارت از نجات یافتن از ضرر مشارکت است خوبتر بدست می آید اما در دیدگاه دوم، اصرار به ادامه مشارکت است.

۲- در صورت برآورده ساختن تقاضای صاحب سهم کم ، اگرچه ظاهراً ضرر به نظر میرسد، ممکن است که در آن نفع باشد؛ زیرا که اضرار دونوع است : ۱- اضرار مادی ۲- اضرار نفسی . در تقسیم مذکور اگرچه ضرر مادی موجود است ممکن، در آن منفعت نفسانی باشد؛ زیرا، صاحب سهم کم باوجودیکه ظاهراً برایش ضرر است ولی باز هم به تقسیم اصرار می ورزد معلوم می شود که می خواهد ذهن خود را از جنجال و کشمکش مشارکت آرام بخشد، پس باید قاضی به پیشنهادش جواب مثبت ارایه کند.

۳- چه فرق است میان آنکه صاحب سهم زیاداگر تقسیم راطلب کند، قاضی مال رامیان شان تقسیم میکند و اگر صاحب سهم کم، تقسیم راطلب کند مال میان شان تقسیم نمی شود باوجودیکه صاحب مال کم در آن صورت نیز متضرر می شود، همچنان در صورت دوم اگر ضرر ملحق میشود به رضاء و طیب نفس می باشد بخلاف صورت اول؟ جواب خواهد همین باشد که هیچ فرق میان این دو صورت وجود ندارد بلکه صورت دوم نسبت به صورت اول برای قاضی ساده خواهد بود؛ زیرا جانبی که ضرر به او متوجه است خودش به رضاء و رغبت ، بدون جبر و اکراه ضرر را، پذیرفته است.

### شرط سوم : تقاضای یکی از شرکاء یا همه آنها :

در ماده (۱۱۲۹) مجلة الاحکام العدلیه چنین آمده است : «الطلب فی قسمة القضاء شرط فلاتصح القسمة جبراً من الحاكم إلا بطلب أحد أصحاب الحصص»<sup>۲</sup>.

ترجمه : در تقسیم قضایی طلب از طرف یکی از شرکاء شرط است، تقسیم جبری از سوی حاکم بدون درخواست حداقل یک نفر از شرکاء، صحیح نمی باشد.

<sup>۱</sup> المغنی ۱۱ / ۴۹۱ ..

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام العدلیه صفحه ۱۶۱ .

ودرماده (۱۱۳۰) مجلة الاحكام چنين آمده: «اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة وامتنع الاخر فعلى ما سننبتن فى الفصل الثالث والرابع ان كان مال المشترك قابلا للقسمة يقسمه الحاكم جبرا والا فلا يقسمه»<sup>۱</sup>.

ترجمه : هرگاه یکی از شرکاء تقاضای تقسیم رداشته باشد و شریک دیگری از قسمت امتناع ورزد آنگونه که در فصل سوم و چهارم بیان خواهیم کرد اگر مال مشترک قابلیت تقسیم رداشته باشد، قاضی آنرا میان شرکاء جبراً تقسیم نماید و اگر قابلیت تقسیم رنداشته باشد، آن را تقسیم نکند.

پس خلاصه سخن را چنین بیان کرده میتوانیم که اگر هیچ کسی از شرکاء از قاضی تقسیم را طلب نکند، برای قاضی جایز نیست که مال مشترک را تقسیم نماید.

### شرط چهارم : اقامة بینه به ملکیت مال مشترک .

این شرط مربوط به تقسیم قضایی میباشد، اگر متقاسمین در حضور قاضی به ملکیت مال مشترک اقامه شواهد کردند، برای قاضی ویا قاسم به اتفاق فقهاء جایز میباشد که مال مشترک را میان شان تقسیم نماید، و اگر متقاسمین به ملکیت شان اقامه شواهد نتوانستند در حالیکه همه شرکاء ویا بعضی شان تقسیم را طلب میکردند، آیا اقرار شان به ملکیت، که مال مشترک در ملکیت ما است برای قاسم کفایت می کند که مال را میان شان تقسیم نماید ویا اینکه قاسم از نزد شان شواهد طلب نماید که شاهدهی دهد که مالی را که متقاسمین اراده تقسیم آن را دارند در ملکیت شان قرار دارد؟ در پاسخ به این سوال فقهاء به سه دید گاه عمده ذیل تقسیم شدند :

#### دید گاه اول :

امام ابی یوسف و امام محمد از علمای احناف میگویند: قاضی طبق اقرار متقاسمین مال مشترک را میان شان تقسیم نماید برابر است که سبب ملکیت را بیان نمایند ویا خیر، برابر است که مال مشترک منقول باشد ویا غیر منقول، صرف قاسم در اخیر تقسیم نامه، چنین بنویسد: که من مال را به اساس اقرار متقاسمین، تقسیم نموده ام نه به اساس شواهد، تا اینکه اثر این فیصله به دیگران متعدی نشود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> مجلة الاحكام صفحه ۱۶۱.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۵۷/۵.

## دلایل دید گاه اول :

۱- مال مشترکی که متقاسمین اراده تقسیم آن را دارند در دست شان میباشد، و در صورت نبودن نزاع تولید به ملکیت دلالت میکند، روی این نکته تمام تصرفات متقاسمین از قبیل بیع، هبه، اجاره، جائز دانسته شده است.<sup>۱</sup>

۲- به اقامه شواهد وقتی ضرورت پیش میشود که کسی به خلاف ملکیت متقاسمین دعوای وقتیکه در مورد ملکیت متقاسمین نزاع وجود نداشته باشد به اقامه بینه نیز ضرورت پیش نمی شود، قاسم میتواند مال دست داشته شرکاء را بدون طلب کردن شواهد، میان شان تقسیم نماید.<sup>۲</sup>

۳- صاحبین غیر منقول را به منقول قیاس نموده اند چنانچه منقولات موروثی به اتفاق فقهاء به مجرد اقرار به ارث میان ورثه تقسیم شده میتوانند هم چنان غیر منقولات راقاضی نیز به مجرد اقرار به ملکیت، میان شان تقسیم کرده میتواند قیاساً علی المنقولات، علت جامعه میان مقیس (منقول) و مقیس علیه (غیر منقول) وقوع تقسیم است در محل تقسیم بدون تهمت و نزاع.<sup>۳</sup>

## دید گاه دوم :

مالکی ها، جمهور شافعی ها - رحمهم الله - میگویند : قاسم مال مشترک را میان شرکاء تا وقتی تقسیم کرده نمی تواند که شرکاء به ملکیت شان به مال مشترک اقامه شواهد ننموده باشند برابر است که همه شرکاء تقسیم را طلب نموده باشند و یا بعضی آنها، باکی ندارد که سبب ملکیت ارث باشد و یا شراء، نخست اقامه شواهد به مرگ موروث نمایند، سپس به ادامه ملکیت تا وقت فرارسیدن مرگ، بعد به سبب وراثت.<sup>۴</sup>

## دلایل دیدگاه دوم :

۱- اگر قاضی و یا قاسم مال مشترک را میان شرکاء به مجرد اقرارشان به ملکیت، تقسیم نماید و بلایشان پیشنهاد نمایند در آن صورت شرکاء جهت اثبات دعوای شان، به تقسیم قاضی اول استدلال میکنند و قاضی دوم نیز جهت سهولت کار اکثراً تقسیم قاضی اول را دلیل گرفته بدون تحقیق کامل، قضیه را در حق شرکاء مدعیین فیصله میکند، بنابر این تادرچنین صورت ها قاضی دوم مورد اغفال قرار نگیرد برای قاضی و یا قاسم ضروری پنداشته شده تا شرکاء را مکلف سازد که پیش از تقسیم، به ملکیت شان اقامه شواهد نمایند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> روضة الطالبین للنووی ۱۱ / ۲۱۹ المغنی لابن قدامه ۶۹/۹ .

<sup>۲</sup> تبیین الحقائق ۲۶۷/۵ .

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۷۰/۵ .

<sup>۴</sup> البهجة شرح تحفه ۲ / ۱۳۴ ، تالیف ابوالحسن علی بن عبد السلام المالکی طبع مصطفى الحلبي سنة ۱۹۵۱ م ، مغنی المحتاج ۴۲۴/۴ .

<sup>۵</sup> همان مصدر. 426/4.



۲- مال موروثه قبل از تقسیم به حکم ملکیت میت باقی میباشد حتی دیون میت از آن مال ادا میگردد و وصایای میت از آن، نافذ میگردد، تقسیم مال میت میان شرکاء درحقیقت ابطال ملکیت میت است، ابطال ملکیت بدون بینه و شواهد درست نمیباشد، پس به این سبب اقامه بینه به ملکیت شرکاء پیش از تقسیم ضروری پنداشته شده است.<sup>۱</sup>

۳- متقاسمین زمانی که اقرار کردند که مال دست داشته شان را از فلانی شخص خریداری نمودند، این درحقیقت اقرار به ملکیت فلان شخص و دعوی خرید و انتقال مال است از جانب بایع به متقاسمین، اقرار متقاسمین به ملکیت فلان شخص درست، اما دعوی خرید و انتقال مال از فلان شخص به متقاسمین بدون شواهد درست نمیباشد باید به انتقال مال از فلان شخص به متقاسمین اقامه شواهد نمایند.<sup>۲</sup>

### دیدگاه سوم :

حنبللی ها و بعضی شافعی ها- رحمهم الله- میگویند: اگر میان متقاسمین نزاع نباشد بلکه تمام متقاسمین به تقسیم رضایت داشته باشند برابر است که مقسوم عقال باشد و یا منقول، برای قاضی ضرور نیست که از آنها شواهد طلب نماید بلکه طبق اقرار، مال رامیان شان تقسیم نماید، و اگر میان متقاسمین نزاع باشد و یابه معنای دیگر تقسیم اجباری باشد بالای قاضی و یا قاسم لازم است که متقاسمین را به اقامه شواهد به ملکیت شان مکلف سازد و بعداً مال رامیان شان تقسیم نماید.<sup>۳</sup>

### دلایل دیدگاه سوم :

۱- در تقسیم رضایی با وجود اقرار به ملکیت، همه شرکاء به تقسیم مال مشترک موافقت داشته میباشند هیچ یکی از آنها از تقسیم خلاف نمیکند، تولید هم دلالت به ملکیت میکند و هم چنان تصرفات شان، مانند: بیع و اجاره از طرف شریعت مشروع پنداشته می شود پس این همه آن چیزی است که ملکیت شرکاء را تثبیت میکند، ضرورت به اقامه شواهد برده نمیشود.<sup>۴</sup>

۲- تقسیم اجباری چونکه به اساس تقاضای بعضی از شرکاء صورت میگیرد و بعضی دیگری از شرکاء به تقسیم راضی نمی باشد، بنابر این، اگر قاضی به اساس پیشنهاد بعضی از شرکاء مال را جبراً میان شان تقسیم نماید این نیست مگر حکم قاضی بالای ممتنعین است و حکم اجباری قاضی در صورتی امکان پذیر است که از برای مدعیین تقسیم، ملکیت ثابت باشد و ملکیت بدون شواهد ثابت شده نمیتواند، روی این نکته در تقسیم اجباری وجود بینه شرط گردانیده شد.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۵ / ۴۷۰ .

<sup>۲</sup> همان مصدر ۴۷۱/۵ .

<sup>۳</sup> المغنی لابن قدامة ۹ / ۶۹ ، روضة الطالبین ۱۱ / ۲۱۹ .

<sup>۴</sup> روضة الطالبین ۱۱ / ۲۱۹ .

<sup>۵</sup> المغنی لابن قدامة ۹ / ۲۷۱ .

## دید گاه راجح:

به رای باحث دید گاه سوم که عبارت است از این که: اگر تقسیم رضایی باشد ضرورت به اقامه شواهد برده نمی شود و اگر تقسیم جبری باشد باید قاضی به ثبوت ملکیت شرکاء اقامه شواهد نماید، راجح به نظر میرسد؛ زیرا در این دیدگاه با وجود رعایت عدالت و انصاف، سهولت برای قاضی نیز میباشد و از آن چیزی که فقهای دید گاه دوم، خوف دارند که به این فیصله در دعوی دیگر استدلال صورت نگیرد، آن خوف به این شکل دفع میگردد که: قاضی و یا قاسم در تقسیم نامه بنویسد که این تقسیم میان شرکاء به اساس اقرار شرکاء صورت گرفته نه روی شواهد، و هم چنان دید سوم وسط دیدگاه های سه گانه میباشد \_ والله اعلم

## فرع دوم: مقسوم له در قانون مدنی:

مقسوم له در قانون مدنی عبارت است از شرکاء و نایبین آنها که عبارت از اولیاء، اوصیاء و وکلاء میباشد، اشخاصی مذکور در تقسیم، صاحبان حق شمرده میشوند برابر است که تقسیم رضایی باشد و یا قضایی، مگر قانون مدنی وقتی اینها را مقسوم لهم قانونی میدانند که شرایط ذیل در آنها رعایت گردد.

## شرط اول - حضور شرکاء و یا نماینده گان باصلاحیت آنها:

در هنگام تقسیم باید شرکاء و یا نماینده گان شان حاضر باشند، تقسیم در غیاب یکی از شرکاء جواز نخواهد داشت. بنابر این، اگر هنگام غیابت یکی از شرکاء تقسیم صورت گیرد این تقسیم قابل نقض خواهد بود. البته این در تقسیم رضایی است، اما در تقسیم قضایی حضور شرکاء یا نماینده گان شان شرط نیست. بنابر این، تقسیم قضایی در غیاب یکی از شرکاء نیز قابل تنفیذ خواهد بود. قانون مدنی نیز باتأسی از احکام فقه اسلامی در ماده ۱۹۵۲ خود چنین تصریح میدارد: «تقسیم رضایی در غیاب یکی از تقسیم کننده گان جواز ندارد، ولی یا وصی صغیر در تقسیم قائم مقام صغیر می باشد، مشروط بر اینکه محکمه با صلاحیت بند اول این ماده مبهم است؛ زیرا قانون گذار مدنی در نص این ماده از غیاب تقسیم کننده گان سخن میگوید غیاب به معنای نبود، فقدان و ناپیدای است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای کسی و یا چیزی که به چشم نیاید. غایب بر شخصی اطلاق میگردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، اما در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخص مفقود مطابق به احکام قانون به آن موافقت نماید»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۱.

## توضیح :

۱- نص این ماده از فقه گرفته شده است طبق فقه شرط سوم تقسیم رضایی، حضور همه شرکاء و یا نایبین آنها است پس تقسیم ملک در صورت غایب بودن یکی از شرکاء درست نیست، احياناً اگر یکی از شرکاء غائب باشد و تقسیم صورت گیرد، تقسیم مذکور صحیح تلقی می‌گردد ولی صحت آن منوط بر اعطاء اجازه توسط شریک غائب می‌باشد، هرگاه شریک غائب بعد از حضور، اجازه اعطاء نماید تقسیم نافذ، و در صورت عدم اعطاء اجازه، تقسیم باطل می‌گردد.

۲- از بند دوم این ماده به خوبی بر می آید که اگر یکی از شرکاء صغیر باشد، ولی و یا وصی قائم مقام او قرار می‌گیرد به شرطی که ولی و یا وصی در تقسیم به ضرر صغیر عمل نه نماید، عمل ولی و وصی باید توسط محکمه ذیصلاح تأیید گردد، به حیث مثال: هرگاه یک بلاک دارای پنج طبقه میان احمد و محمود ۱۲ ساله مشترک باشد، تقسیم احمد و محمود جائز نیست، اگر محمود پدر، پدرکلان داشته باشد، پدر و پدر کلان محمود جانشین و نماینده محمود در این تقسیم قرار می‌گیرد، اما در صورت عدم موجودیت پدر، پدر کلان، شخصی را که پدر، پدر کلان و یا قاضی محکمه با صلاحیت به عنوان وصی تعیین نموده باشد، جانشین محمود می‌گردد.<sup>۱</sup>

## شرط دوم - مطالبه یکی از شرکاء و یا همه آنها :

ماده ۱۹۵۳ قانون مدنی افغانستان چنین ابراز می دارد: «اگر شرکاء به ابقای مال مشاع به اساس حکم قانون یا موافقه مکلف نشده باشند، هریک از شرکاء میتواند از محکمه تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید، منع تقسیم مال مشاع به اساس موافقه در مدت که از پنج سال تجاوز نماید جواز ندارد و در صورتیکه مدت موافقه بیش از پنج سال نباشد در مورد شریک و خلف او نافذ شمرده میشود».

## توضیح :

۱- تقسیم قضایی باید در اثر تقاضای یکی از شرکاء و یا تمام شرکاء و یا نایبین آنها از محکمه که ملک مشاع در حوزه قضائی آن، موقعیت دارد صورت پذیرد؛ زیرا تقسیم قضایی صورت نمی‌پذیرد مگر اینکه ذینفع آن را مطالبه نماید در غیر آن، هیچ تکلیفی برای قاضی ایجاد نمیشود؛ زیرا قاضی از جانب خویش نمیتواند به تقسیم ملک مشاع اقدام نماید چرا که این عمل قاضی تصرف در ملک غیر پنداشته میشود که از نظر شرع محظور است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> همان مرجع صفحه ۷۷.

<sup>۲</sup> همان مرجع صفحه ۸۵.

مجلة الاحكام در ماده ۱۱۲۹ خود چنین ابراز می دارد: «الطلب في قسمة القضاء شرط فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص»<sup>۱</sup>.

ترجمه: در تقسیم قضایی طلب شرط است، پس تقسیم جبری از سوی حاکم صحیح نمیباشد مگر به درخواست یکی از شرکاء.

۲- هرگاه شرکاء به ابقای مال مشاع شرکت، به مدت پنج سال موافقه کرده باشند در آن صورت به اساس تقاضای یکی از شرکاء مال مشاع شرکت تقسیم نمیگردد، و این امر در مورد شریک و خلف او که عبارت از ورثه بعد از مرگ شریک باشند، نیز نافذ شمرده می شود.<sup>۲</sup>

هرگاه راجع به ابقای مال مشاع شرکت، موافقه بین شرکاء موجود نباشد و یا باشد لیکن مدت مذکور سپری گردیده باشد در آن صورت هر یکی از شرکاء میتواند تقسیم مال مشاع را از محکمه مربوطه مطالبه نماید.<sup>۳</sup>

### فرع سوم: مقارنه میان فقه اسلامی وقانون مدنی:

بعد از مقایسه قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در مورد شروط مقسوم له برای ما، معلومات ذیل بر ملا میگردد.

#### الف- موارد اتفاقی:

۱- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در شرط گردانیدن حضور شرکاء و یا نایبین آنها با هم موافق میباشد در هر دو تصریح گردیده که مقسوم لهم و یا نایبین آنها باید در وقت تقسیم حضور داشته باشند.

۲- هم چنان قانون مدنی با فقه اسلامی در شرط گردانیدن طلب و تقاضای همه مقسوم لهم و یا یکی آنها موافق میباشد، در هر دو واضح بیان شده است که تقسیم وقتی صورت میگیرد که تقاضا از طرف همه مقسوم لهم و یا یکی از آنها به نزدقاضی موجود باشد، و اگر طلب موجود نباشد قاضی نمیتواند از نزد خود اقدام به تقسیم نماید.

#### ب- موارد مسکوت عنه:

۱- دو شرط دیگر مقسوم لهم که عبارت از اقامه بینه به ملکیت است، که قبل از تقسیم باید شرکاء به ثبوت ملکیت شان در حضور قاضی شواهد پیش کنند، و عدم الحاق ضرر به همه مقسوم لهم و یا به

<sup>۱</sup> مجلة الاحكام العدليه صفحه ۱۶۱.

<sup>۲</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی ۳۶/۴.

<sup>۳</sup> همان مصدر.

یکی از آنها است در فقه اسلامی به آن تصریح صورت گرفته اما قانون مدنی در مورد آن، ساکت باقی مانده.

۲- به باقی گذاشتن مال مشترک بر حالت اشتراک اش به مدت پنج سال و یا کمتر از آن، در قانون مدنی به آن تصریح صورت گرفته یعنی: شرکت باید از پنج سال اضافه نباشد اما طبق مطالعه بنده فقه اسلامی در این مورد چیزی نگفته.

## فصل دوم

### تقسیمات عین و آثار آن

مراد از عین در اینجا عین مشاع است که در خارج از ذهن ما وجود دارد و مشترک میان دو و یا چند نفر میباشد و در مقابل آن منافع مشاع قرار دارد، به عبارت دیگر، عین جسمی است که مالیت دارد و هدف است نه وسیله. تقسیم عین، تقسیم اصل اموال مشاع مشترک است و به موجب آن حصه هر شریک در نفس اموال مشترک جدا میشود.<sup>۱</sup>

از آنجا که منافع در وجود، تابع عین میباشد و منافع وضعیتی است که در عین مال نهفته است و ثمراتی است که از اعمال اموال حاصل میشود، اهمیت و ارزش هر مال، رابطه مستقیم به آن دارد و در صورت جدایی از عین مال، به شکل تهایؤ مورد استفاده قرار میگیرد، امرطبعی است که تقسیم عین، تقسیم منافع را هم به همراه خود دارد، مگر اینکه قبل از تقسیم نمودن، منافع توسط شرکاء به اجاره و آگذار شده باشد که در این صورت تقسیم عین، خللی به حقوق مستاجر در مدت اجاره وارد نمی آورد، به عبارت دیگر، تقسیم عین مشاع با حقوق مستاجر که مالک منفعت میباشد کدام منافات ندارد.

حاصلات زمین، میوه های درختان باغ مشترک، نیز از مصادیق عین به شمار میروند که باید به موقع تقسیم زمین و باغ، به نحو علی حده مورد تقسیم قرار گیرند، و نمی توان به ضمیمه تقسیم زمین و باغ و تعیین حصه هر شریک حاصلات و میوه آن قسمت را الزاماً در سهم او قرار داد، زمانیکه انفکاک میان اعیان و منافع در معاملات و استفاده و هم چنان تقسیم صورت میگیرد و هر کدام ایشان دارای احکام مستقل و جدا بود بناءً هر یکی از ایشان در فصلهای جداگانه به بحث گرفته خواهد شد، در قدم اول تقسیم اعیان را به تحقیق و بررسی میگیریم و گفته می توانیم که فصل دوم در قسمت اعیان است که به چهار مبحث عمده به قرار ذیل مشتمل می باشد مبحث اول در بیان تقسیم اتفاقی، مبحث دوم در بیان تقسیم اجباری (قضائی)، مبحث سوم در بیان آثار تقسیم، مبحث چهارم در عوارض تقسیم.

#### مبحث اول: تقسیم اتفاقی در فقه اسلامی و قانون مدنی:

قسمت اعیان به ذات خود به دو بخش تقسیم می شود بخش اول قسمت اتفاقی، بخش دوم قسمت قضایی هر یکی از این دو بخش قسمت اعیان، به تحقیق و بررسی کامل ضرورت دارد بناءً نخست قسمت اتفاقی را به بحث میگیریم و گفته می توانیم که قسمت اتفاقی به سه مطلب به شکل ذیل مشتمل می باشد

<sup>۱</sup> القسمة العينية صفحة ۸۸۹ السنهوري : عبدالرازق

مطلب اول در چگونگی اجرای تقسیم ، مطلب دوم در نقض تقسیم به اثر اشتباه وغبین ، مطلب سوم در خیرات در تقسیم .

### مطلب اول - چگونگی اجرای تقسیم در فقه اسلامی وقانون مدنی :

چگونگی اجرای تقسیم به سه فرع ذیل مشتمل میباشد فرع اول : چگونگی اجرای تقسیم در فقه اسلامی، فرع دوم : چگونگی اجرای تقسیم در قانون مدنی فرع سوم :مقارنه میان فقه وقانون در چگونگی اجرای تقسیم.

#### فرع اول - چگونگی اجرای تقسیم در فقه اسلامی :

##### نوشتار اول : چگونگی تقسیم عقار ( اشیای غیر منقول )

عقار، یا اشیای غیر منقول عبارت است از چیزهای که در یک مکان تقرر داشته باشند وانتقال آن ها به جای دیگر بدون تغیر وتلف ممکن نباشد .<sup>۱</sup>

عقار عبارت از سه چیز است ۱- زمین خالی از زراعت وبناء ۲ - زمین مزروعه ۳ - زمین مبنیه، که چگونگی تقسیم هریکی از اینها را به قرار ذیل بیان می نمایم :

#### الف - چگونگی تقسیم زمین خالی از زراعت وتعمیر :

زمین مشترک خالی از زراعت وآبادی ،خالی نیست یک قطعه خواهد بود ویا قطعات متعدد، اگر یک قطعه باشد در تقسیم آن میان فقهاء خلاف نیست، بعد اگر اجزای آن باهم مساوی باشند قاضی ویا قاسم آن را به قسمت جمع میان شرکاء تقسیم خواهد نمود ، واگر جوانب واجزای زمین باهم مساوی نباشد بلکه تفاوت داشته باشند به این شکلی که بعض از جوانب آن، در کشت وزراعت قوی بوده حاصلات زیاد داشته می باشدوبعض جوانب دیگر آن در کشت وزراعت ضعیف باشد چندان حاصلات نمیداشته باشد ویا اینکه بعض جوانب آن، به آب وسرک متصل بوده قیمت بالا داشته باشد وبه بعض جوانب دیگر آن، آب نرسد ویا از سرک دور باشند چندان قیمت نداشته باشند ، اگر بعض از شرکاء طلب نماید که هر جانب آن باید جدامیان شرکاء تقسیم شود وبعض دیگر قبول نکنند وبگویند :که باید به اساس قیمت تقسیم شود، اگر تقسیم جوانب جید به تنهای، ردی به تنهای ممکن باشد، زمین باید از طرف قاضی ویا قاسم به تقسیم افراد تقسیم شود؛ زیرا تقسیم به افراد مقدم میباشد از تقسیم به تعدیل کرده واگر تقسیم جوانب زمین (جید به تنهای، ردی به تنهای) ممکن نباشد بعداً آن را به اساس قیمت تقسیم نماید .<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> مختار الصحاح صفحه ۴۴۵.

<sup>۲</sup> رد المختار مشهوربه حاشیه ابن عابدین ۴۳۴/۹ ، شرح الخرشى ۴۰۲/۴ ، روضة الطالبین ۲۱۰/۱۱ .

زمینی که خالی از زراعت و تعمیر باشد تقسیم آن به متر صورت میگیرد یعنی طول و عرض آن مترگردد و باهم ضرب شود تا اولاً مساحت همه زمین معلوم گردد و سپس آن را به سهام برابر به اندازه کوچکترین سهم از هم جدا نمایند، اگر زمین دارای قطعات متعدد باشد، فقهاء در تقسیم آن به جمع و تفریق باهم اختلاف نموده اند و به سه دیدگاه عمده به قرار ذیل تقسیم شده اند :

**دیدگاه اول :** امام ابوحنیفه - رحمة الله علیه - میگوید: زمین خالی از زراعت و تعمیر که دارائی قطعات متعدد باشد به قسمت افراد تقسیم میشود برابر است که قطعات زمین باهم متجاوز باشند و یا متباعد ، مساوی باشند و یا مختلف چنانچه ابن عابدین<sup>۱</sup> در ردالمحتار ذکر کرده : « دور المشتركة او دار وضیعتهم مثلها الأقرحة ، قسم كل منفردة ولو متلازقة »<sup>۲</sup>

ترجمه : خانهای مشترک ، خانه همراه زمین و همچنان زمین مشترک که خالی از کشت و تعمیر باشد ، ولو که یکی همراه دیگر متصل هم باشند ، هر کدام آن جدا جدا تقسیم کرده میشوند .

و این دیدگاه شافعی ها - رحمهم الله - نیز است چنانچه صاحب فتح العزیز<sup>۳</sup> گفته است: « اذا كانت الارض اقرحة... لم يقسم بعضها في بعض قسمة اجبار »<sup>۴</sup>.

ترجمه : زمین خالی از کشت و تعمیر زمانیکه قطعات متعدد بوده باشد بعض حصه آن در عوض بعض دیگر آن اجباراً قرار داده نمیشود بلکه هر کدام آنها، جدا گانه تقسیم میشوند .

و این رای حنبلی ها - رحمهم الله - نیز میباشد چنانچه ابن قدامه<sup>۵</sup> حنبلی در المغنی ذکر نموده : « اذا كان حقلان ، او داران او دکانان متجاوزان او متباعدان فطلب احد الشریکین قسمته يجعل كل واحد بينهما »<sup>۶</sup>.

ترجمه : زمانیکه دو قطعه زمین ساده بدون زراعت و تعمیر و یا دو باب حویلی و یا دو باب دوکان، باهم نزدیک و یا دور، میان دو نفر شریک باشند و یکی از دونفر از قاضی تقسیم آن هارا مطالبه نماید، هریکی از حقلان،<sup>۷</sup> حویلی ها و دوکان ها را جدا جدا میان شان تقسیم کرده شوند .

<sup>۱</sup> احمد بن عبدالغنی بن عمر المشهور به ابن عابدین ، فقیه حنفی ، در شهر دمشق تولد شده ، وفات او نیز در شهر دمشق در سنه ۱۲۳۸ هجری صورت گرفته ، در بعض شهرها به صفت مفتی مقرر گردید و همراه سید محمود حمزه مفتی دمشق به صفت امین فتوا ایفای وظیفه نموده ، و مؤلف بیست کتاب و رساله نیز می باشد . ظفر المحصلین باحوال المصنفین صفحه : ۴۷۷ .

<sup>۲</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۳۵/۹ .  
<sup>۳</sup> الامام العلامة امام الدین ابی القاسم عبد الکریم بن محمد بن عبد الکریم الرافعی ، القزوینی ، الشافعی تاریخ وفات ۶۲۳ هجری . مشیخة القزوینی ص: ۴۴۳ / ۱ .

<sup>۴</sup> فتح العزیز شرح الوجیز ۱۴۰/۱۳ فی فقه الشافعی تألیف امام الرافعی المسمی بالشرح الکبیر ، طبع : دار الکتب العلمیه .  
<sup>۵</sup> عبدالله بن محمد بن قدامه الجماعلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی ، ابو محمد ، موفق الدین فقیه من اکابر الحنابلة له تصانیف منها المغنی تاریخ تولد ۵۴۱ هجری وفات ۶۲۰ هجری الاعلام للزرکلی ۶۷/۴ .

<sup>۶</sup> المغنی لابن قدامه ۱۴۰/۱۰ .  
<sup>۷</sup> حقلان تننیه حقل است ، زمینی را گویند که ساده بدون درخت و تعمیر ، صالح برای زراعت باشد . منتخب اللغات صفحه ۱۴۶ .



## دلایل دیدگاه اول:

۱- همه شرکاء در قطعات متعدد زمین حقدار هستند اگر از قاضی مطالبه نمایند تا در تمام قطعات زمین حق شان را مشخص سازد اشکالی ندارد؛ زیرا این حق مسلم شان است.<sup>۱</sup>

۲ - مقاصد و اهداف شرکاء از زمین متفاوت می باشد ، منافع زمین نیز متفاوت می باشد، بعضی قطعات زمین در کشت و زراعت نسبت به بعضی دیگر، دست آورد خوب میداشته باشد و بعضی قطعات دیگر آن، به تعمیر و راهپوشگاه ها مکان مناسب میباشد ، و بعضی قطعات آن نسبت به نزدیکی به سرک و بازار جهت ساختن دوکان و سرای و غیره امور، از قیمت بلندو عالی برخوردار می باشند، فلذا قاضی باید شرکاء را در قطعات مختلف زمین سهم سازد تا بتوانند منفعت مورد نظر خود را از آنها به دست آورند

## دیدگاه دوم :

مالکی ها- رحمهم الله - میگویند :زمین خالی از زراعت و تعمیر که دارای قطعات متعدد باشد ، اگر به اعتبار قیمت و رغبت مردم طرف آن ، باهم مساوی باشند و مکاناً هم یکی از دیگر فاصله چندانی نداشته باشند، و قتیکه یکی از شرکاء تقسیم جمع را از قاضی مطالبه نماید و شریک دیگر تقسیم افراد را ، قاضی باید آنها را به تقسیم جمع میان شان تقسیم نماید به این طوری که حصه های هر شریک را در یکجا جمع نماید، برابر است که قطعات زمین خالی از زراعت، بعلی<sup>۲</sup> باشند و یا سیحی<sup>۳</sup> و یا بعضی آن بعلی باشند و بعضی دیگر آن سیحی، و اگر از روی قیمت باهم متفاوت باشند و یا مکاناً یکی از دیگر دور باشند و یا اینکه بعضی آن ها توسط ماشین آبیاری گردد و بعضی دیگر آن ها سیحی و یا بعلی باشند، در آن صورت تقسیم آن ها به قسمت جمع درست نمیشود بلکه هر کدام آنها باید جدا جدا تقسیم کرده شود.

## دلیل مالکی ها - رحمهم الله - :

در جمع نمودن سهام شرکاء در جاه های مستقل و جدا از یک دیگر، زمانی که قطعات زمین باهم نزدیک و در قیمت باهم مساوی باشند ضررش نسبت به آنکه هر یک از قطعات زمین را جدا جدا تقسیم کرده شود کم میباشد؛ زیرا کشیدن پلوان های زیاد و ساختن راه های زیاد در زمین ، زمین را ضائع میسازد بر خلاف صورتی که قطعات زمین یکی از دیگر دور باشند و یا از روی قیمت باهم تفاوت داشته باشند که در آن صورت، حکم اراضی مختلفی را به خود میگیرند و هر کدام آنها، باید جدا جدا تقسیم کرده شود.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> المبسوط للخرسی ۱۶/۸ .

<sup>۲</sup> زمین بعلی عبارت از زمینی للمی است که کشت آن از رطوبت زمین که توسط باران های فصل زمستان به میان آمده ، آبیاری میشود .

شرح مختصر خلیل للخرسی ۱۸۷/۶ .

<sup>۳</sup> زمین سیحی عبارت از زمینی است که توسط چشمه ها، کاریزها ، نهرها آبیاری میشود . شرح مختصر خلیل للخرسی ۱۸۷/۶ .

<sup>۴</sup> شرح الخرشی ۱۸۷/۶ .

### دیدگاه سوم :

امام ابو یوسف و امام محمد از علمای احناف میگویند: مسئله تقسیم قطعات مختلف زمین به طریقه جمع و یا افراد به نظرواجتهادقاضی محول میباشد، هر شکلی از تقسیم را که قاضی به خیر شرکاء فکر کند، آن گونه تقسیم رامیان شان عملی نماید، و درفتاوی هندیه به آن چنین تصریح شده: «وعندهما الحاکم بالخیار ان شاء قسم الكل قسمة واحدة... وان شاء قسم كل واحدة علی حدة».<sup>۱</sup>

ترجمه: به نزد صاحبین قاضی، صاحب اختیار است اگر مناسب میدید همه را چه منقول باشد و چه غیر منقول به یک قسمت، آنها را تقسیم نماید، و اگر مناسب میدید، هر مقسوم را جدا و علی حده میان شرکاء تقسیم نماید.

### دلیل دیدگاه سوم :

در تفویض تقسیم به حاکم، مصالح شرکاء در نظر گرفته شده و عدالت میان شان قائم میگردد، اما در تقسیم افراد بعض اوقات همه شرکاء و بعض اوقات بعض آنها متضرر میشوند؛ زیرا بعد از تقسیم حصه های شان قابل استفاده باقی نمی ماند و هم چنان در تقسیم جمع بعض اوقات عده ای از شرکاء متضرر میگردد؛ زیرا اجزای زمین مورد قسمت، در زراعت و ساختن تعمیرات و غیره امور، باهم متفاوت میباشند.

### دیدگاه راجح :

به فکر بنده دیدگاه صاحبین راجح و بهتر به نظر میخورد؛ زیرا تقسیم جهت حفظ مصالح متقاسمین مشروع گردیده، مصالح متقاسمین نسبت به دو دیدگاه اول، در دیدگاه سوم زیادتر مراعات میگردد.

### ب - چگونگی تقسیم زمین مزروعه :

زمانیکه زمین مزروعه میان دو نفر شریک باشد و یکی از ایشان تقسیم را از قاضی مطالبه نماید این مطالبه در بر گیرنده چهار حالت ذیل میباشد :

#### حالت اول : طلب نمودن تقسیم کشت بدون زمین :

اگر یکی از شرکاء از قاضی تنها تقسیم کشت و زراعت را مطالبه نماید نه زمین را، این تقسیم جبراً جائز نبوده فقهاء به عدم جواز آن اتفاق رای دارند<sup>۲</sup>؛ زیرا در صورت مذکور رعایت عدالت

<sup>۱</sup> الفتاوی الهندیه ۱۴۳/۶ تالیف علامه الشیخ نظام و جماعه من العلماء الهند، طبع و نشر مکتبه الحقانیه مکان طبع پشاور محله جنگی.  
<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵، شرح الخرشی ۴۰۷/۴، الحاوی الکبیر ۲۶۰/۱۶.

امکان پذیر نیست برابر است که کشت روی زمین باشد مانند: گندم، باقلی، جو و غیره و یا زیر خاک بوده باشد مانند: کچالو زردک و غیره.<sup>۱</sup>

و همچنان وقتیکه زراعت رسیده باشد تقسیم آن به اساس تخمین صورت میگیرد و تقسیم تخمین در مال ربوی درست نمیشود و اگر زراعت از جمله سبزیجات باشد مانند: گندنه، ترب (ملی) گشنیز، نیز جبراً تقسیم کرده نمی شود؛ زیرا زمین مملوکه شرکاء میباشد و در صورت تقسیم، هر یک ایشان مکلف به قطع نمودن حصه خود می شوند که در این کار به همه شان ضرر ملحق میگردد و اجبار قاضی به کاریکه در آن به شرکاء ضرر باشد جائز نمیشود.<sup>۲</sup>

اگر کشت از جمله سبزیجات باشد مانند: گندنه، ترب، گشنیز، پالک و شرکاء بین خود توافق نمایند که تنها کشت را میان خود تقسیم می کنند و هر یک از شرکاء حصه خود را قبض نماید، این کار نزد فقهاء احناف جائز میباشد و اگر ضرر به شرکاء ملحق می گردد باکی ندارد؛ زیرا شرکاء به تحمل چنین ضرر راضی هستند و اگر شرکاء میان خود شرط گذاشتند که بعد از تقسیم، کشت تا مدتی در زمین باقی بماند، این شرط باطل و نا جائز میباشد؛ زیرا رقبه میان شان مشترک میباشد و توسط گذاشتن چنین شرط هر شریک می خواهد از ملکیت دیگران منفعت بگیرد و این شرط، فاسد کننده بیع است پس فاسد کننده تقسیم نیز می باشد؛ زیرا تقسیم به اعتبار معنی بیع است.<sup>۳</sup>

و اگر کشت پخته شده باشد اما تاحال در خوشه ها باشد تقسیم آن رضاء نیز جائز نمیشود؛ زیرا مانع تقسیم در صورت مذکوره، رباء است و حرمت رباء توسط رضاء برداشته نمیشود.<sup>۴</sup>

شافعی ها - رحمهم الله - نیز تقسیم کشت را به تنهای تراضیاً در اموال غیر ربوی مانند: سبزیجات پخته و غیره جواز داده، اما در اموال ربوی مانند: گندم، جو، اگر کشت سبز باشد پخته نشده باشد، تقسیم آن نیز جائز می باشد و اگر رسیده باشد ولو که در خوشه ها باشد تقسیم آن ناجائز می باشد.<sup>۵</sup>

حنبلی ها - رحمهم الله - در مورد کشت خام مانند: رشقه، شفتل، فاصله و مانند آن، موافق حنفی ها و شافعی ها نظر دارند که تراضیاً تقسیم کرده میشوند نه جبراً، اما در صورتیکه کشت تخم باشد که جدیداً در زمین کاشته شده باشد و یا اینکه کشت در خوشه ها باشد و دانه ها را محکم کرده باشد، تقسیم شان جائز نمیشود؛ زیرا تساوی ممکن نیست احتمال سود برده می شود و اگر کشت همراه با زمین

<sup>۱</sup> الحاوی الکبیر للماوردی ۲۶۰/۱۶.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵.

<sup>۳</sup> همان مصدر ۴۶۷/۵.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

<sup>۵</sup> مغنی المحتاج ۴۲۴/۴.

یکجاتقسیم کرده شود، جائز میباشد؛ زیرا تقسیم کشت در چنین صورت تبعاً می آید، مقصود اصلی تقسیم زمین میباشد.<sup>۱</sup>

### حالت دوم : طلب تقسیم زمین بدون کشت :

اگر یکی از شرکاء تقسیم زمین را به غیر از کشت آن طلب نماید ، فقهاء سه گانه (شافعی ها، حنبلی ها ،مالکی ها- رحمهم الله - ) مسئله را مورد بررسی قرار داده اند به این شکلی که شافعی ها وحنبللی ها باهم متفق اند که کشت مانع تقسیم زمین شده نمیتواند قسمیکه اسباب وسامان موجود در خانه مانع تقسیم خانه شده نمیتواند<sup>۲</sup> تنهافرق این قدر است که شافعی ها جبر را در این تقسیم جائز دانسته وآن چیزیکه در زمین موجود است مانع تقسیم شده نمیتواند برابر است که تخم باشد یا کشت خام ویا پخته شده باشد، جمهور حنبلی ها موافق شافعی هانظردارند، اما بعض حنابله جبر را در تقسیم زمین بدون کشت خلاف اولی دانسته ودلیل گرفته که کشت زمین وسامان خانه باهم فرق دارند : سامان خانه به مجرد تقسیم، برداشته میشود اما کشت تابه پخته شدن آن در زمین مشترکاً باقی میماند.<sup>۳</sup>

اما مالکی ها - رحمهم الله - میگویند: اگر کشت ظاهر بوده باشدیعنی : روی زمین معلوم دار باشد تنها زمین راتقسیم نماید نه کشت رابلکه کشت راباقی گذاشته شودتاپخته شود وازگاه جداگردد بعداًتوسط پیمانان ویاترازوتقسیم گردد واگرکشت روی زمین ظاهر نبوده بلکه زیرخاک باشدمانند:کچالوزردک وغیره، درآن صورت نه تقسیم زمین جایزاست ونه کشت بلکه کشت از زمین استخراج گردد سپس زمین ویا کشت رابین خود تقسیم نمایند.<sup>۴</sup>

### حالت سوم - طلب تقسیم زمین همراه با کشت آن:

اگر یکی از شرکاء تقسیم کشت وزمین هر دو را طلب نماید رای فقهاء دراین مورد، قرار ذیل می باشد:

مالکی ها - رحمهم الله - میگویند :که تقسیم کشت همراه با اصلش که زمین است پیش از پخته شدن کشت به این شرطیکه کشت تا به پخته شدن آن در زمین باقی گذاشته شود جواز ندارد اما حالتی که جواز داردچنین است که کشت خام بوده باشد، زمین وکشت هر دو را تقسیم نمایند متصل به تقسیم، کشت را درو کرده بردارند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> المبدع شرح المقتع ۱۰/۱۲۷ .

<sup>۲</sup> اسنی المطالب ۴/۳۳۶ الفروع ۶/۵۰۹ تالیف شمس الدین محمد بن مفلح - المقدسی ، الحنبلی ، المتوفی سنه ۷۶۳ هـ طبع : بیروت سیه ۱۹۹۶م.

<sup>۳</sup> المبدع شرح المقتع ۱۰/۱۲۶ ، تالیف ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح المتوفی ۸۸۴ هـ الناشر دارالکتب العلمیة - بیروت لبنان .

<sup>۴</sup> الاتقان والاحکام فی شرح تحفة الاحکام ۲/۶۷ .

<sup>۵</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۷ .

شافعی ها - رحمهم الله - میگویند : اجبار در تقسیم زمین همراه با کشت آن، درست نمی باشد؛ زیرا در مورد کشت عدالت قائم نمی شود بعضی حصه زمین کشت بهتر میداشته باشد و بعضی دیگر آن ضعیف، اما تراضی در تقسیم زمین همراه با کشت آن، خالی نمی باشد: اگر کشت پخته شده باشد ربوی نباشد مانند: فاصله، شفتل، رشقه، گندنه، گشنیز یا ربوی باشد اما تا حال دانه نکرده باشد، تقسیم آن جائز می باشد اگر کشت ربوی باشد ودانه نیز کرده باشد، تقسیم آن نا جائز میباشد.<sup>۱</sup>

جمهور حنبلی هاموافق شافعی ها - رحمهم الله - نظر دارند یعنی: اجبار رادر تقسیم زمین همراه با کشت آن جایز نمیدانند اما بعضی حنبلی ها اجبار را در تقسیم زمین همراه با کشت آن جائز دانسته ، کشت زمین را به درختان قیاس نموده است قسمیکه اشجار در زمین مانع وجوب تقسیم شده نمیتواند همچنان کشت زمین نیز مانع وجوب تقسیم شده نمیتواند.<sup>۲</sup>

### حالت چهارم : طلب تقسیم زمین همراه با درختان آن :

اگر در زمین درخت بوده باشد برابر است که میوه داشته باشد و یا خیر، و یکی از شرکاء تقسیم آن را طلب نماید، رای حنفی ها در آن چنین است که علامه کاسانی<sup>۳</sup> در بدائع صنائع آن را ذکر نموده :  
«وكذالك طلع بين رجلين طلب احدهما قسمة الطلع دون النخل والارض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ، ولو اقتسما بالتراضی فان شرطاً القطع جاز، وان شرطاً الترك لم یجز لما ذكرنا في الزرع.»<sup>۴</sup>

ترجمه : اگر زمینی که در آن درخت های میوه دار بوده میان دو نفر شریک باشد و یکی از دو شریک از قاضی مطالبه نماید که تنهامیوه آن را میان شان تقسیم نماید نه زمین و درخت را، این کار جبراً درست نمی باشد؛ زیرا تعادل در تقسیم مراعات نمیگردد و اگر درخت هارا همراه با میوه آن به تراضی تقسیم نمایند اگر قطع نمودن میوه را شرط بگذارد درست است و اگر باقی گذاشتن آنرا تا مدتی شرط نماید این کار نا درست میباشد؛ زیرا در این کار هر شریک بعد از تقسیم از ملک دیگرش استفاده می نماید و این کار تقسیم را فاسد میسازد .

رای مالکی ها - رحمهم الله - را علامه خرشی در شرح مختصر خلیل چنین بیان نموده است :  
«ان الارض التي فيها شجر متفرق فانها تقسم مع شجرها جميعاً اذ لو قسمت الارض على حدة والشجر على حدة صار لكل واحد شجرة في ارض صاحبه.»<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۴ .

<sup>۲</sup> المبدع شرح المقنع ۱۰/۱۲۷ ، الاقناع فی فقه امام احمد ۴/۴۱۴ .

<sup>۳</sup> قبلاً معرفی گردید .

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۵/۴۶۷ .

<sup>۵</sup> شرح مختصر خلیل للخرشی ۱۹/۲۰۲ .

ترجمه : زمینیکه در آن اشجار مختلف موجود باشد ، زمین همراه با اشجار آن یکجا تقسیم کرده میشوند ؛ زیرا اگر زمین را جدا تقسیم نمایند و اشجار را جدا ، بسا اوقات درختان یک شریک در زمین شریک دیگر واقع میگردد و این عمل ، خلاف هدف تقسیم است .

اگر در زمین انواع مختلف درختان باشند مانند انار ، بادام ، سیب و غیره اگر موقعیت هر نوع جدا باشد ، در صورت امکان هر نوع آنها را همراه با زمین آن ، جدا تقسیم کرده شود و اگر امکان نداشته باشد باز انواع دیگر را همراه آن ضم نماید ، اما اگر موقعیت هر نوع مشخص نباشد در آن صورت درختان را به اساس قیمت میان شرکاء تقسیم نماید ، باکی ندارد که در سهم یک شریک درختان خوب و مثمر نسبت به سهم شریک دیگر واقع گردد و جهت تطیب قلوب شرکاء ، میان شان قرعه انداخته شود.<sup>۱</sup>

شافعی ها - رحمهم الله - گفته اند : تقسیم کردن هر یک از زمین و اشجار را جدا جدا جبراً جائز نمی باشد اما رضاً جائز میباشد چنانچه در تحفة المحتاج ذکر است : « لو كان بارض مشتركة بناء او شجر فأراد احدهما قسمة الارض فقط لم يجبر الاخر وكذا عكسه لبقاء العلاقة بينهما اما برضائهما فيجوز ذالك ».<sup>۲</sup>

ترجمه : اگر در زمین مشترک عمارت و یا درخت موجود باشند و یکی از شرکاء تنها تقسیم زمین را طلب نماید نه درخت را ، شریک دیگر رابه تقسیم زمین مجبور کرده نمی شود و هم چنان اگر تنها تقسیم درخت را طلب نماید نه زمین را ؛ زیرا که تقسیم سودی ندارد شرکت باز هم بجای خود باقی میماند و اگر به رضایت هر دو جانب چنین تقسیم صورت گیرد ممانعتی وجود ندارد .

حنبلی ها شبیه مالکی ها نظر دارند اگر درختان انواع مختلف بوده باشند و یکی از شرکاء تقسیم جمع را طلب نماید و شریک دیگر تقسیم تفریق را ، قاضی درختان را به قسمت تفریق میان شان تقسیم نماید چنانچه در مبدع شرح مقتع صراحتهً بیان گردیده است : « وان كان بينهما ارض ... فی بعضها خلأوفی بعضها شجر فطلب احدهما قسمة كل نوع علی حدة وطلب الاخر قسمتها اعياناً بالقيمة ، قسمت كل عين علی حدة اذا امکن لانه اقرب الی التعديل ».<sup>۳</sup>

ترجمه : اگر زمین میان شرکاء مشترک بوده باشد که در بعض حصه آن درختان خرما و در بعض دیگر آن درختان غیر مثمر بوده باشند ، و یکی از شرکاء از قاضی طلب نماید تا هر حصه را علی حده میان شان تقسیم نماید و شریک دیگری طلب نماید که زمین مشترک را به قسمت جمع به اساس قیمت میان شان تقسیم نماید ، قاضی طلب شریک اول را قبول نموده درختان را به قسمت تفریق میان شان

<sup>۱</sup> همان مصدر .

<sup>۲</sup> تحفة المحتاج ۱۰/۱۹۹ . تألیف امام احمد بن حجر الهیثمی ، الشافعی ، بهامش حاشیتا الشروانی و ابن القاسم ، طبع : دارالفکر - بیروت .

<sup>۳</sup> المبدع شرح المقنع ۱۰/۱۰۱ .

تقسیم نماید؛ زیرا در قسمت هر نوع علی حده نسبت به قسمت جمع، عدالت خوینتر رعایت می‌گردد. وهمچنان در صورت امکان، جید از درختان را جدا وردی آن را جدا تقسیم کرده شود، اما در صورت نبود امکان، می‌تواند آن را به قسمت جمع جبراً میان شان تقسیم نماید زیرا، مکاناً باهم متصل هستند و عدالت به اساس قیمت تامین می‌گردد و کدام ضرری نیز به آنها ملحق نمیشود.<sup>۱</sup>

به نظر بنده بهترین طریقه تقسیم زمین همراه با درختان متفرق و یا مختلف الانواع، تقسیم جمع به اساس قیمت همراه با استعمال قرعه میباشد؛ زیرا این طریقه در تحقق عدالت درخشندگی بیشتری دارد، و دیگر اینکه منفعت اکثر زمین ها به سبب تقسیم افراد، به سقوط مواجه میشود اما در تقسیم جمع مصون باقی میماند.

### ج - چگونگی تقسیم زمین مبنیه :

زمین مبنیه: عبارت از حویلی، خانه، اطاق. و یا به عبارت دیگر زمین مبنیه عبارت از بلاک، اپارتمان و اطاق میباشد.

حویلی یا بلاک که به اصطلاح عربی آنرا دار گفته میشود: عبارت از آبادی است که شامل صحن، دیوارها و دروازه بوده باشد و از خانه و یا اپارتمان بزرگتر بوده؛ زیرا که به آنها مشتمل میباشد.<sup>۲</sup>

خانه و یا اپارتمان که در اصطلاح عربی آنرا منزل گفته میشود: عبارت از آبادی است که شامل اطاق ها که حد اقل آن دو و یا سه اطاق، آشپزخانه، دهلیز، تشناب، بوده باشد، که یک نفر همراه با میل اش در آن بود باش کرده بتواند.<sup>۳</sup>

اطاق که در اصطلاح عربی آن را بیت گویند: عبارت از آبادی است که دارای سقف و چهار دیوار و دهلیز بوده باشد.<sup>۴</sup>

بعد از معرفی نمودن بناهای ذکر شده الآن به تقسیم هرنوع از انواع آن ها به شکل ذیل می پردازیم :

### تقسیم حویلی ها یا بلاک ها :

زمانیکه دو حویلی و یا زیاده از دو میان شرکاء مشترک، باشد و در شیوه تقسیم آن میان شرکاء اختلاف پدیدار گردد به این شکلی که بعضی از شرکاء از قاضی قسمت افراد را طلبان باشد و بعضی دیگر قسمت جمع را، فقهاء جهت حل و فصل این اختلاف به سه دیدگاه به قرار ذیل تقسیم شده اند :

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> القاموس المحيط ۳۱/۲.

<sup>۳</sup> الصحاح للجوهری ۸۷۸/۳. تالیف اسماعیل بن حماد الجوهری طبع: دار العلم للملایین - بیروت.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

## دیدگاه اول :

امام ابو حنیفه<sup>۱</sup>، شافعی<sup>۲</sup>، حنبلی<sup>۳</sup> ها - رحمه الله - میگویند : حویلی های متعدد مشترک باید به قسمت افراد میان شرکاء تقسیم گردد یعنی : هرکدام آنها را باید جدا جدا میان شرکاء تقسیم کرد، باکی ندارد که باهم نزدیک باشند و یا دور، از روی قیمت باهم مساوی باشند و یا متفاوت .

## دلایل دیدگاه اول :

۱- مقصود از تقسیم، استقلال در منفعت است، و در منفعت حویلی ها، تفاوت بزرگی وجود دارد چون هرکدام از حویلی ها وزمین ها نسبت به مترائ، موقعیت، داشتن سهولت ها، همسایه ها و اهداف دیگری که مردم از حویلی ها توقع داشته می باشند، از هم تفاوت دارند، پس نمیتوانند آنها را جزیه به قسمت افراد، تقسیم کرد.<sup>۴</sup>

۲- هرکدام از شرکاء در تمام حویلی های یکسان حق دار می باشد، پس میتوانند که سهم و حصه خود را در تمام حویلی ها طلب نمایند.<sup>۵</sup>

## دیدگاه دوم :

مالکی ها - رحمه الله - در مورد تقسیم حویلی های متعدد چنین میگویند: اگر حویلی های متعدد، در منفعت، قیمت و رغبت مردم سوی آنها باهم مساوی و یا متقارب باشند آنها را به قسمت جمع، باید تقسیم کرد یعنی: حصه های هر شریک را در یک حویلی علی حده جمع کند اگر حویلی های متعدد در منفعت، قیمت، رغبت مردم طرف آنها، باهم متفاوت و مختلف باشند آنها را به قسمت افراد باید تقسیم کرد یعنی: هر حویلی را علی حده میان شرکاء تقسیم کند.<sup>۶</sup>

## دلیل دیدگاه دوم :

حویلی های متعدد زمانی که در منفعت، قیمت، رغبت مردم سوی آنها باهم مساوی باشند تقسیم آن ها به قسمت جمع بهتر خواهد بود؛ زیرا در تقسیم افراد در عوائد و منفعت آن کمی می آید و بسا اوقات حویلی قابل استفاده باقی نمی ماند و اگر از برای هر شریک یک حویلی مستقل برسد منفعت کامل

<sup>۱</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۳۵/۹، تبیین الحقائق ۲۷/۵.

<sup>۲</sup> الحاوی الکبیر للموردی ۲۵۹/۱۶، المذهب مع تكملة ۴۱۰/۱۸.

<sup>۳</sup> المبدع شرح المقنع ۱۲۹/۱۰، الکافی لابن قدامه ۳۲۱/۴. تالیف موفق الدین بن قدامه المقدسی، الحنبلی المتوفی سنه ۶۲۰ه طبع: دار احیاء الکتب العربی .

<sup>۴</sup> الفقه اسلامی وادلته ۵۴۱/۵.

<sup>۵</sup> الکافی ۳۲۱/۴.

<sup>۶</sup> المعونه علی مذهب عالم المدینه ۱۲۸۹/۲ تالیف قاضی عبد الوهاب البغدادی المتوفی سنه ۴۲۲ه طبع : مکتبه نزار مصطفی الباز-مکه المکرمه ..



از آن او می شود و اگر حویلی های متعدد در منفعت ، قیمت ، رغبت مردم سوی آن ها، متفاوت بوده باشند مجبوراً آنرا به قسمت افراد میان شرکاء تقسیم خواهیم کرد ؛ زیرا در تقسیم جمع روی تفاوتی که بین آنها است به شرکاء ضرر ملحق میگردد.<sup>۱</sup>

### دیدگاه سوم :

امام ابو یوسف و امام محمد -رحمهما الله- از فقهای احناف در مورد تقسیم حویلی های متعدد چنین نظر دارند : رای واجتهد قاضی در مورد تقسیم حویلی های متعدد مهم و معتبر شمرده می شود اگر قاضی خیر متقاسمین را در قسمت جمع میدید ، حویلی های متعدد را به قسمت جمع میان شان تقسیم نماید و اگر منفعت متقاسمین را در قسمت افراد میدید آنها را به قسمت افراد و تفریق میان شان تقسیم نماید ، پس خلاصه سخن چنین شد که : معامله تقسیم حویلی های متعدد به نظر صاحبین ، مفوض به رای قاضی میباشد .<sup>۲</sup>

### دلیل دیدگاه سوم :

حویلی های متعدد صورتاً و باعتبار اصل سکونت، جنس واحد به شمار میروند اما به اعتبار تفاوت اغراض و منافع ، اجناس مختلف محسوب میگردند پس معامله شان به رای قاضی مفوض میباشد، اگر قاضی انصاف و عدالت را در تقسیم جمع میدید آن ها را به قسمت جمع میان شان تقسیم نماید و اگر انصاف و عدالت را در تقسیم تفریق و افراد میدید آن ها را به تقسیم تفریق و افراد میان شان تقسیم نماید؛ زیرا قاضی از طرف سلطان من حیث ناظر مصالح عوام، مقرر گردیده است .<sup>۳</sup>

### تقسیم خانه هاویا اپارتمان ها:

به نزد امام ابو حنیفه -رحمة الله علیه- خانه ها و اپارتمان ها زمانیکه در احاطه یک حویلی و یا در یک بلاک باهم متصل و چسبیده باشند قاضی آنها را به قسمت جمع میان شرکاء تقسیم نماید و اگر باهم متفرق و جدا باشند برابراست که در محلات متفرق باشند و یا اینکه در یک حویلی لیکن یک خانه در یک کنج حویلی و خانه دیگر در کنج دیگر آن ، واقع باشند ، قاضی آن ها را به قسمت افراد میان شرکاء تقسیم نماید ؛ زیرا خانه ها از روی سکونت و بود باش باهم متفاوت میباشند لیکن تفاوت میان خانه ها نسبت به حویلی ها کم و نسبت به اطاق ها زیاد میباشد پس خانه ها من وجه مشابه به حویلی ها و من وجه مشابه به اطاق ها و دکان ها میباشند؛ زیرا خانه عبارت از آبادی است که از حویلی خوردتر و از اطاق بزرگتر باشد پس باید هر دو شبهه در نظر گرفته شود زمانیکه مابین خانه ها فاصله موجود باشد جهت مشابهت آنها

<sup>۱</sup> المعونه علی مذهب عالم المدینه ۱۲۸۹/۲ - تالیف القاضی ابن محمد عبدالوهاب علی بن نضر المالکی متوفی سنه ۴۲۰ هـ ناشر دارالکتب العلمیه - بیروت لبنان تاریخ طبع ۱۴۱۸ هـ ۱۹۹۸ م .

<sup>۲</sup> الفتاوی الهندیه ۴۰۲/۵ ، مجمع الانهر ۴۹۲/۲ .

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ ، تبیین الحقائق ۲۷۰/۵ .

به حویلی ها قویتر می شود به قسمت افراد تقسیم کرده میشوند و زمانیکه باهم متصل و چسبیده باشند جهت مشابهت آنها به اطاق ها و دوکان ها بیشتر میشود، به قسمت جمع تقسیم کرده می شوند.<sup>۱</sup>

و به نزد امام ابی یوسف و امام محمد - رحمهما الله - تقسیم خانه ها و اپارتمان ها جمعاً و تفریقاً مفوض به رای قاضی میباشد، به اساس اجتهاد، قاضی در هر نحوه از تقسیمی که عدالت و مساوات میان شرکاء خوبتر قائم میگردد آن نحوه تقسیم را میان شان عملی سازد.<sup>۲</sup>

و به نزد شافعیها و حنبلی ها - رحمهم الله - امر مهم در تقسیمات خانه ها و اپارتمان ها ضرر و عدم آن است، اگر یکی از شرکاء تقسیم افراد را از قاضی طلب نماید و در آن ضرری موجود نباشد قاضی آن هارا به قسمت افراد میان شان تقسیم نماید و اگر تقسیم جمع را از قاضی طلب نماید، قاضی آن هارا به قسمت جمع میان شان تقسیم نماید، پس خلاصه سخن: اساس تقسیم نزد شافعی ها و حنبلی ها ضرر و عدم آن، میباشد.<sup>۳</sup>

### تقسیم اطاق ها و دکانین :

اطاق های متعدد باهم متصل در یک حویلی و یا دوکان های متعدد باهم متصل در یک سرای، که میان دو نفر و یا زیاده از دو، مشترک باشند و بعضی شرکاء تقسیم آنها را جمعاً و بعضی دیگر افراداً از قاضی طلب نماید، فقهاء در مورد چگونگی تقسیم آنها حسب سابق به سه دیدگاه ذیل تقسیم شده اند :

#### دیدگاه اول :

به نزد جمهور احناف،<sup>۴</sup> شافعی ها،<sup>۵</sup> حنبلی ها،<sup>۶</sup> - رحمهم الله - اطاق ها و دکانین مشترک میان شرکاء را به قسمت جمع میان شان تقسیم کرده شود یعنی سهام هر شریک در یک محل جمع آوری شود.

#### دلیل دیدگاه اول:

اطاق و یا دوکان نام از برای یک سقف و چهار دیوار است، زمانیکه باهم متصل و قریب باشند در منافع آنها تفاوت چندانی رونما نمی گردد .

<sup>۱</sup> الفتاوی الهندیه ۲۰۵/۵ ، تبیین الحقائق ۲۷۰/۵ .

<sup>۲</sup> همان مصدر ۲۰۵/۵ .

<sup>۳</sup> روضة الطالبین ۲۱۱/۱۱ ، الشرح الكبير لابن قدامة ۴۹۹/۱۱ . تالیف شمس الدین ابی الفرج عبد الرحمان بن ابی عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسی ، المتوفی سنه ۵۶۸۲ طبع : دار الفکر .

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ ، تبیین الحقائق ۲۷۰/۵ .

<sup>۵</sup> نهاية المحتاج ۲۸۸/۸ ، الانوار ۵۰۵/۲ .

<sup>۶</sup> المبدع ۱۰/۱۲۳ ، الشرح الكبير ۴۹۹/۱۱ .

## دیدگاه دوم :

به نزد صاحبین از علماء احناف، کار تقسیم اطاق ها ودکاکین مشترک، محول به رای واجتهد قاضی میباشد هر نوع از تقسیم را که قاضی به مصلحت ومنفعت شرکاء میدانست به همان ه نوع از تقسیم آنها را میان شرکاء تقسیم نماید.<sup>۱</sup>

## دلیل دیدگاه دوم :

صاحبین دلیل گرفته اند که اطاق ها ودوکان ها باهم تفاوت فاحش میداشته باشند؛ زیرا بعض اطاق ها خورد میباشند وبعض دیگر آن بزرگ، بعض آنها کهنه میباشند وبعض دیگر آن نو، بعض آنها به آفتاب برابر و گرم میباشند وبعض دیگر آنها از طرف زمستان سرد بوده زندگی در آن مشکل میباشد وهم چنان بعض دوکانها در موقعیت خوب قرار می داشته باشد وبعض دیگر آنها در کوچه های خورد وفرعی قرار می داشته باشند، روی این نکات کار تقسیم شان را صاحبین به اجتهاد قاضی محول گردانید تا قاضی از نزدیک موقعیت هارادیده، روی عدالت وانصاف تقسیم را میان شرکاء قائم نماید.<sup>۲</sup>

## دیدگاه سوم :

به نزد مالکی ها — رحمهم الله - اطاق ها ، دوکانها زمانیکه باهم متصل بوده وتفاوت فاحش نداشته باشند قاضی می تواند آنها را به قسمت جمع میان شرکاء تقسیم نماید واگر باهم نزدیک ومتصل نباشند ویا نزدیک باشند اما یکی با دیگری تفاوت چشمگیری داشته باشند در آن صورت، هرکدام آنها را جدا جدا میان شرکاء تقسیم باید کرد.<sup>۳</sup>

## دلیل دیدگاه سوم :

دلیل این دیدگاه بعینه همان دلیل است که در بحث تقسیم حویلی ها وخانه هادرفصحه ۱۰۷ گذشت ضرورت به اعاده آن نیست .

## دیدگاه راجح:

به نظر بنده در چگونگی تقسیم زمین مبنیه با شمول هر سه نوع آن یعنی: تقسیم حویلی ها ، خانه ها اپارتمان ها ، اطاق ها ودوکان ها، دیدگاه صاحبین از علماء احناف روی دلایل ذیل راجح معلوم می شود:

<sup>۱</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۳۶/۹ .  
<sup>۲</sup> قسمة الاملاک احمد فراج حسین ص ۱۰۳ .  
<sup>۳</sup> المعونة علی مذهب عالم المدينة ۱۲۸۹/۲ .

۱- در دیدگاه صاحبین خاتمه بخشیدن به نزاعی است که به اثر تقسیم اموال مشترک میان شرکاء، ایجاد می گردد؛ زیرا شرکاء در شیوه تقسیم باهم در نزاع میباشند بعض آنها از قاضی تقاضای تقسیم جمع را میکنند و بعض دیگر آنها تقاضای تقسیم تفریق را ، زمانیکه موضوع تقسیم را به رای قاضی محول نمودیم جنجال و نزاع از میان شرکاء برداشته می شود .

۲ - هریکی از تقسیمات جمع و تفریق جنبهای مثبت و منفی خود را دارد مثلاً: در تقسیم افراد اگر از یک طرف عدالت و مساوات میان شرکاء قائم میگردد از طرف دیگر ضرر شرکت ادامه پیدا میکند؛ زیرا به هر شکلی که زمین مبنیه را تقسیم نمایم باز هم در بعض صورت ها جهت عدم وجود امکانات، در راه آب و مصالح مشترک دیگر، شرکت باقی میماند پس متقاسمین از آن چیزی که میخواست توسط تقسیم فرار نمایند در آن باقی خواهند ماند و در تقسیم جمع اگر از یک طرف شرکاء از ضرر شرکت در امان میشوند اما از طرف دیگر ترس فوت عدالت و منفعت است خصوصاً در صورتیکه جایدادها در محلات مختلفی قرار داشته باشند فلذا بجای آنکه در مورد تقسیم افراد و یا جمعاً حکم کنیم خوبتر خواهد بود قضیه را به قاضی محول بسازیم تا عصر و زمان را در نظر گرفته ، موقعیت ها ، جایدادها را از نزدیک دیده ، به مقتضای آن حکم نماید.

### چگونگی تقسیم طبقات پایین و بالا :

چونکه تقسیمات طبقات پایین و بالا از جمله مسائل مهم به شمار میرود خصوصاً در عصر امروز که چندین نفر باهم مشترک، یک بلند منزل را آباد میکنند یا برای شان به میراث میماند بعداً میخواهند که آنرا میان خود تقسیم نمایند، فقه اسلامی چنین تقسیمات طبقات بالا و پایین را از دو ناحیه؛ زیر بحث قرار داده است :

۱ - از ناحیه رضاء و اجبار . ۲- از ناحیه چگونگی رعایت عدالت .

**نوشتار اول :** تقسیم طبقات بالا و پایین از ناحیه رضاء و قضاء:

**الف :** تقسیم طبقات پایین و بالا از ناحیه رضاء .

در تقسیم طبقات پایین و بالا میان شرکاء به اساس رضاء و رغبت ، هیچ گونه خلاف میان فقهاء وجود ندارد شرکاء میتوانند خانه دو منزله را به یک نوع از انواع تقسیم روی جور آمد، میان خود تقسیم نمایند پایین را یکی ایشان بگیرد و بالا را دیگر شان و یا یکی از طبقات پایین و بالا را بین شان تقسیم نمایند و دیگر آنرا مشترک بگذارند چنانی که برای شان جائز است که طبقه پایین و بالا را یک جا ، به متر، قیمت و یا به رد تقسیم نمایند؛ زیرا همین شرکاء حق دار آنچه هستند که در آن مکان، وجود دارد.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> الحاوی الکبیر للموردی ۲۵۹/۱۶ ، فتح العزیز للرافعی ۵۵۶/۱۲ ، البحر الزخار ۱۰۷/۴ .

اما در تقسیم طبقات پایین و بالا به اساس قسمت جبری (قضایی) میان فقهاء، اختلافی وجود دارد البته اختلاف شان باعتبار احوال مطلوب (مقسوم) می باشد، مطلوب دارائی چهار حالت ذیل می باشد:

#### حالت اول : تقسیم پایین و بالا یکجا باشد :

خانه دو منزله که میان دونفر مشترک باشد یکی از شرکاء تقسیم منزل پایین و بالا هر دو را یکجا از قاضی طلب نماید و شریک دیگر از تقسیم آن امتناع ورزد، به اتفاق فقهاء<sup>۱</sup> قاضی پیشنهاد شریک اول را اجابت نموده و خانه مذکور را در صورت امکان جبراً میان شان تقسیم نماید تا اینکه از برای هر یکی از شرکاء در پایین و بالا سهم و حصه بوده باشد، فقهای مذاهب چهارگانه (حنفی ها، مالکی ها، شافعی ها، حنبلی ها - رحمهم الله-) به صحت حالت مذکوره به قیاس استدلال میکنند یعنی: ساختمان در زمین، مانند: کشت و درختان در زمین میباشد اگر یکی از شرکاء از قاضی بخواهد که زمین را با درختان اش، میان شان تقسیم کند شریک دیگر، به آن مجبور کرده می شود، در مسئله مورد بحث نیز، چنین حکم است.<sup>۲</sup>

#### حالت دوم : طبقه پایین از یک شریک، بالا از شریک دیگر باشد :

زمانیکه خانه دو منزله مشترک باشد و یکی از شرکاء از قاضی طلب نماید که طبقه پایین از یکی باشد و بالا از دیگر، شریک دوم از این کار امتناع ورزد، فقهاء در مورد چنین قسمت، به دو دیدگاه ذیل تقسیم شده اند :

#### دیدگاه اول :

حنبلی ها<sup>۳</sup>، شافعی ها<sup>۴</sup> - رحمهم الله - به عدم اجبار قائل هستند یعنی : اگر یکی از شرکاء تقسیم را طلب کند و شریک دیگر از آن امتناع ورزد، قاضی بالای شریک دیگر در قبولاندن چنین تقسیم، اجبار کرده نمیتواند و از مالکی ها نیز یک قول، چنین منقول است<sup>۵</sup>.

#### دلایل اینها :

۱- منزل بالا و پایین به منزله دو حویلی باهم متصل است؛ زیرا هر کدام بالا و پایین به طور مستقل قابل سکونت میباشند، حالا اگر بجای منزل بالا و پایین دو حویلی باهم متصل میان دونفر مشترک باشد

<sup>۱</sup> تکملة شرح فتح القدیر ۱۷/۸ ، فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ ، کشاف القناع ۳۷۳/۶ ،

<sup>۲</sup> تکملة شرح فتح القدیر ۱۷/۶ ، فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ ، کشاف القناع ۳۷۳/۶ .

<sup>۳</sup> الکافی لابن قدامه ۳۲۱/۴ .

<sup>۴</sup> حلیة العلماء للفقهاء ۱۷۶/۸ تألیف سیف الدین ابی بکر محمد بن احمد الشاشی الشافعی ، الفقهاء طبع : مکتبة الرساله الحدیثه - الأردن .

<sup>۵</sup> التاج والإکلیل بهامش مواهب الجلیل ۳۳۸/۵ تألیف عبد الله بن یوسف العبدری ، الشهیر بالمولق ، المالکی ، المتوفی سنه ۸۹۷ طبع : دار الفکر - بیروت ..

یک نفرایشان حق ندارد که از قاضی مطالبه نماید که یک حویلی را سهم یک شریک، و دیگر آن را در سهم شریک دیگر جبراً داخل نماید، در مسئله مورد بحث نیز چنین حکم است.<sup>۱</sup>

۲- در صورت تقسیم طبقه بالا و پایین به طریق اجبار، هر یک از مالکین طبق بالا و پایین خالص مالک طبقه خود شناخته میشود حالانکه باشند طبق بالا حق قرار را داشته میباشد و باشند طبق پایین حق استفاده از هواء را، اگر ما طبقه بالا را به یک شریک و پایین را به شریک دیگر به اساس تقسیم اعطاء نماییم، در حقیقت مالک طبقه بالا را از حق قرار و پایین را از حق هوا و آفتاب محروم ساخته باشیم، و این کار خلاف انصاف و عدالت میباشد.<sup>۲</sup>

### دیدگاه دوم :

حنفی ها<sup>۳</sup> و بعضی از مالکی ها<sup>۴</sup>-رحمهم الله- قول به اجبار کردند یعنی: خانه دو منزله مشترک که یکی از شرکاء تقسیم آنرا طلب نماید به این طریق که منزل بالا از یک شریک و منزل پایین از شریک دیگر باشد و شریک دوم از تقسیم آن امتناع ورزد، قاضی آن را میان شان جبراً تقسیم کرده می تواند، چنین صورت قسمت را، شافعی ها<sup>۵</sup> نیز اجازه می دهند به شرطیکه تقسیم بالا و پایین یکجا ممکن نباشد.

### دلیل دیدگاه دوم :

فقهای سه گانه خانه دو منزله مشترک را به خانه یک منزله مشترک قیاس نموده اند، در خانه یک منزله مشترک که یکی از شرکاء تقسیم آنرا از قاضی طلب نماید برای قاضی جائز است که در تقسیم آن اجبار نماید پس در خانه دو منزله نیز، چنین حکم است؛ زیرا خانه دو منزله هم در عرف و اصطلاح عوام یک خانه گفته می شود و حکم هر دو باید یکسان باشند.<sup>۶</sup>

### دیدگاه راجح :

دیدگاه دوم که عبارت از جواز اجبار قاضی به تقسیم سرازیرخانه دو منزله مشترک است، روی دلائل ذیل راجح به نظر میرسد :

<sup>۱</sup> فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ .

<sup>۲</sup> المحلی ۵۶۰/۸ .

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۸/۵ .

<sup>۴</sup> حاشیة الدسوقی مع شرح الکبیر ۵۰۳/۳ . تالیف علامه الشیخ محمد عرفه الدسوقی ، المالکی طبع : عیسی الحلبي القاہرہ .

<sup>۵</sup> فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ .

<sup>۶</sup> المغنی والشرح الکبیر ۴۹۷/۱۱ .

۱ - یکجا تقسیم نمودن بالا و پایین از جهت ضیقیت مساحت خانه و یا روی موانع دیگر اکثراً ناممکن میباشد، پس روی چنین مجبوریت ها، قاضی میتواند که جبراً به تقسیم سرازیر آن، حکم نموده و شبه ضرر را توسط قرعه اندازی مرتفع سازد.<sup>۱</sup>

۲ - شک نیست که دیدگاه دوم موافق عصر موجود حکم می نماید؛ زیرا در عصر موجود اعمار ساختمان ها و اپارتمان های چندین طبقه ای رائج و معمول گردیده است، معلوم و هویدا است که تقسیمات آنها سرازیر صورت میگیرد، جز از اینکه طبقات میان شرکاء به نحوی تقسیم شود که یک طبقه به یک شریک و طبقه دیگر به شریک دیگر داده شود دیگر قسم امکان ندارد، عملکرد عامه مردم در حال حاضر نیز چنین است.

از ترجیح دادن تقسیم سرازیر طبقات و اپارتمان ها، و مالک شدن یکی از شرکاء طبقه بالا و دیگر ایشان، طبقه پایین را، چنین سوال به اذهان خطور میکند که آیا مالک طبقه بالا اعمار طبقه سوم و چهارم را حق دارمی باشد و یا خیر؟

در پاسخ به این سوال، علماء احناف باهم مختلف اند.

امام ابو حنیفه -رحمة الله علیه - به این نظر است که مالک طبقه بالا بدون اذن و اجازه مالک طبقه پایین در بالای منزل، بنای جدید اعمار کرده نمیتواند؛ زیرا اعمار بنای جدید بر سر طبقه پایین به مرور زمان باعث ضرر به طبقه مذکور میگردد اگرچه فعلاً کدام ضرر خاص به مالک طبقه پایین متوجه نباشد.<sup>۲</sup>

امام ابویوسف و امام محمد -رحمهما الله - به این نظر اند که مالک طبقه بالا میتواند بدون اجازه مالک طبقه پایین به ارتفاع منزل خود اقدام نماید به شرطیکه به مالک طبقه پایین ضرر نرسد؛ زیرا مالک طبقه بالا در ملکیت خود تصرف مینماید و اجازه خواستن از دیگران جهت تصرف در ملک خویش، مفهومی ندارد.<sup>۳</sup>

### نظر راجح :

به فکر بنده رای امام ابو حنیفه -رحمة الله علیه - روی دلایل ذیل، راجح به نظر میرسد:

۱ - در این شک نیست که ارتفاع منازل، بالای منزل دوم به صاحب منزل اول ضرر متوجه میسازد چه از نگاه وزن بوده باشد چه از نگاه رفت آمد باشندگان و سر صدای آنها بوده باشد، پس

<sup>۱</sup> قسمة الاملاك / احمد فراج حسين صفحه ۵۰۳. تالیف دكتور احمد فراج حسين مجلة كلية حقوق دريوهنتون إسكندرية، تاريخ نشر: ۱۹۷۷م.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۷۰/۵.

<sup>۳</sup> همان مصدر..

اذن و اجازه صاحب منزل پایین ضروری پنداشته میشود .

۲ - در عصر موجود مواد ساختمانی همراه با وسایل مدرن و پیشرفته تعمیراتی به هر مقداری که بخواهند در اختیار مردم قرار میگیرند و در مدت کم میتوانند که چندین منزل اضافه را بالای منزل دوم اعمار نماید مال مشترک میان شرکاء دو منزل بوده، منازل جدید چیز اضافه ای است که صاحب منزل دوم به خود امتیاز میدهد و این عمل عدالت تقسیم را زیرسوال قرار میدهد فلذا امام ابو حنیفه (رحمة الله علیه) اجازه را در مورد آبادی بعد از تقسیم، بالای منزل دوم شرط میداند .

### حالت سوم : طلب تقسیم تنها طبقه بالا و پایین :

اگر یکی از شرکاء تنها تقسیم طبقه بالا و یا تنها تقسیم طبقه پایین را از قاضی طلب نماید و طبقه دیگر به شکل سابق مشترک باقی بوده باشد و شریک دیگر از چنین تقسیم امتناع ورزد قاضی بالای امتناع آورنده به دو دلیل ذیل جبر کرده نمیتواند<sup>۱</sup> :

۱ - اقدام به تقسیم جهت تمیز حقوق، میباشد تاحق یک شریک از شریک دیگر جدا گردد، در تقسیم به صورت مذکوره، شیوع سهام باقی می ماند و آن چه مقصود تقسیم است حاصل نمیشود لذا قاضی بالای مانعین تقسیم جبر کرده نمیتواند.<sup>۲</sup>

۲ - زمانی که یکی از طبقات به شکل مشترک باقی بماند وقتی فرا خواهد رسید که آن را نیز میان شان تقسیم نمود و تقسیم دوم بعد از قرعه اندازی، شاید به شکل واقع گردد که پایین از یکی باشد به استقامت آن، بالا از دیگری و بالعکس و در چنین صورت تقسیم، همه شرکاء متضرر خواهند شدند و قاضی در صورت متضرر شدن همه متقاسمین، جبراً به تقسیم حکم کرده نمیتواند.<sup>۳</sup>

### حالت چهارم: طلب تقسیم طبقه بالا و پایین از هم جدا :

یعنی : قاضی طبقه بالا را جدا میان شرکاء تقسیم نماید و طبقه پایین را جدا و شریک دیگر از چنین تقسیم امتناع ورزد ، قاضی به چنین صورت تقسیم، جبر کرده نمیتواند؛ زیرا ممکن است که سهم یک شریک بالای سهم شریک دیگر واقع گردد یعنی پایین سهم یک شریک باشد بالایش سهم شریک دیگر و این صورت به مرور زمان سبب ضرر جانبین میگردد ، قاضی به تقسیمی حکم کرده نمیتواند که در آن ضرر همه شرکاء بوده باشد .<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ ، شرح الکبیر ۴۹۸/۱۱ ، المبدع شرح المقتع ۱۰/۱۲۵ .

<sup>۲</sup> شرح الکبیر ۴۴۹/۱۱ ، قواعد الاحکام ۲/۲۲۰ .

<sup>۳</sup> الحاوی الکبیر للماوردی ۲۵۹/۱۶ ، الکافی لابن قدامه ۳۲۱/۴ .

<sup>۴</sup> همان دمرجع .



## ب - چگونگی رعایت عدالت در تقسیم طبقه بالا و پایین :

زمانیکه در تقسیم طبقه بالا و پایین احتمالات چهارگانه وجود داشت اگر قاضی بعد از طلب یکی از شرکاء به تقسیم بالا و پایین اقدام نماید، چگونه قاضی خواهد توانست که عدالت را میان شان قائم نماید ، فقهاء در چگونگی اقامه عدالت میان شرکاء به سه دیدگاه ذیل تقسیم شده اند :

### دیدگاه اول :

امام ابو حنیفه -رحمة الله علیه -میگوید: قاضی باید دو متر از طبقه بالا را در عوض یک متر از طبقه پایین محاسبه کند ،<sup>۱</sup>

### دلیل دیدگاه اول :

۱ - منفعت طبقه پایین دوچند منفعت طبقه بالا میباشد؛ زیرا منفعت طبقه پایین بعد از تخریب طبقه بالا ، ادامه میداشته باشد اما منفعت طبقه بالا بعد از انهدام طبقه پایین از بین میرود ، همچنان در طبقه بالا میتوانی سکونت کنی، اما در طبقه پایین میتوانی سکونت کنی ، پارکنگ وسایل نقلیه بسازی، حمام ، گودام بسازی وبه اشکال مختلف می توانی از آن استفاده نمائی پس معلوم شد که دست آورد طبقه پایین دوچند طبقه بالا بوده، تقسیم شان نیز باید به همین منوال بوده باشد .<sup>۲</sup>

### دیدگاه دوم :

امام ابو یوسف -رحمة الله علیه - میگوید: قاضی باید طبقه بالا و پایین را مساویانه بین شرکاء تقسیم نماید یعنی :متر به متر، یک متر از طبقه بالا در عوض یک متر از طبقه پایین .<sup>۳</sup>

### دلیل دیدگاه دوم :

مقصود از اعمار حویلی و خانه سکونت و بود باش در آن است ، طبقات و منازل بالا و پایین در اصل مقصود که عبارت از بود باش است ، باهم مساوی میباشدند ، واگر در نظر بگیریم که در طبقه پایین امکانات منافع دیگری موجود است در طبقه بالا نیز امکانات چنین منافع وجود دارد؛ زیرا بعد از اخذ اجازه از صاحب منزل پایین ، صاحب منزل بالا میتواند بالای سقف، منزل دیگری را اعمار نماید، پس منافع هر دو منزل باهم یکسان بوده باید مساویانه تقسیم گردد .<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> الهدایه ۴/۴۱۶ ، بدائع الصنائع ۵/۴۶۹ .

<sup>۲</sup> الهدایه ۴/۴۱۶ .

<sup>۳</sup> همان مرجع .

<sup>۴</sup> همان مرجع .

## دیدگاه سوم :

امام محمد -رحمة الله عليه - میگوید: قاضی، طبقه پایین و بالا را میان شرکاء باید به اساس قیمت تقسیم کند یعنی: عدالت را میان طبقه بالا و پایین به اساس قیمت گذاری اقامه نماید و این قول مفتی به در مذهب احناف است<sup>۱</sup> دیدگاه مالکی ها،<sup>۲</sup> شافعی ها،<sup>۳</sup> و حنبلی ها<sup>۴</sup> -رحمهم الله - نیز چنین میباشند .

## دلایل دیدگاه سوم :

۱ - طبقه پایین ظرفیت کارهای را دارد که طبقه بالا آن را ندارد مثلاً میتوانید که در طبقه پایین چاه حفر نماییند و یا محل بود و باش حیوانات بوده باشد و یا سرداب<sup>۵</sup> از آن ساخته شود یا سرای برای موتر ها بوده باشد که منزل دوم ظرفیت چنین کارها را ندارد گویا هر دو طبقه جنساً باهم مختلف باشند پس عدالت میان متقاسمین وقتی برقرار میگردد که بالا و پایین را به اساس قیمت تقسیم نمایند<sup>۶</sup> .

۲- زمین از نگاه رطوبت و بیوست و همچنان از روی خواهشات مردم، باهم متفاوت میباشد بعضی مردم منزل اول را دوست می دارد و بعضی مردم منزل دوم را، همچنان منفعت طبقه بالا و پایین باعتبار اوقات نیز باهم متفاوت میباشد در فصل زمستان طبقه پایین بهتر خواهد بود و در تابستان سال، طبقه بالا، پس مساوات آوردن میان سهام متقاسمین جز به قیمت ممکن نمیباشد<sup>۷</sup> .

## دیدگاه راجح :

به نظر بنده دیدگاه سوم یعنی :دیدگاه جمهور فقهاء که عبارت از تقسیم طبقه بالا و پایین به اساس قیمت است، روی دلایل ذیل راجح معلوم میشود:

۱- در دیدگاه سوم که دیدگاه اکثریت قاطع فقهاء است نسبت به دو دیدگاه دیگر تضمینی به اقامه عدل در تمام مقطع های زمانی و بین همه اقشار جامعه وجود دارد .

۲- خلاقی که میان فقهاء احناف وجود دارد مبنی به برهان و دلیل نیست بلکه به اختلاف عصر و شهر مبنی است، ممکن است که هر کدام آنها موافق میل و عادت محیط و منطقه و اهل زمان شان در مورد طبقه بالا و پایین فتوی داده باشند ، قول امام ابو حنیفه -رحمة الله عليه- به بهتری طبقه پایین نسبت به طبقه بالا مبنی به عادت اهل کوفه است که آنها طبقه بالا را نسبت به طبقه پایین ترجیح میدادند و قول قاضی ابویوسف -رحمة الله عليه - به برابری طبقه پایین و بالا، به عادت اهل بغداد بناء است که آنها میان طبقه بالا و پایین فرق نمیکردند و قول امام محمد بن حسن -رحمة الله عليه - به اختلاف عادات هر

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ ، الهدایه ۴۱۷/۴ ، تبیین الحقائق ۲۷۲/۵ .

<sup>۲</sup> حاشیه الدسوقی مع شرح الکبیر ۵۰۳/۳ .

<sup>۳</sup> فتح العزیز ۵۵۶/۱۲ ، الحاوی الکبیر للموردی ۲۵۹/۱۶ .

<sup>۴</sup> المبدع شرح المقنع ۱۰ / ۱۲۵ ، الانصاف ۳۳۹/۱۱ .

<sup>۵</sup> سرداب : خانه زیر زمینی که تابستان در آنجا به سر، ببرند - فرهنگ عمید صفحه ۷۸۰ .

<sup>۶</sup> الهدایه ۱۸/۴ .

<sup>۷</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ .

عصر و نظام جویی هر منطقه مبنی میباشد بناءً دیدگاه جمهور فقهاء چونکه در بر گیرنده همه دیدگاه ها، عصر ها و شهرها میباشد بهتر می درخشند.<sup>۱</sup>

### نوشتار دوم : چگونگی تقسیم اشیای منقول :

منقول از نقل گرفته شده ، نقل در لغت : به معنای از جای به جای بردن .<sup>۲</sup>

اشیاء منقول در اصطلاح فقهاء عبارت از اموری مادی خارجی ای است که قابلیت نقل انتقال را از یک محل به محل دیگر داشته باشد، خواه به خودی بتواند حرکت کند مانند: حیوانات، و یا نیروی خارجی، قادر باشد که محل آنرا بدون خرابی، تغیر دهد مانند: کتاب، اثاث منزل و غیره .<sup>۳</sup>

اموال منقول به دو نوع است، نوع اول، قیمیات، مانند: حیوانات، لباس ها، چوب ها، معادن و غیره که آنها را اموال منقول غیر متشابه نیز میگویند<sup>۴</sup> نوع دوم مثلیات مانند: مکیلات، موزونات معدودات متقاربه و غیره که آنها را اموال منقول متشابه نیز گفته میشود .<sup>۵</sup>

### الف - تقسیم اموال قیمی :

به مذهب حنفی ها - رحمهم الله - اموال ، زمانیکه از یک نوع باشند (حیوانات) مانند : شتران ، گاوها، گوسفندان، اسپها قاضی هر صنف آنها را جدا جدا میان شرکاء تقسیم نماید، و اگر دو صنف را باهم جمع نماید یعنی در سهم یک نفر شریک، یک شتر واقع گردد و در عوض آن در سهم شریک دیگر دو گوسفند ، این صورت تقسیم، قضاءً جائز نمیشد اما رضاءً جائز بوده و همچنان حکم است در صورتیکه اموال منقول جنساً باهم متفاوت بوده باشد مثلاً: یک طرف گوسفند بوده باشد و طرف دیگر آن لباس و غیره یعنی رضاءً جائز میباشد نه قضاءً .<sup>۶</sup>

به مذهب مالکی ها - رحمهم الله - : سامان آلات ، میوه جات و مانند آنها، هر صنف آنها را در صورت امکان، قاضی جدا جدا باید تقسیم نماید اما در صورت عدم امکان قاضی میتواند یک صنف را همراه صنف دیگر جمع نماید، اما حکم در مورد حیوانات چنین است که هر صنف آنها را در صورت امکان ، جدا تقسیم نماید و در صورت عدم امکان ، آنها را به فروش برساند و قیمت آنها را میان شرکاء تقسیم نماید، زیرا در حیوانات ذوات شان مقصود میباشد نه صنف شان هر حیوان نسبت به دیگرش از خصوصیات خاص برخوردار میباشد و در اجناس دیگر، صنف شان معتبر میباشد و در لباس ها هر صنف آن جدا قیمت گذاری شود بعداً به قسمت جمع میان شرکاء تقسیم کرده شود .<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> حاشیه عنایه بالای هدایه ۴/۴۱۶ .

<sup>۲</sup> غیاث اللغات صفحه ۵۳۰ .

<sup>۳</sup> حاشیه باجوری ۳/۱۴۹ .

<sup>۴</sup> القسمة للدكتور ابراهيم عبدالحميد صفحه ۸۱ .

<sup>۵</sup> همان مرجع صفحه ۸۲ .

<sup>۶</sup> میسوط ۳۴/۸ ، الهدایه ۴/۴۱۲ .

<sup>۷</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۷ ، الفواکه الدوانی ۲/۳۲۷ لشیخ احمد بن غنیم بن سالم بن مهنا النفرانی ، المالکی ، المتوفی سنه ۲۰ ۱۱ هـ علی رساله ابن ابی زید القيروانی ، طبع مصطفى الحلبي - القاهرة .

به مذهب شافعی ها - رحمهم الله - اگر اجناس مشترک از قبیل حیوانات، لباس ها، چوب ها و دیگر سامان آلات بوده باشند و یکی از شرکاء تقسیم آنها را اعیاناً (جمعاً) از قاضی طلب نماید اگر افراد اجناس متذکره باهم فرق داشته باشند، قاضی در تقسیم آنها اجبار کرده نمیتواند و اگر باهم مساوی باشند در تقسیم آنها از شافعی ها دوقول ذیل منقول است:

**قول اول:** قاضی باید آنها را جبراً میان شرکاء تقسیم نماید؛ زیرا افراد جنس باهم مساوی و یک سان است البته این، ظاهر مذهب شافعی ها میباشد.

**قول دوم:** عدم اجبار قاضی است؛ زیرا افراد جنس، مانند حویلی ها باهم مختلف میباشند و قاضی در چنین صورت ها اجبار به تقسیم کرده نمیتواند.<sup>۱</sup>

به مذهب حنبلی ها - رحمهم الله - : اگر مال های مشترک از قبیل اجناس مختلف باشند مانند: لباس ها، حیوانات، ظروف، چوب ها سنگهای قیمتی و شرکاء به رضاء و رغبت خود بدون وساطت قاضی اراده تقسیم آنها را داشته باشند، میتوانند که اجناس را میان خود به هر شکلی که بخواهند جمعاً ملاحظه قیمت و یا افراداً تقسیم نمایند؛ زیرا رسول الله - صلی الله علیه وسلم - مال غنیمت را در بدر، حنین، خیبر، با وجودیکه مال غنیمت اجناس مختلف بود، چنین تقسیم نموده بود.<sup>۲</sup>

و اگر یکی از شرکاء از قاضی طلب نماید تا مال مذکور را اعیاناً از روی قیمت میان شان تقسیم نماید و شریک دیگر تقسیم هر نوع را علی حده طلب نماید، قاضی طلب دوم را که عبارت از تقسیم هر نوع علی حده است در صورت امکان مقدم بشمارد.<sup>۳</sup>

و اگر یکی از شرکاء تقسیم مال مذکور از قاضی طلب نماید و شریک دیگر از تقسیم آن اباء و رزد و تقسیم، جز به رد کردن عوض از غیر جنس مقسوم، ممکن نباشد، مال مشترک در چنین حالت جبراً تقسیم کرده نمیشود و اگر تقسیم هر نوع علی حده بدون ضرر و رد عوض، ممکن باشد پس در تقسیم آنها از فقهاء دو دیدگاه ذیل وجود دارد:

#### دیدگاه اول:

اجناس مذکوره از طرف قاضی جبراً تقسیم کرده می شود.<sup>۴</sup>

#### دلیل دیدگاه اول:

اختلاف در افراد یک جنس نسبت به اختلافیکه میان واحد ها و اطاق های یک حویلی وجود میداشته باشد شدیدتر نیست؛ زیرا واحد های یک حویلی و همچنان اطاق های آن بعضی قدیمی کهنه و بعضی دیگر آن جدید و نو میباشند، بعض آنها خورد و تنگ بوده و بعض دیگر آن، وسیع و کلان میباشند، تعداد

<sup>۱</sup> المذهب مع تكملة ۴۱۲/۱۸، فتح العزيز ۵۵۴/۱۲.

<sup>۲</sup> المغنی ۷۰/۹.

<sup>۳</sup> همان مصدر.

<sup>۴</sup> المغنی ۷۱/۹.

اطاق ها ، رخ به آفتاب گرم بوده و تعداد دیگر آنها رخ به سایه سرد میباشد ، زمانیکه اختلاف موجود در واحد ها و اطاق های یک حویلی مانع تقسیم اجباری شده نمیتواند ، اختلافی که در افراد جنس واحد از ظروف و لباس ها است نیز مانع تقسیم اجباری شده نمیتواند.<sup>۱</sup>

### دیدگاه دوم :

تقسیم کردن اجناس مذکوره به طریق اجبار درست نمی باشد.<sup>۲</sup>

### دلیل دیدگاه دوم:

اجناس مذکوره اکثرأعیاناً از روی قیمت تقسیم کرده میشوند و فقهاء در تقسیم آنها اجبار را درست نمیدانند چنانچه در تقسیم حویلی های متعدد اجبار درست نمی داند.<sup>۳</sup>

### دیدگاه راجح

به فکر بنده دیدگاه اول بهتر به نظر میخورد؛ زیرا دلیل دیدگاه دوم که عبارت از قیاس کردن اجناس مذکوره به حویلی های متعدد است ، ضعیف می باشد؛ زیرا قیاس افراد اجناس ذکر شده به حویلی های متعدد قیاس مع الفارق است به اساس اینکه هر یکی از حویلی هابه تنهایی قابلیت تقسیم را دارد، اما اکثر افراد اجناس مذکوره افراد قابلیت تقسیم را ندارد .

### ب - تقسیم اموال مثلی مانند مکیلات ، موزونات ، معدودات متقاربه.

**به نزد فقهای احناف مکیلات، موزونات و معدودات متقاربه مانند:** جو، گندم، عسل، روغن، سیب ، چهار مغز و امثال آن، در صورت طلب یکی از شرکاء قاضی می تواند هر صنف را جدا، جبراً به قسمت جمع میان شان تقسیم نماید و اگر مقسوم از دو جنس و یا زیاده از دو جنس بوده باشد، تقسیم آنها به قسمت جمع جبراً درست نمیشود اما رضاء شرکاء میتوانند که آن را میان خود تقسیم نمایند؛ زیرا اگر مقسوم از دو جنس و یا زیاده از دو جنس بوده باشد و قاضی آن را به قسمت جمع جبراً میان شرکاء تقسیم نماید این کار از یکی از دو صورت ذیل خالی نمی باشد : یا اعیاناً تقسیم کرده میشود و یا به اساس قیمت که در پهلوی حصه یکی از شرکاء پول قرار داده شود، اگر اعیاناً تقسیم شود از جهت تفاوت زیاد میان اجناس به یکی از شرکاء ضرر ملحق میشود که قاضی در صورت ضرر اجبار کرده نمیتواند و اگر در پهلوی سهم یکی از شرکاء پول قرار داده شود وقوع تقسیم در غیر محل آن قرار میگیرد؛ زیرا محل قسمت اجناس مشترک است و در پول شرکت وجود ندارد .<sup>۴</sup>

### مالکی ها - رحمهم الله - در شیوه تقسیم اموال ذکر شده بانظر احناف موافق هستند، لیکن در استعمال

قرعه در وقت تقسیم اجناس فوق، به دو دسته تقسیم شده اند :

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> المغنی ۹ / ۷۲.

<sup>۳</sup> همان مصدر .

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۵ / ۴۶۸.

**دسته اول:**

ابن رشد.<sup>۱</sup> - رحمه الله - میگوید: در وقت تقسیم مکیلات، موزونات و معدودات متقاربه استعمال قرعه جائز نمیباشد، زیرا قرعه بعد از قیمت گذاری صورت میگیرد و اجناس مذکور به پیمانانه وزن و شمارش تقسیم میشود نه توسط قیمت گذاری.<sup>۲</sup>

**دسته دوم:**

علامه باجی<sup>۳</sup> - رحمه الله - میگوید: استعمال قرعه در تقسیم مثلیات مانند گندم، جواری، لوبیا، نخود، شیر، عسل و غیره جائز میباشد چنانچه در قیمیات جائز است.<sup>۴</sup>

**شافعی ها - رحمه الله -** مال مشترک کیلی و یا وزنی را که از یک صنف باشد به قسمت جبری میان شرکاء تقسیم مینماید و کیفیت تقسیم را چنین بیان میکند که قاضی مال مقسوم را به معادل خوردترین سهمی که در مال مشترک است تجزیه بسازد بعداً مال کیلی را به پیمانانه، وزنی را به وزن، معدود را به عدد تقسیم نماید، و اگر از یک صنف نباشند بلکه از اصناف مختلف باشند هر صنف را علی حده تقسیم نماید مگر اینکه شرکاء بین خود به تقسیم جمع راضی شوند.<sup>۵</sup>

**فقهای حنابله** نیز به جواز تقسیم مکیلات، موزونات، معدودات متقاربه قول کردند و گفتند: اگر مقسوم انواع مختلف از مال بوده باشد مانند: گندم، جو، خرماء، و یکی از شرکاء تقسیم هر نوع آن را علی حده از قاضی طلب نماید، قاضی میتواند مال مذکور را جبراً میان شان تقسیم نماید، و اگر تقسیم اموال مذکور را اعیاناً به اساس قیمت طلب نماید در آن صورت قاضی به تقسیم اموال مذکور اجبار کرده نمیتواند؛ زیرا چنین تقسیم در حقیقت تبادل بعض اموال به عوض بعض دیگر است و این حقیقتاً بیع است و بیع به رضای متبایعین صورت میگیرد نه به اجبار.<sup>۶</sup>

**نوشتار سوم: قرعه و نحوه استعمال آن:****الف: مفهوم قرعه لغتاً و اصطلاحاً:**

قرعه در لغت: به ضمه قاف و سکون راء به معنی سهم و حصه.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> ابن رشد، در صفحه ۲۸ معرفی گردید.

<sup>۲</sup> بدایة المجتهد ۵۲/۴.

<sup>۳</sup> هوعلی بن محمد بن عبد الرحمان بن خطاب علاء الدین الباجی، در علم اصول، منطق، و حساب مهارت کامل داشت، در کرک به حیث متصرف بیت المال ایفای وظیفه می نمود و یک مدت در قاهره به صفت نایب الحکم مقرر شده بود، و در سنه ۶۳۰ هـ تولد شده است و در سنه ۷۱۴ هـ وفات نموده است. شجرة النور الزكية فی طبقات المالکيه. ۳۳۴/۴.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

<sup>۵</sup> فتح العزیز ۵۴۷/۲، الحاوی الکبیر للماوردی ۲۵۰/۱۶.

<sup>۶</sup> المغنی ۷۰/۹، المبدع شرح المقتع ۱۲۹/۱۰.

<sup>۷</sup> المخصص لابن سیده - ناشر دار احیاء التراث العربی - بیروت تألیف: ابو الحسن علی بن اسماعیل بن سیرة المرسی - تولد ۴۵۸ هـ تاریخ طبع ۲۰۰۵ میلادی فی ثمانية مجلدات.

قرعه در اصطلاح : از برای قرعه تعریفات متعددی ارایه شده است، تعریف بهتر و جامع آن قرار ذیل است : قرعه یک وسیله شرعی برای اثبات حقوق، قطع منازعات، تعیین حصه صاحب حق در وقت ابهام و مزاحمت، میباشد.<sup>۱</sup>

### ب - مشروعیت قرعه :

قرعه یک امر جائز و مشروع میباشد، به جواز آن دلائلی از قرآن و سنت و اجماع وجود دارد که به شکل ذیل ارایه میگردد :

### قرآن کریم :

۱- قوله تعالی : {وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم }<sup>۲</sup>

ترجمه : وتو با اینها حاضرنبودی و قتیکه ایشان قلم های خود را می انداختند، کدام یکی از ایشان پرورش خواهد کرد مريم را.<sup>۳</sup>

**وجه استدلال** - هریکی از مجاورین بیت المقدس اراده داشتند که کفالت حضرت مريم را به دوش خود داشته باشند بعد از یک سلسله جر بحث آماده شدند که میان خود قرعه اندازی نمایند بعد از اجرای عملیه، قرعه به نام حضرت ذکریا - علیه السلام - برآمد و به صفت سرپرست حضرت مريم - علیه السلام - تعیین گردید، اگرچه این عمل قرعه در شریعت قبل از اسلام بوده لیکن شرایع قبل از اسلام به ما هم دلیل شده میتواند مادامیکه در شریعت اسلامی نسخ و یا رد به آن موجود نباشد پس قرعه در شریعت محمد - صلی الله علیه وسلم - نیز جائز می باشد.<sup>۴</sup>

۲ - قوله تعالی : {وان یونس لمن المرسلین إذ ابق الی الفلک المشحون فساھم فکان من المدحضین}

ترجمه : و یقیناً یونس علیه السلام حتماً از جمله رسولان بود ، و قتیکه بی اجازه سوی کشتی پرکرده شده رفت، قرعه کشی کرد پس از جمله مغلوبان شد.<sup>۵</sup>

**وجه استدلال** : یونس علیه السلام زمانیکه وارد سفینه گردید بعد از مدت سفر، کشتی قریب به غرق شدن شد کشتی رانان از وزن زیاد در کشتی شکایت کردند و فیصله چنان شد که یکی از سواران کشتی باید به بحر انداخته شود یونس - علیه السلام - برای تعیین فرد، قرعه اندازی را پیشنهاد کرد همه سواران کشتی پیشنهاد حضرت یونس علیه السلام را پذیرفتند و قرعه اندازی کردند در نتیجه، قرعه در

<sup>۱</sup> القرعه وبعض استعمالاتها ، صفحه ۲۹۶ ، تالیف دكتور خالد بن احمد الصمعی بابطين استاد فقه المشاركات بكلية الشرعیه والدراسات الاسلامیه جامعه ام القرى - مكة المكرمة .

<sup>۲</sup> سورة آل عمران آیت ۴۴ .

<sup>۳</sup> تفسیر احسن الکلام ۹۳/۲ .

<sup>۴</sup> تفسیر قرطبی ۱۳۲۷/۲ ، فتح الباری شرح الصحیح البخاری ۳۴۷/۵ ، تکملة فتح العزیز ۱۶/۸ ،

<sup>۵</sup> تفسیر احسن الکلام ۱۴۳/۵ - ۱۴۴ .

حق یونس علیه السلام برآمد اگرچه یونس علیه السلام قبل از قرعه هم میدانست که هدف، خودش است ولی اگر قبل از قرعه خود رابه بحر می انداخت شاید مردم در حق انبیاء علیه السلام سخنان نا مناسبی را ارایه میکردند پس یونس - علیه السلام - عملیه قرعه اندازی را پیشنهاد کرد تا اتهام مرتفع گردد.

اگرچه این مسئله در شریعت قبل از اسلام صورت گرفته لکن زمانیکه در شریعت اسلامی به نسخ آن دلیل، موجود نباشد، عمل کردن به آن جواز دارد بلکه به تایید آن در شریعت اسلامی دلایل نیز وجود دارد که در ضمن استدلال به سنت روشن میگردد.<sup>۱</sup>

### سنت مطهره :

۱- ما روی عن ابی هریره -رضی الله عنه - ان رسول الله -صلی الله علیه وسلم -قال ( لو يعلم الناس مافی النداء والصف الاول، ثم لم يجدوا إلا ان يستهموا لأستهموا).<sup>۲</sup>

ترجمه : از حضرت ابو هریره -رضی الله عنه - روایت است که رسول الله -صلی الله علیه وسلم - فرمود: اگر مردم بدانند که اذان دادن و نماز خواندن در صف اول چی فضیلتی دارد و چاره رسیدن به این عمل جز از قرعه کشی نیافند ، بر سر آن قرعه کشی خواهد نمودند .

۲ - عن عائشة -رضی الله عنها -قالت : (كان رسول الله -صلی الله علیه وسلم -اذا اراد سفراً أقرع بین نسائه ، فأیتهن خرج سهمها ، خرج بها معه).<sup>۳</sup>

ترجمه : از حضرت عائشة -رضی الله عنها - روایت است هنگامیکه رسول خدا عزم سفر میکرد میان همسران خود قرعه اندازی میکرد ، هرکدام از ازواج مطهراتی که قرعه اش می برآمد پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم - او را همراه خود به سفر می برد .

۳- ماروی عن ابی هریره -رضی الله عنه - (انه قال عرض النبی -صلی الله علیه وسلم - «علی قوم الیمین فأسرعوا، فأمر ان یسهم بینهم ایهم یحلف»).<sup>۴</sup>

ترجمه : از حضرت ابی هریره -رضی الله عنه - روایت است که رسول الله -صلی الله علیه وسلم - یک قوم رابه سوگند نامر نمود، همه آنها آماده سوگند شدند پس رسول الله -صلی الله علیه وسلم - فرمود: میان شان قرعه اندازید که کدام های شان سوگند اداء نمایند.

<sup>۱</sup> فتح الباری ۳۴۸/۵ ، تفسیر قرطبی ۵۵۷۰/۸ ، شرح العنایه بهامش فتح القدر ۳۴۸/۵ .  
<sup>۲</sup> الحدیث اخرجه البخاری ، صحیح البخاری مع شرحه فتح الباری ۳۴۶/۵ باب القرعه فی المشكلات .  
<sup>۳</sup> همان مصدر .  
<sup>۴</sup> همان مصدر .



## وجه استدلال:

در حدیث اول، رسول الله -صلی الله علیه وسلم- حال مردم را بیان میکند که اگر از ثواب اذان وصف اول بدانند هرآینه ازدحام خواهیم کرد و جز از قرعه کشی دیگر راه حل نخواهند یافتند و این بیان رسول الله -صلی الله علیه وسلم- دلالت به مشروعیت و جواز قرعه میکند .

در حدیث دوم رسول الله -صلی الله علیه وسلم- وقتیکه میخواست یکی از زوجات مطهرات را هم سفر خود بسازد جهت تطیب قلوب آنها میان شان قرعه کشی میکرد و این عمل رسول گرامی -صلی الله علیه وسلم- به جواز امر قرعه، دلالت میکند .

در حدیث سوم : زمانیکه همه متحالفین به حلف اقدام کردند رسول خدا -صلی الله علیه وسلم- جهت حل مشکل مزاحمت، به اجرای عملیه قرعه امر نمود و این فرمان رسول خدا -صلی الله علیه وسلم- نیز به جواز قرعه دلالت میکند .

## اجماع :

از زمانه رسول الله -صلی الله علیه وسلم- تا این زمان مردم به قرعه کشی تعامل دارند و هیچ کس از آن انکار نوریزند و یک عمل مجمع علیها می باشد.<sup>۱</sup>

## ج - مقدمات قرعه :

الف : تعدیل و تقسیم مال مشترک به سهام مساوی به وسیله پیمانہ، شمارش، متر ، قیمت و تجزیه آن ها به کوچکترین حصه از حیث قیمت .

ب : اگر در تقسیم کسر باشد باید مسئله را مطابق قواعد میراث تصحیح نماید مثلاً: اگر سه نفر شریک باشند از شریک اول سدس و از شریک دوم ثلث و از شریک سوم نصف باشد تصحیح مسئله از شش میشود از برای شریک اول یک سهم، از برای شریک دوم دو سهم، از برای شریک سوم سه سهم، سائر صورت ها، به همین قیاس شود.<sup>۲</sup>

ج - باید که قاضی و یا قاسم اندازه سهام شرکاء را دقیقاً بداند که شرکاء باهم مساویانه شریک اند و یا سهام شان تفاوت دارند، حصه هر شریک را مشخص سازد .<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> العنایه مع تكملة فتح القدیر ۱۵/۸ .

<sup>۲</sup> القسمة للدكتور ابراهيم عبدالحميد صفحه ۷۸ .

<sup>۳</sup> الحاوی الکبیر للموردی ۲۵۳/۱۶ .

## د - نحوه قرعه کشی :

نحوه قرعه کشی به چگونگی سهام شرکاء تعلق داشته میباشد که آیا سهام شرکاء باهم مساوی اند و یا متفاوت اگر سهام هریکی از شرکاء باهم مساوی باشند مانند: سه نفر، هر سه شان مساویانه در یک قطعه زمین شریک باشند و تمام اضلاع زمین از روی قیمت باهم مساوی باشند پس از مساحی و مترایز و سه قطعه نمودن این زمین باید به این شکل، استقراع به عمل آید که در سه ورق اسامی هر یکی از شرکاء و در سه ورق دیگر شماره حصه ها به ترتیب ۱، ۲، ۳ که در روی نقشه ترسیمی در مرحله تعدیل برای قطعات در نظر گرفته شده، نوشته میشود کاغذ ها را در یک گلدان و اسامی شرکاء را در گلدان دیگر انداخته شوند و با هم مخلوط گردد سپس از یک شخص بی اطلاع از وضعیت شماره ها و اسامی، خواسته شود که یک ورق را از یک گلدان و یک ورق را از گلدان دیگر برداشته و بگوید که این شماره از مسمی این اسم خواهد بود و این عمل تا سومین ورق، انجام شود.<sup>۱</sup>

و اگر سهام شرکاء مختلف باشند مثلاً: نفر اول یک سوم کل مال را و دومی یک دوم آن را و سومی یک ششم آن را صاحب باشند، نخست تعدیل سهام صورت میگیرد یعنی: مال مشترک به اندازه کوچکتاری سهم که یک ششم باشد تجزیه می شود، که در نتیجه، مال به شش قسمت تقسیم می شود سپس برای هر قسمت یک شماره اختصاص داده شود، آن وقت روی شش ورق شماره ها را به ترتیب بنویسد و در روی سه ورق دیگر نام سه نفر شریک را می بنویسند و از شخص بی اطلاع از شماره ها و ورق ها، بخواهد که از گلدانی که در آن اسامی شرکاء است یک ورق را بلند کند، اگر نام شریکی برآمد که یک دوم سهم را حق دار است از گلدان دیگر سه شماره را بیرون کند که هر سه آن به اسم او تعلق میگیرد، در مرتبه دوم اگر نام شریکی برآمد که یک سوم حصه را حق دار است دو شماره را از گلدان دیگر بیرون کند که به صاحب اسم دوم تعلق میگیرد در مرتبه سوم - نام فرد سوم را بیرون کند که یک ششم حصه را حق دارد است شماره اخیر به او تعلق میگیرد البته این شکل از قرعه کشی در صورتی است که جدایی سهام به شرکاء ضرری نرساند و اگر تجزیه سهام به ضرر شرکاء می انجامد در آن صورت راه حل چنین میباشد مثلاً: اگر ابتدا نام صاحب سه سهم از شش سهم خارج شد با خروج اولین سهم او، سهم دوم و سوم مجاور آن، تعلق به او دارد تا حصه او کامل شود همچنین است تعامل در حق شریک دوم و سوم البته لازم است که این امر قبلاً به شرکاء تفهیم شده باشد تا این کار مفصی به جنجال بین شرکاء نشود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> شرح الخرشی ۴/۴۱۱، المعونة ۲/۱۲۸۸.

<sup>۲</sup> حاشیه باجوری علی ابن قاسم، روضة الطالبین ۱۱/۲۰۵.

در کتب فقه روش های متعددی قرعه کشی ارائه شده البته روش فوق به نظر بنده جامع و بهتر به نظر رسید، به این سبب از ذکر روش های دیگر خود داری نمودم .

### فرع دوم: چگونگی تقسیم در قانون مدنی :

ماده ۱۹۶۶ فقره دوم قانون مدنی افغانستان در مورد قطع منازعه و تعیین حصص شرکاء و عملیه قرعه کشی بخاطر دور ساختن تهمت و پاکی دل های شرکاء چنین میفرماید : «در صورتیکه حصص به طریق رضائی تعیین نگردد، تقسیم بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محضر محکمه درج گردیده و به اعطای حصه مقرر هر شریک حکم صادر می گردد »<sup>۱</sup>.

### توضیح :

قرعه از ریشه (قرع) گرفته شده است که در لغت به معنی نصیب، سهم و فال زدن است. هم چنین، قرعه در لغت به معنی پیشک انداختن نیز آمده است<sup>۲</sup> و در اصطلاح قرعه عبارت است از تکه کاغذ یا هر چیز دیگری که دارای شماره یا نشانه باشد که به وسیله انتخاب تصادفی آن، سهم و نصیب کسی معین شود از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که : بعد از مرحله حل و فصل سائر دعاوی توسط محکمه ابتدائیه مرحله سوم که همان مرحله اعطای حصص شرکاء است، فرا میرسد بنابراین، محکمه ذیصلاح بعد از تعیین حصص توسط اهل خبره و پرداخت کمبود حصص توسط شرکائی که حصص آنها بیشتر بوده به شرکای که حصص آنها کمتر بوده چنین اقدام نماید که حصص را به اساس قرعه میان شرکاء تقسیم و سهام هر کدام را به آنها اعطاء نماید.<sup>۳</sup>

مثلاً : متروکه موازی ده جریب زمین قابل قسمت بوده و پنج نفر پسران که به هر کدام شان موازی دو جریب زمین میرسد، به تعیین و حدود حصه ها به طریق رضائی قناعت نداشته باشند در این صورت موازی ده جریب زمین محدود شده مذکور به اساس قرعه بنام پنج نفر پسران تعیین و تقسیم صورت گرفته و نتیجه آن در محضر محکمه درج گردیده و به دادن حصه مفروضه هر شریک به اساس قرعه حکم صادر می گردد و یک نقل فیصله مذکور غرض اسناد دارای اعتبار شرعی و رسمی برای ایشان اعطاء می گردد که به اساس آن هر شریک به حصه مفروضه خود، انتفاع و استفاده نمایند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۳ .

<sup>۲</sup> فرهنگ عمید صفحه ۹۷۳ .

<sup>۳</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۵ .

<sup>۴</sup> تشریح قانون مدنی از راجی سمنگانی ۴۳/۴ .

## فرع سوم: مقارنه میان فقه و قانون :

### الف - مورداتفاقی:

در گردانیدن قرعه وسیله برای تطیب قلوب شرکاء قانون مدنی با فقه اسلامی موافق می باشد قسمیکه قانون مدنی در ماده ۱۹۶۶ فقره دوم به آن اشاره نموده است لیکن تفصیلی که فقه اسلامی در مفهوم ، مشروعیت ونحوه قرعه ذکر کرده ،قانون مدنی از چنین تفصیل خاموشی اختیار کرده تنهادر فقره دوم ماده مذکور، به آن اشاره کرده که از آن، صحت قرعه دانسته می شود .

### ب- مواردمسکوت عنه:

۱- در فقه اسلامی چگونگی تقسیم اشیای غیرمنقول با تمام انواع واقسام آن، بشکل گسترده زیربحث قرار گرفته متأسفانه که در قانون مدنی به آن هیچ اشاره صورت نگرفته و از بحث اشیای غیرمنقول مطلقاً ساکت میباشد.

۲ - همچنان در فقه اسلامی از تقسیم اشیای منقول چی مثلی باشد چه قیمی، بحث وتحقیق همه جانبه صورت گرفته که در عین حال قانون مدنی هیچ نوع توجه به تقسیم منقولات نکرده ومطلقاً خاموشی را اختیار نموده که نباید چنین خاموشی اختیار میکرد.

### مطلب دوم - نقض تقسیم به اثر اشتباه وغبن، در فقه اسلامی وقانون مدنی :

از جمله قواعد مربوط به تقسیم مال مشترک، رعایت مساوات در آن است ، توزیع عادلانه ایجاب میکند که به زریعه تقسیم ، سهام هرکس به اندازه حصه که درمال مشترک داردمواصلت ورزد نه کمتر از آن ونه بیشتر، هرآنچه که این توازن رابرهم زند اصل تقسیم را متأثر میسازد که مأللاً حق فسخ یا بطلان را به من له الحق میدهد مثلاً: اگر غبن فاحش در تقسیم پدیدار گردد به این شکلی که کیل ، وزن وشمارش در تقسیم به اشتباه وغلطی انجام شده باشندویااز ناحیه دیگری اشتباه درآن صورت گیرد، به خاطراینکه نسبت به شریک مغبون ، رعایت مساوات در دریافت حصه مربوطه نشده است او حق نقض تقسیم رادارد وناگفته نماند که سبب نقض تقسیم بعض اوقات اشتباه وغلطی در تقسیم مال مشترک شده میتواند وبعض اوقات ظلم تعدی قصدی وعمدی، فقهاء سبب نقض را احیاناً به غبن تعبیر میکنند واحیاناً به غلطی و اشتباه، پس مطلب فوق را روی سه فرع به قرارذیل زیر بحث قرار خواهیم داد.

### فرع اول : نقض تقسیم به اثر اشتباه وغبن، در فقه اسلامی :

#### الف - مفهوم اشتباه :

- ۱ - اشتباه در لغت : کاری به غلطی انجام دادن .<sup>۱</sup>
- ۲- اشتباه در اصطلاح : هرگونه تصور خلاف واقعه از چیزی .<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> فرهنگ عمید ،صفحه ۱۸۶ .

<sup>۲</sup> تقسیم اموال مشترک، صفحه ۱۵۳ تالیف علی سرخی - کتابخانه ملی ایران سال طبع ۱۳۹۳ .

**ب - مفهوم غبن :**

- ۱ - غبن در لغت : فریفتن و زیان رسانیدن و نقصان آوردن در خرید و فروخت .<sup>۱</sup>
- ۲ - غبن در اصطلاح : عبارت است از برهم خوردن تعادل ارزش مالی حصه ها، به هنگام تقسیم، به اندازه که عرفاً قابل تسامح نباشد .<sup>۲</sup>

**ج : قلم رو ادعای غبن در تقسیم اموال مشترک .**

فقهاء در نقض تقسیم به سبب غبن و اشتباه باهم متفق نیستند بلکه بعض آنها نقض تقسیم را به سبب غبن و اشتباه جاز می دانند و بعض دیگر آنها به عدم جواز آن قول کردند، نخست می خواهم آراء فقهاء را در مورد نقض تقسیم اجباری به سبب غبن و اشتباه، به تشریح بگیرم و سپس آراء فقهاء را در مورد نقض تقسیم به سبب غبن و اشتباه در تقسیم انفاقی:

**۱- آراء فقهاء در مورد نقض تقسیم اجباری به سبب غبن و اشتباه :**

فقهاء در نقض تقسیم اجباری به سبب غبن و اشتباه به دو دیدگاه ذیل تقسیم شده اند :

**دیدگاه اول :**

جمهور علماء احناف ، مالکی ها ، شافعی ها، حنبلی ها- رحمهم الله- به این باور اند که دعوای اشتباه و غبن ، در تقسیم اجباری از طرف قاضی زمانی شنیده میشود که مدعی اقرار به استیفای حق خود نکرده باشد، و در صورت ثبوت غبن و اشتباه، تقسیم نقض میگردد .<sup>۳</sup>

**دلیل دیدگاه اول :**

اگر مدعی به اساس وجود اشتباه و غبن در تقسیم ، نقض تقسیم را دعوی نماید با وجودیکه قبلاً اقرار و اعتراف به استیفای حق خود نموده باشد تناقض و تضاد در کلامش بر ملا میگردد؛ زیرا اقرار به استیفای حق اقرار به وصول حق است و دعوای اشتباه و غبن انکار از وصول حق است این نیست مگر تناقض است و در حین ظهور تناقض در کلام مدعی ، دعوایش مسترد میگردد.

**دیدگاه دوم :**

بعضی فقهای احناف میگویند : که دعوای غبن و اشتباه در تقسیم قضایی از طرف قاضی شنیده می شود ولو که بعد از اقرار به استیفای حق باشد لیکن تصدیق شان وقتی کرده میشود که دلیل داشته باشند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> منتخب اللغات، صفحه ۳۶۰ .

<sup>۲</sup> تقسیم اموال مشترک، صفحه ۱۶۲ .

<sup>۳</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۴۴/۹، بدایة المجتهد ۲۷۰/۴ ، مغنی المحتاج ۴۲۵/۴، المغنی لابن قدامة ۵۰۶/۱۱ .

<sup>۴</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۴۵/۹ ..

## دلیل دیدگاه دوم:

عدالت و مساوات در تقسیم اموال مشترک، شرط است، قاضی به تأمین عدالت میان متقاسمین مکلف می‌باشد و اگر یکی از شرکاء به میل خود از حق خود گذشت میکند سخن علی حده است ورنه در صورت فوت عدالت و مساوات، متقاسمین حق دار، نقض تقسیم، شمرده میشوند.<sup>۱</sup>

## دیدگاه راجح:

دیدگاه دوم که عبارت است از شنیدن دعوی غبن و اشتباه ولو که مدعی به وصول حق خود اقرار و اعتراف کرده باشد به فکر بنده راجح به نظر می‌خورد به دلیل اینکه: امر مهم و مقصودی در تقسیم موجودیت عدالت است؛ زیرا تقسیم به عدالت و مساوات استوار می‌باشد، زمانیکه عدالت در تقسیم فوت میشود تقسیم در معرض سقوط قرار می‌گیرد، اگر شریک مغبون از حق خود گذشت میکند سخن علی حده است اما به اساس تقاضای شریعت اسلامی، در صورت فوت عدالت، مدعی حق دعوی نقض تقسیم را، دارا می‌باشد.

## ۲ - آرای فقهاء در نقض تقسیم رضایی به اساس غبن و اشتباه:

فقهاء در مورد نقض تقسیم رضائی (اتفاقی) به اثر غبن و اشتباه به دو دیدگاه به قرار ذیل تقسیم شده اند:

### دیدگاه اول:

جمهور علمای احناف،<sup>۲</sup> آن‌ده علمای شافعی که تقسیم را افرامیدانند،<sup>۳</sup> مالکی ها-رحمهم الله - زمانیکه تقسیم بعد از تعدیل و تقویم صورت گیرد،<sup>۴</sup> حنبلی ها-رحمهم الله- به شرطیکه قاسم، منصوب خود شرکاء باشد<sup>۵</sup> به این نظر اند که دعوی غبن و اشتباه قسمیکه در تقسیم جبری شنیده می‌شد همچنان در تقسیم رضائی نیز شنیده می‌شود و تقسیم در حین ثبوت غبن و اشتباه، در معرض نقض قرار می‌گیرد.

### دلیل دیدگاه اول:

۱- در تقسیم اشیای متفاوت معادله شرط می‌باشد، بدون رعایت معادله تقسیم جواز ندارد، زمانیکه در تقسیم سهام شرکاء تفاوت فاحش پدیدار گردد معلوم می‌شود که در وقت تقسیم شرط مهم آن که عدالت است رعایت نگردیده و قتیکه تقسیم، فاقد شرط مهم خود باشد، نقض آن واجب می‌گردد.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> البحر الرائق ۱۷۷/۸.

<sup>۲</sup> البحر الرائق ۱۷۷/۸.

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۴۲۵/۴،

<sup>۴</sup> معین الحکام ۵۹۹/۲.

<sup>۵</sup> المغنی لاین قدامه ۷۸/۹، الاقناع ۴۱۸/۴.

<sup>۶</sup> شرح العنایه بهامش تکملة فتح القدير ۲۲/۸.

۲ - در مسئله مذکور اگر مدعی علیه اقرار به غبن و اشتباه بکند که در حق مدعی غبن صورت گرفته هر آینه تقسیم نقض میشود، در صورتیکه حق مدعی توسط اقرار مدعی علیه به غبن ثابت شده بتواند چگونه دعوایش در احیای حق خودش مؤثر شده نمیتواند!<sup>۱</sup>

۳ - مالکی ها - رحمهم الله - به نقض تقسیم تراضی، تقویم و تعدیل را شرط دانسته اند بخاطریکه تقویم و تعدیل مال مشترک در وقت تقسیم شبیه قرعه کشی در تقسیم میباشد زمانیکه در قرعه کشی غبن و اشتباه صورت گیرد تقسیم قابل فسخ میباشد پس در تقویم و تعدیل مال مشترک که غبن و اشتباه صورت گیرد نیز چنین حکم دارد.<sup>۲</sup>

۴ - شافعی ها - رحمهم الله - که نقض تقسیم را در صورت غبن و اشتباه مقید به افراز کرده یعنی : دعوی غبن در تقسیم وقتی امکان پذیر است که تقسیم را افراز بدانیم نه بیع، از جهتی که افراز کامل وقتی به دست می آید که انصاف و مساوات در سهام مراعات شده باشد اگر مساوات در سهام مراعات نشده باشد گویا اصلاً افراز نیامده، سهام مشترک و مشاع باقیمانده، باید تقسیم نقض شود و از سر نو تقسیم صورت گیرد.<sup>۳</sup>

### دیدگاه دوم :

بعضی علمای احناف ،<sup>۴</sup> بعضی علمای مالکی بشرطیکه تقسیم رضائی، بدون تقویم و تعدیل صورت گرفته باشد ،<sup>۵</sup> بعضی علمای شافعی ،<sup>۶</sup> جمهور حنبلی ها - رحمهم الله - به شرطیکه قاسم منصوب شرکاء و یا یکی از شرکاء باشد و بعد از قرعه کشی رضایت نشان داده باشند .<sup>۷</sup> به این نظر هستند که تقسیم رضائی به سبب دعوی غبن و اشتباه، نقض شده نمیتواند .

### دلایل دیدگاه دوم :

۱- تقسیم رضایی به اعتبار معنی بیع میباشد ، دعوی غبن در بیع از طرف مالک موجب نقض بیع شده نمیتواند پس غبن در تقسیم نیز موجب نقض تقسیم شده نمیتواند ، علت جامعه بین بیع و تقسیم رضایت است؛ زیرا هر دو عمل به اساس رضایت صورت می گیرد .<sup>۸</sup>

<sup>۱</sup> المغنی لابن قدامه ۷۸/۹ .

<sup>۲</sup> الخرشی ۴۱۲/۴ .

<sup>۳</sup> فتح العزیز ۱۷۸/۱۲ .

<sup>۴</sup> الهدایه ۲۲/۴ .

<sup>۵</sup> معین الحکام ۵۹۹/۲ تألیف قاضی جماعه بتونس ابی اسحاق ابراهیم بن حسن بن عبد الرقیع، المالکی، المتوفی سنه ۷۳۳ه طبع دارالغرب الاسلامی .

<sup>۶</sup> اسنی المطالب ۳۳۴/۴ .

<sup>۷</sup> المبدع شرح المقنع ۱۳۹/۱۰ ، الکافی لابن قدامه ۳۲۴/۴ .

<sup>۸</sup> شرح العنایه بهامش تکملة، فتح القدير ۲۲/۸ .

۲- مدعی مغبون در تقسیم رضایی به منزله مشتری است که جنس را به قیمت بالا به رضایت خود خریداری می نماید پس مشتری مذکور نمیتواند که چنین عقد را نقض نماید همچنان مدعی مغبون نیز نمیتواند که چنین کار را انجام دهد؛ زیرا هر دوی شان به رضاء و رغبت، کارهای ذکر شده را انجام داده اند.<sup>۱</sup>

۳- زمانیکه تقسیم رضائی بدون تقویم و تعدیل صورت گرفته باشد مالکی ها در وقت غبن و یا اشتباه به نقض آن حکم نمیکنند؛ زیرا مالکی ها اساس نقض تقسیم را به سبب غبن یا اشتباه، مشابهت با قرعه میدانند و مشابهت تقسیم، باقرعه جهت نبود تقویم و تعدیل در آن، از بین می رود و به بیع مشابه میگردد و بیع در صورت غبن، نقض نمیشود.<sup>۲</sup>

### دیدگاه راجح :

به نظر بنده دیدگاه آن عده فقهایکه میگویند :دعوی غبن یا اشتباه از طرف قاضی شنیده میشود برابر است که تقسیم قضائی باشد یا اتفاقی، روی دلائل ذیل راجح معلوم میشود :

۱- رضای ابتدایی مدعی غبن یا اشتباه به تقسیم، به این گمان بود که حق وی برایش به طور کامل داده شده و بعد از سنجش و نظر دقیق در سهم محوله اش، برملا گردد که در تقسیم غبن و یا اشتباه صورت گرفته و حق اش به شکل کامل برایش نرسیده، در این حال میتواند دعوی کند و مدعی حق خود شود و این کار هیچ منافات با رضایت ابتدایی ندارد .

۲- اکثرأً متقاسمین و مدعیین غبن، مردم عادی و عوام میباشند که به امور تقسیم بصیرت درست نمیداشته باشند، به علم و عدالت قاسم اکتفاء میکنند و اگر بعد از مدتی سرخودشان خلاص شود که در مورد شان حق تلفی صورت گرفته می تواند اقامه دعوی کند و حق شان را طلب نمایند تا زمینه خوردن اموال به طریقه باطل که از طرف شرع منهی عنه قرار گرفته، فراهم نگردد .

### د - شرایط تحقق غبن :

غبنی که ذاتاً در تقسیم عیب محسوب میشود و تقسیم را متأثر و قابل نقض میگرداند عبارت از غبنی است که حاوی شرایط ذیل بوده باشد :

#### ۱ - غبن ، فاحش باشد :

غبن فاحش عبارت از نقصانی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد یعنی : مردم این مقدار غبن را نادیده نمیگیرند ، و در مقابل غبن فاحش غبن یسیر است که در عرف تحمل آن معمول باشد، مانند اینکه:

<sup>۱</sup> المغنی ۷۸/۹ ، نهایة المحتاج ۲۹۱/۸ .

<sup>۲</sup> الفواکه الدوانی ۳۲۸/۲ .



یک جنس ۱۰ افغانی قیمت داشته باشد، آن در وقت تقسیم ۹ افغانی اندازه گیری شود، مرسوم این است که برای تشخیص میزان غبن با معیار فوق از طریق اهل خبره اقدام شود و مدعی غبن باید آنرا اثبات نماید.<sup>۱</sup>

## ۲ - مغبون در وقت تقسیم آگاهی به غبن نداشته باشد.

مدعی غبن همانگونه که از ازل نسبت به خیلی پدیده های اطرافش جاهل می باشد به بهای واقعی حصه ها در موقع تقسیم نیز نبودن علم و آگاهی او ضروری پنداشته میشود و به نبودن علم مدعی غبن، وجود علائم و قرائن کفایت میکند و همچنان قاضی میتواند در مورد، از بینه و حلف استفاده نماید.<sup>۲</sup>

## ه - اثر بطلان تقسیم که ناشی از غبن باشد:

زمانیکه تقسیم به اثر غبن باطل گردد مال دوباره به حالت اشاعه برمیگردد و کلیه آثار تقسیم زایل میشود و مثل آن می شود که گویا حالت اشاعه قطع نشده باشد، هر شریک از این لحظه به بعد مجدداً حق طلب تقسیم را دارد، خواه همان فردی بوده باشد که ابطال را تقاضا کرده بود و یا شریک دیگری باشد، این تقسیم جدید نیز، در رابطه به ادعای غبن و اشتباه همان حیثیت تقسیم قبلی را میداشته باشد، خواه تقسیم به روش تراضی باشد یا اجبار، تصرفات شرکاء در حصه مفروزه که در نتیجه تقسیم واقع شده بود، قیمت گذاری میشود و به اساس قیمت معامله میگردد، و حق درخواست ابطال دوباره تقسیم به خاطر مغبون شدن احتمالی یکی از شرکاء، قابل اسقاط نمیشود.<sup>۳</sup>

## و- میعاد رفع دعوا :

مالکی ها- رحمهم الله - از برای شنیدن دعوی غبن و یا اشتباه از طرف قاضی شرط کرده که مدت طولانی سپری نشده باشد و اگر مدت طولانی سپری شده باشد که دلالت به رضای متقاسمین به غبن و اشتباه کند، در آن صورت دعوی غبن یا اشتباه از طرف قاضی شنیده نمیشود و مالکی ها در تحدید این مدت باهم مختلف هستند: بعضی از آن ها آن را به یک سال،<sup>۴</sup> و بعضی دیگری آنرا به نصف سال تحدید نموده اند.<sup>۵</sup>

البته تحدید رفع دعوی غبن و اشتباه به یک سال و یا نصف سال در صورتی است که چنین غبن و اشتباه را جز از اهل خبره کسی دیگری ندانند و اگر غبن و یا اشتباه، فاحش و معلوم دار باشد که هر کس

<sup>۱</sup> الغبن و اثره فی العقود صفحه ۱۲۴، تالیف دکتور سعدالدین مسعد هلالی - رساله دکتورا، بکلیه الشرعیه القا هره .

<sup>۲</sup> تقسیم اموال مشترک، صفحه ۱۶۳ .

<sup>۳</sup> السنهوری عبدالرازق، صفحه ۹۰۷ .

<sup>۴</sup> الاتقان والاحکام ۶۵/۲. تالیف محمد بن احمد مباره الفاسی فی شرح تحفة الحکام تالیف قاضی ابوبکر محمد بن عاصم طبع: المكتبة التجارية الكبرى، مصر مطبعة الاستقامة .

<sup>۵</sup> حاشیه الدسوقی علی شرح الكبير ۵۱۲/۳ تالیف .الشیخ محمد عرفه الدسوقی طبع : عیسی الحلبي - القا هره .

آنرا شناسایی کرده بتواند، در آن صورت برای متقاسمین جهت رفع دعوی غبن سال و یانصف سال وقت داده نمی شود بلکه بعد از سپری شدن مدتی که از روی عرف دلالت به رضاء کند، حق رفع دعوی غبن، ساقط می‌گردد مگر آنکه به عدم اطلاع عیب و رضاء، قسم بخورد.<sup>۱</sup>

از فحوای کلام مالکی ها-رحمهم الله - دانسته میشود که سال و یا نصف سال از وقت تقسیم محسوب می‌گردد نه از وقت کشف غبن، در مورمیعاد رفع دعوی غبن، معلوماتی جز از کتب مالکی ها در کتاب های فقهای دیگری دریافت نکردم، به این سبب از آنها یادآوری صورت نگرفته است.

### فرع دوم: نقض تقسیم به اثر غبن در قانون مدنی:

ماده (۱۹۷۳) فقره اول قانون مدنی افغانستان در مورد نقض تقسیم به اثر غبن چنین حکم میکند: «نقض تقسیم رضائی به شرطی جواز دارد که یکی از متقاسمان ثابت نماید که از تقسیم به اثر غبن با اندازه بیش از خمس قیمت به او ضرر عاید شده است، در تعیین اندازه غبن قیمت روز تقسیم مال، اعتبار داده میشود»<sup>۲</sup>

### توضیح:

۱- مثلاً موازی دوجریب زمین مزروعی یک دربند حویلی در بین سعید و حمید مال مشاع باشد و هر دوی ایشان به تقسیم آن باهم توافق نمایند و در نتیجه تقسیم، موازی دوجریب زمین مزروعی به قیمت پنج لک افغانی برای سعید و یک دربند حویلی نیز به قیمت پنج لک افغانی به حمید شریک دیگر تعلق گیرد، بعداً حمید متقاسم و شریک مذکور، روی غبن که در تقسیم صورت گرفته نقض تقسیم را ادعاء نماید؛ زیرا حصه وی دارای قیمت یوم تقسیم بالغ به سه لک پنجاه هزار افغانی میرسد که از تقسیم مذکور بآثر غبن به اندازه بیش از خمس قیمت یک دربند حویلی، نسبت به حصه شریک دیگری به او ضرر عائد شده است از اینکه ضرر عائد شده یک لک پنجاه هزار افغانی بیش از خمس قیمت حویلی که پنج لک افغانی محسوب گردیده بود، می باشد بناءً طلب نقض تقسیم رضایی مذکور، از جانب حمید متقاسم جهت دفع ضرر عاید، جواز دارد.<sup>۳</sup>

۲- در ماده فوق نقض تقسیم را توسط غبن فاحش مقید نموده که تقسیم رضائی بوده باشد چونکه این ماده قانون از قانون مدنی مصر گرفته شده است قانون مدنی مصر در ماده ۸۴۵ خود چنین ذکر میکند: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا ثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.»<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۴.

<sup>۳</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی صفحه ۴۷/۴.

<sup>۴</sup> قانون مدنی مصر صفحه ۷۱.

ترجمه: ترجمه این ماده بعینه فقره اول ماده ۱۹۷۳ قانون مدنی افغانستان است که در فوق ذکر  
گرفته است ضرورت به اعاده نیست.

لیکن فقه اسلامی و همچنان ماده ۸۸۷ قانون مدنی فرانسه نقض تقسیم ناشی از غبن را شامل  
هردوروش تقسیم (قضایی و رضایی) میدانند، به دلیل اینکه تصرف قاضی، مقید و مشروط به عدالت  
است، در صورتی که عدالت در تقسیم رعایت نگردد ولو که تقسیم، قضای هم باشد، فسخ آن واجب می  
باشد.

ماده ۱۹۷۳ فقره دوم قانون مدنی افغانستان در مورد مدت شنیدن دعوی غبن چنین حکم میکند:  
«بعد از انقضای سال مابعد تقسیم دعوی شنیده نمیشود و مدعی علیه میتواند باپرداخت نقد یا عین، کمبود  
حصه مدعی را پوره کند دعوا را متوقف نماید.»<sup>۱</sup>

### توضیح:

۱- مدت سمع دعوی نقض تقسیم رضائی یک سال تعیین شده است، سعید مدعی علیه، غرض  
معادله حصه استحقاق حمید مدعی، و دفع ضرر عایده به او، با پرداخت مبلغ یک لک پنجاه هزار افغانی،  
یا پرداخت سه تخته قالین موری پشمی که هر کدام آن معادله قیمت پنجاه هزار افغانی باشد، کمبود حصه  
حمید مدعی را پوره نموده دعوا را متوقف نماید، جواز دارد.<sup>۲</sup>

۲- فقره دوم: قانون مدنی نیز از ماده ۸۴۵ فقره دوم قانون مدنی مصر اقتباس شده است قانون  
مدنی مصر در فقره دوم ماده ۸۴۵ خود چنین ابراز میدارد: «ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية  
للقسمة وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقداً وعيناً مانقصة من  
حصته.»<sup>۳</sup>

ترجمه: ترجمه این عبارت بعینه فقره دوم ماده ۱۹۷۳ قانون مدنی افغانستان است که در فوق  
ذکر گردیده است، ضرورت به ذکر دوباره آن نیست.

فقره فوق قانون به صراحت این حق را به مدعی علیه داده است که با کامل کردن سهم شریک  
مغبون از طریق دادن پول نقد یا مال، دعوی ابطال تقسیم را متوقف سازد و جلو تقسیم جدید را بگیرد  
، دادن نقد و یا مال باید به حدی باشد که نقص حصه شریک مغبون را به طور کامل برطرف سازد ،  
هر چند که انتخاب هریک از این دو یعنی: عین و یا پول نقد به عهده مدعی علیه است، بدیهی است که  
دادن عین مقدم است به دادن پول نقد یعنی: اگر مدعی علیه ، اول پول نقد بپردازد ، میتواند آن را

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۴ .

<sup>۲</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی ۴۸/۴ .

<sup>۳</sup> قانون مدنی مصر صفحه ۱۷ .

پس بگیرد و بجای آن از عین مال مقسوم بدهد، ولی عکس آن موجه نیست. مدعی علیه میتواند مادامیکه حکم ابطال، اجرائنده و حتی تقسیم جدید به اتمام نرسیده باشد، بدادن عوض جلوی اجرای تقسیم جدید را بگیرد، اگر مدعی علیه متعدد باشند باینکات ذیل را مراعات نمایند:

**اولاً:** در اینکه: عوض نقد باشند یا عین، همه باهم توافق کنند.

**ثانیاً:** اگر در میزان عوض توافق ندارند از طریق محکمه باید آن را معین نمایند.

**ثالثاً:** اگر یکی از شرکاء در دادن عوض با دیگران موافق نباشد و بقیه شرکاء تمام عوض را بپردازند، شرکاء دیگر نمیتوانند به میزان حصه به آن شریک رجوع نمایند.<sup>۱</sup>

**فرع سوم:** مقارنه میان فقه و قانون در نقض تقسیم به اثر غبن:

بعد از بحث و تحقیق در مورد نقض تقسیم در فقه اسلامی و قانون مدنی، نکات ذیل برای مایان پدیدار گردید:

#### **الف - موارد اتفاقی:**

۱- قانون مدنی افغانستان همراه با فقه اسلامی در وجوب رعایت عدالت و انصاف در تقسیم اموال مشترک باهم توافق دارند، احیاناً اگر غبن و یا اشتباه در عمل تقسیم صورت گرفته باشد، فقه و قانون هر دو دعوی نقض تقسیم را برای مغبون اجازه میدهند.

۲- در تحدید زمان شنیدن دعوی غبن، قانون مدنی با فقه اسلامی موافق بوده هر دو ایشان زمان شنیدن دعوی غبن را به یک سال، موقت ساخته، و بعد از سپری شدن سال، دعوی غبن قابل سمع نمیشود.

#### **ب- موارد اختلافی:**

۱- قانون مدنی نقض تقسیم را به اثر غبن، به تقسیم اتفاقی حصر نموده در حالیکه دیدگاه راجح در فقه اسلامی، نقض تقسیم را به اثر غبن در هر دو نوع از تقسیم (اتفاقی و اجباری) جواز داده و حقیقت نیز چنین است که غبن در تقسیم، مجوز نقض تقسیم است برابراست که قاسم فرد عادی باشد و یا قاضی محکمه؛ زیرا همه مکلف به رعایت عدالت میباشد.

۲- قانون مدنی علت نقض تقسیم را غبن دانسته که بیش از خمس قیمت مال مقسومه باشد یعنی: به اندازه بیش از خمس قیمت مقسوم، به جانب مدعی ضرر عاید گردیده باشد، میتواند که رفع دعوا کند در حالیکه دیدگاه راجح فقهی علت نقض دعوی را غبن فاحش تلقی کرده یعنی که در عرف عامه مردم

<sup>۱</sup> تقسیم اموال مشترک صفحه ۱۶۹ - ۱۷۰

چنین غبن، قابل تحمل نباشد، سبب نقض قسمت شده می‌تواند، مشخص به خمس، سدس، سابع نکرده ، چونکه ماده مذکور قانون مدنی از ماده ۸۴۵ قانون مدنی مصر اقتباس شده و قانون مدنی مصری شاید قول شیخ علی الخفیف را که<sup>۱</sup> در کتاب خود بنام الملكية فی الشریعة الاسلامیه ذکر کرده ، اخذ کرده باشد.

### ج- مورد مسکوت عنه:

قانون مدنی در تعیین اندازه غبن، قیمت روز تقسیم را اعتبار داده است، این مطلب هم از ماده قانون مدنی مصر اقتباس شده تا جاییکه من در کتب فقه تلاش کردم در مورد این مطلب چیزی دریافت نتوانستم کرده ، نمیدانم که فقهاء در این مورد چیزی ابراز نظر نکرده و یا من نتوانستم دریافت کنم .

### مطلب سوم : خیارات در تقسیم

فرع اول : - خیارات در تقسیم، در فقه اسلامی .

زمانیکه تقسیم تکمیل شد و حصه هر شریک به اساس قرعه و یا به رضایت تعیین گردید پس تقسیم لازمی می‌گردد و هیچ کدام از متقاسمین به شکل مستقل صلاحیت نقض آنرا ندارد مگر توسط یکی از خیارات سه گانه، چونکه در تقسیم معنای تبادله و معاوضه وجود دارد فقهاء به بعضی از خیارات نیز در آن قول کرده اند.

#### خیارات در لغت :

خیارات صیغه جمع است و مفرد آن خیار است و خیار اسم مصدر از فعل إختار است که مصدر آن اختیار است به معنای برگزیدن و بهتر دو امر<sup>۲</sup> .

**خیارات در اصطلاح:** عبارت از دادن حق و صلاحیت است برای متعاقد به فسخ عقد و امضای آن<sup>۳</sup> .

بعد از مطالعه و تحقیق دقیق معلوم گردید که فقهاء در تقسیم اموال مشترک نیز، خیار شرط، رویت و خیار عیب را با وجود اختلافاتی که در شیوه رعایت آنها دارند ثابت میدانند، باحث اراده دارد که هریکی از خیارات مذکور را بطور علی حده مورد بحث قرار داده و واضح گردد که فقهاء در کدام نوع از انواع تقسیم خیارات فوق را اجازه میدهند و در کدام نوع آن، اجازه نمیدهند .

<sup>۱</sup> شیخ علی الخفیف در سال ۱۳۰۹ هجری قمری مطابق با ۱۸۹۱ میلادی در شهرک الشهداء در منطقه متوفیه مصر تولد شد خواندن، نوشتن و حفظ قرآن کریم را در آنجا به سر رسانید و سپس در جامعه الازهر شامل گردید و در سال ۱۳۵۸ به صفت استاد در پوهنتون قاهره در مضامین حقوق مقرر گردید شیخ در سال ۱۳۹۸ ۶ شعبان در عمر ۸۹ سالگی وفات نمود . الاعلام لزرکلی ۲ / ۱۲۴ .

<sup>۲</sup> مختار الصحاح صفحه ۱۹۴ ، المصباح المنیر صفحه ۷۱ .

<sup>۳</sup> مغنی المحتاج ۲ / ۵۹ .

## نوشتار اول - خیار شرط .

**الف :** مفهوم خیار شرط:

شرط ، سبب است و خیار مسبب ، اضافه‌ت خیار به طرف شرط از قبیل اضافه‌ت سبب است به طرف مسبب مقصود از خیار شرط اینست که عاقدان و یا یکی از آنها مدتی را قید نمایند که در آن مدت در مورد نفع و ضرر عقد مذکور فکر نمایند و بعد از بررسی همه جانبه ، عقد مذکور را در اثنای همین مدت ، امضاء و یا فسخ نمایند .<sup>۱</sup>

### ب - دیدگاه های مذاهب در خیار شرط :

حنفی ها ، مالکی ها ، شافعی ها ، حنبلی ها - رحمهم الله - ، در تقسیم اموال مشترک به جواز خیار شرط ، باهم متفق هستند البته در مورد جزئیات آن ، باهم اختلاف دارند .

از نظر حنفی ها - رحمهم الله - خیار شرط در تقسیم اموال مشترک مشروع میباشد لیکن نه مطلقاً بلکه تنها در تقسیم رضائی؛ زیرا تقسیم رضائی عبارت از مبادله بعض اجناس است در مقابل بعض دیگر و این نیست مگر معنای بیع است خیار شرط نصاً در بیع مشروعیت دارد و در تقسیم قضائی به عدم مشروعیت آن نظر دادند؛ زیرا در تقسیم قضائی بالای خیار شرط ، سود و فایده مرتب نمیشود و اگر تقسیم روی خیار شرط رد گردد دوباره از طرف قاضی جبراً نافذ میگردد پس به رد آن ، اصلاً فایده مرتب نمیگردد.<sup>۲</sup>

خیار شرط در تقسیم اجناس مختلف ، جهت وجود معنای صریح مبادله در آن ، ثابت و جائز میباشد به عنوان مثال : هرگاه مال مشترک به رضایت شرکاء تقسیم گردد بگونه‌ای که برای یک شریک مقداری از گندم و برای شریک دیگری مقداری از جو و برای شریک سوم تعدادی از گوسفند و برای شریک چهارم تعدادی از گاوها برسد ، در این حالت اگر یکی از شرکاء تاملت معین خیار شرط را برای خود در نظر بگیرد ، در همین مدت اگر بخواهد ، میتواند تقسیم را قبول و یا فسخ نماید .<sup>۳</sup>

اما در تقسیم اموال مثلی مانند مکیلات ، موزونات ثابت نمی شود؛ زیرا در اثبات خیار شرط در آنها هیچ گونه فایده نیست ، چراکه احتمال ضرر در آنها کم است .<sup>۴</sup>

ثبوت خیار شرط در اموال قیمی در یک روایت نیز درست نمی باشد ، اما در روایت صحیح و آنچه

<sup>۱</sup> بحوث فی البیع - د/علی احمد مرعی صفحه ۱۶۹ طبع دارالطباعة المحمدیه سنه ۱۹۹۳ - طبع اول .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۷۸/۵ .

<sup>۳</sup> در الحکام ۱۵۷/۳ .

<sup>۴</sup> همان مصدر ۱۶۰/۳ .

طبق آن فتوی صورت گرفته، این است که در تقسیم اموال قیمی خیار شرط درست می باشد.<sup>۱</sup>

خیار شرط در تقسیم، به اموری باطل میگردد که توسط آنها در بیع باطل میگردید مانند: سکونت در اثنای خیار، اگر مقسوم خانه باشد و به ادامه سکونت اگر قبلاً در این خانه سکونت داشت، و امثال این، مدت خیار سه روز می باشد در این اتفاق فقهاء است و در زیاده از سه روز، میان ابوحنیفه و صاحبین خلاف است.<sup>۲</sup>

از نظر مالکی ها - رحمهم الله - : خیار شرط در جای تحقق می یابد که دوشریک مال مشترک رامیان شان تقسیم نماید و یکی از آنها و یا هر دوی ایشان خیار را به خود تعیین نماید برابر است که مال مشترک منقول باشد و یا غیر منقول، تقسیم همراه بیع در مدت خیار موافقت دارد، اموری که ساقط کننده خیار در بیع است، در تقسیم نیز است مثلاً: متقاسم در سهم خود آبادی را شروع کرد یا آبادی را تخریب کرد و یا به فروش رسانید خیار او ساقط گردید، متقاسمیکه برای خود خیار، تعیین نکند نمیتواند تقسیم را به خیار شرط مسترد نماید؛ زیرا استفاده از خیار حق کسی شده می تواند که برای خود تعیین کرده باشد.<sup>۳</sup>

شرط کردن خیار، در تقسیم رضائی و همچنان در تقسیم قرعه، صورت میگیرد.<sup>۴</sup>

از نظر شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - خیار شرط تنها در تقسیم رضائی جواز دارد نه در تقسیم قضائی؛ زیرا خیار شرط در تقسیم قضائی مفهومی ندارد قاضی هر لحظه میتواند اجباراً تقسیم را میان متقاسمین قائم نماید اگر یکی از شرکاء تقسیم را فسخ نماید شریک دیگر مطالبه اعاده آنرا میکند.<sup>۵</sup>

ضابطه در ثبوت خیار شرط در تقسیم، به نزد شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - بودن تقسیم است بیع، آنانی که تقسیم را افزا می شمارند خیار شرط به نزد آنها ثابت نمیشود، به همین اساس در تقسیم ذوات الامثال مانند: گندم، جو، جواری خیار شرط ثابت نمیشود؛ زیرا اشیاء مذکوره به تقسیم افزا تقسیم میشوند، خیار شرط در تقسیم رد نیز ثابت میگردد از جهتی که تقسیم رد معنای بیع میباشد و خیار شرط خصوصیت بیع است، همچنان آنانی که تقسیم تعدیل را بیع می شمارند در نزد آنها نیز خیار شرط ثابت میشود، در مذهب حنبلی ها یک روایت چنین نیز است که خیار شرط را مطلقاً در تقسیم جائز میدانند برابر است که رد باشد و یا افزا؛ زیرا خیار شرط برای تفکر و سنجش در تقسیم وضع شده، متقاسمین در تقسیم افزا نیز به تفکر و سنجش ضرورت دارند.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> همان مصدر ۱۵۷/۳.

<sup>۲</sup> فتاوی هندیه ۱۴۵/۶.

<sup>۳</sup> الشرح الصغیر ۱۵۸/۵، تألیف علامه ابی البرکات سیدی احمد بن محمد الدردیر، المالکی طبع: عیسی الحلبي، شرح الخرشى ۴۰۴/۴.

<sup>۴</sup> شرح الزرقانی ۱۹۹/۶.

<sup>۵</sup> مغنی المحتاج ۴۲۴/۴، المبدع شرح المقنع ۱۳۲/۱۰.

<sup>۶</sup> القواعد لابن رجب صفحه ۴۱۳، القواعد للحافظ ابی الفرج عبدالرحمان بن رجب الحنبلی - المتوفی سنه ۷۹۵ هـ طبع دار المعرفه - بیروت.

## خلاصه سخن :

حنفی ها ، مالکی ها ، شافعی ها ، حنبلی ها - رحمهم الله - خیار شرط را در تقسیم رضائی به قول آنانی جائز میدانند که تقسیم را حقیقتاً بیع میدانند و همچنان هرآن مذهبی که خیار شرط را در بیع جائز میدانند در تقسیم نیز به جواز آن قول میکنند .

### نوشتار دوم : خیار رؤیت در تقسیم :

#### الف - مفهوم خیار رؤیت :

خیار مسبب است و رؤیت سبب آن است اضافه‌ت خیار به طرف رؤیت از قبیل اضافه‌ت مسبب به طرف سبب است، خیار رؤیت در تقسیم : عبارت است از اثبات حق برای متقاسم در فسخ تقسیم و امضای آن، به وقت دیدن سهم محوله خود بشرطیکه قبلاً ندیده باشد .<sup>۱</sup>

#### ب - نظریه فقهاء در ثبوت خیار رؤیت در تقسیم :

از میان مذاهب چهارگانه صرف مذهب احناف در تقسیم اموال مشترک به ثبوت خیار رؤیت ، قول کرده چنانچه به ثبوت آن در بیع نیز از بین فقهاء، تنها احناف قول کردند و به حدیث رسول الله - صلی الله علیه و سلم - استدلال کردند که فرموده : (من اشتری شیئاً لم یره ، فله الخیار اذا راه).<sup>۲</sup>

ترجمه : کسیکه چیزی نادیده را بخرد بعد از دیدن آن برایش اختیار فسخ و امضاء می باشد.

خیار رؤیت در آن نوع از تقسیمات ثابت میباشد که در آنها معنای بیع موجود باشد مثلاً : در اجناس مختلفه که جبراً تقسیم نمی شود و یا در تقسیم جنس واحد از قیمیات، اما در تقسیم جنس واحد از مثلیات خیار رؤیت جائز نمیشود؛ زیرا در آنها معنای بیع وجود ندارد .<sup>۳</sup>

به نظر حنفی ه- رحمهم الله - : خیار رؤیت در اثمان محضه صورت نمیگیرد؛ زیرا مقصود در اثمان ثمنیت آن میباشد نه عین آن و به بیان مقدار آنها، مقصود حاصل میگردد ضرورت به دیدن آنها نمیشود اما در اجناس و اعیان، مقصود ذات آنها میباشد که آیا ذات آنها مورد پسند متقاسم میباشد و یا خیر! بطور مثال: زمانی که مال مقسوم دو هزار دینار و یا درهم و یا پول های دیگر، میان دو نفر مشترک باشند و در دو خریده هزار، هزار جایجا شده باشد و شرکاء میان خود به شکلی تقسیم نماید که خریده اول را یک شریک و خریده دوم را شریک دیگر اخذ نماید و یکی از شرکاء مال را دیده باشد و دوم آنها ندیده

<sup>۱</sup> احکام القسمة ۴۰۸/۲ .

<sup>۲</sup> رواه الدارقطنی عن ابی هریره الجز ۱۱ صفحه ۲۶۷ ، نقل النوری اتفاق الحفاظ علی ضعفه و فی سنده عمر بن ابراهیم الکردی المذکور بالوضع وقال البیهقی المعروف انه من کلام ابن سیرین .

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۱۴۵/۶ .



باشد پس تقسیم مذکور بدون اینکه برای شریک دوم خیار رویت ثابت گردد، مکمل و درست تلقی می شود.<sup>۱</sup>

در تقسیم اجناس و اموال، رویت خارجی کفایت میکند به دیدن داخل نیاز نمی باشد مثلاً: یک دربند حویلی و یا باغ میان دو نفر شریک باشد هر دو یا یکی ایشان تقسیم آن را اراده نماید بدون اینکه داخل حویلی و یا باغ شوند از بیرون آنرا میان خود تقسیم نمایند و هیچ کدام از شرکاء حصه داخلی سهم خود را ندیده باشند بعد از دیدن حصه داخلی سهام شان، خیار رویت برایشان ثابت نمیگردد؛ زیرا رویت ظاهری مانند رویت باطنی میباشد.<sup>۲</sup>

به نظر حنفی ها - رحمهم الله - : ابطال خیار رویت در تقسیم توسط آن اموری صورت میگیرد که توسط آنها در بیع صورت میگرفت.<sup>۳</sup>

### نوشتار سوم : خیار عیب در تقسیم :

اصل در تقسیم اموال مشترک این است که حصه ها باید سالم و عاری از هرگونه نقصان باشند تا عمل تقسیم به آسانی مورد نقض قرار نگیرد، اما ممکن است که عمل تقسیم دچار مشکل عیب در حصه ها گردد به نحویکه تعادل به عمل آمده را برهم زند، مراد از عیب در اینجا عارضه است که از ارزش مال یا منفعت آن که در تقسیم مدنظر گرفته شده، بکاهد و در موردی صادق است که وصف صحت و سلامت در عین مقسوم موجود نباشد بطور مثال : دو عراده موترتکسی در تمام صفات برابر، میان دو نفر مشترک باشد و هر دوی شان آنرا میان خود بشکلی تقسیم نماید که یک عراده را یک شریک و دیگر آن را شریک دیگر بگیرد و بعد از تقسیم کشف گردد که سلیندر یکی آنها معیوب بوده است، به اساس خیار عیب شریک متضرر حقدار فسخ تقسیم، شمرده می شود بناءً جهت شناخت خیار مذکور، توجه علاقه مندان را به چند نکات مهم ذیل جلب می نمایم :

### الف : مفهوم خیار عیب در تقسیم :

۱ - خیار عیب در لغت : معنای لغوی خیار در صفحه (۹۷) تشریح گردید معنای لغوی عیب عبارت است از نقیصه، نقص : جمع آن عیوب می آید.<sup>۴</sup>

۲ - خیار عیب در تقسیم، به اصطلاح فقهاء : عبارت است از حق ثابت برای متقاسم که به مقتضای آن حین کشف نقصان در سهم، تقسیم را فسخ و یا تأیید کرده میتواند.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> میسوط ۳۵/۸-۳۶

<sup>۲</sup> همان مصدر.

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۱۴۵/۶ .

<sup>۴</sup> فرهنگ عمید صفحه ۹۲۱ .

<sup>۵</sup> بحوث فی البیع للدكتور / علی احمد مرعی صفحه ۲۴۶ .

### ب: شرایطی خیار عیب در تقسیم :

- ۱ - عیب سابقاً (قبل از تقسیم) در مال مشاع وجود داشته باشد .
  - ۲ - عیب در حین تقسیم پنهان یا مجهول مانده باشد .
  - ۳ - عیب در زمان تقسیم وجود داشته باشد .
  - ۴ - متضرر در حین تقسیم عالم به آن نباشد .
  - ۵ - عیب ، وصف مؤثر در تقسیم و تعدیل سهام بوده باشد و ارزش حصه را کم نماید .
- زمانی میتوانیم تقسیم را به اساس خیار عیب نقض کنیم که تقسیم ما شرایط فوق را دارا بوده باشد و اگر از میان شرایط فوق یکی آنها هم موجود نباشد ، قاضی نمیتواند تقسیم را نقض نماید.<sup>۱</sup>

### ج: نظریات فقهاء در مورد خیار عیب :

جمهور فقهاء از آن جمله حنفی ها ، مالکی ها ، شافعی ها ، حنبلی ها - رحمهم الله - خیار عیب را در تقسیم ثابت میدانند؛ زیرا زمانیکه در سهم یکی از متقاسمین عیب کشف گردد ، معلوم می شود که عدالت در تقسیم در نظر گرفته نشده متقاسم میتواند آنرا به اساس خیار عیب رد نماید قسمیکه در بیع چنین است.<sup>۲</sup> اگر یکی از متقاسمین که در سهم آن نقصان بر ملا گردیده، حاضر شود که سهم معیب را به نزد خود، داشته باشد و تقاضای نقض تقسیم را نکند بلکه به جبران آن به متقاسم دیگر رجوع نماید ، آیا این صورت جائز خواهد بود! فقهاء در این مورد به دو دیدگاه ذیل تقسیم شده اند .

#### دیدگاه اول :

حنفی ها ، شافعی ها و مالکی ها - رحمهم الله - میگویند : برای متقاسم جائز نخواهد بود که سهم معیب را به نزد خود نگه دارد و به ایرش نقصان به شریک دیگر رجوع نماید.<sup>۳</sup>

#### دلیل دیدگاه اول:

اصحاب دیدگاه اول چنین استدلال میکنند که نگه داشتن سهم معیب به نزد خود و نه رد کردن آن دلیل خیریت تقسیم در حق وی است پس مادامیکه تقسیم را در حق خود خیر بداند چگونه حق رجوع به ایرش نقصان را داشته باشد .<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> تقسیم اموال مشترک صفحه ۱۴۹ .

<sup>۲</sup> المبسوط للسرخسی ، ۳۸/۸ ، بدایة المجتهد ۵۴/۴ ، مغنی المحتاج ۴/۲۶۶ ، المغنی ۱۱/۵۱۱ .

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ، أسنی المطالب ۴/۲۴۸ ، بدایة المجتهد ۴/۵۳ .

<sup>۴</sup> احکام القسمة ۲/۴۱۴ .

**دیدگاه دوم :**

حنبل‌ها - رحمهم الله - می‌گویند : به آن متقاسمیکه در سهم او عیب ظاهر گردیده باشد جاز است که سهم معیب را نزد خود نگه دارد و به ارش عیب به متقاسم دیگر رجوع نماید یعنی : متقاسم متضرر میان فسخ تقسیم و رجوع به جبران نقصان به متقاسم دیگر، اختیار دارد .

**دلیل دیدگاه دوم :**

به گرفتن ارش نقصان ، ضرر موجود جبران می شود ضرورت به تکلف زیاد نیست که تقسیم موجوده نقض گردد و از سر نو تقسیم جدید آغاز گردد .<sup>۱</sup>

**دیدگاه راجح :**

به نظر بنده دیدگاه جمهور علماء که عبارت از عدم جواز نگه داشتن سهم معیب و رجوع کردن به ارش نقصان است راجح و بهتر معلوم میشود؛ زیرا در دیدگاه دوم ضمناً تناقض وجود دارد؛ زیرا مهم نگرفتن نقض تقسیم ، دلالت به عدالت تقسیم میکند، رجوع کردن به ارش نقصان ، به نبود عدالت دلالت میکند، این نیست مگر تناقض است .

فقهاء در مورد اینکه: خیار عیب در تقسیم رضائی جریان خواهد پیدا کرد و یا در تقسیم قضائی و یا در هر دو آنها، نیز به دو دیدگاه به قرار ذیل تقسیم شده اند:

**دیدگاه اول :**

حنفی ها<sup>۲</sup> و اکثر مالکی ها<sup>۳</sup> - رحمهم الله - می‌گویند : خیار عیب در تقسیم اموال مشترک مطلقاً ثابت میباشد برابر است که تقسیم رضائی باشد و یا قضائی.

**دلایل دیدگاه اول :**

۱ - زمانیکه در سهم یکی از شرکاء عیب کشف شود معلوم میگردد که تقسیم عادلانه و منصفانه نبوده بلکه ظالمانه میباشد، شریک متضرر میتواند توسط چنین خیار به قصد دفع ضرر از خود، فسخ آن را طلب نماید و وجود چنین ضرر پوشیده، در هر دو نوع از تقسیم امکان پذیر است .<sup>۴</sup>

۲- قاضی در تقسیم اجبار، سهم هریکی از متقاسمین را جدا ساخته و به نیت سلامتی آن از هر نوع عیب، برایش تسلیم می نماید و هریکی از متقاسمین نیز سهم سالم را مستحق میباشد چه تقسیم رضائی

<sup>۱</sup> المبدع شرح المقنع ۱۰ / ۱۴۱ .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۷۸/۵ ، المبسوط للسرخسی ۳۸/۸ .

<sup>۳</sup> مواهب الجلیل ۴۲/۵ .

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۷۸/۵ .

باشد چه قضائی وبعد از بروز عیب برملا میگردد که آنچه رامتقاسم مستحق بوده برایش تسلیم نشده، بناءً اختیار رد و تأیید تقسیم را دارا میباشد.<sup>۱</sup>

### دیدگاه دوم :

ابن ماجشون<sup>۲</sup> از فقهای مالکیه میگوید. «خیار رد به نزد کشف شدن عیب ، صرف در تقسیم قضائی ثابت میباشد نه در مطلق تقسیم .

### دلیل دیدگاه دوم :

تمیز حقوق حقیقتاً در تقسیم قضایی صورت میگیرد، نزد فقهاء مسلم است که تقسیم قضایی به غبن فسخ میگردد ، ظهور عیب بعد از تقسیم نیز یک نوع غبن به شمار میرود.<sup>۴</sup>

### دیدگاه راجح :

به نظر بنده دیدگاه اول که عبارت از ثبوت خیار عیب در مطلق تقسیم است برابر است که رضائی باشد . و یا قضائی ، روی دلایل ذیل راجح معلوم میشود :

۱ - خیار رد بواسطه عیب قسمی که در تقسیم قضایی ثابت است در تقسیم رضائی نیز ثابت می باشد ، زیرا تقسیم رضائی معناً بیع است ، و در ثبوت خیار عیب در بیع؛ خلافی وجود ندارد .

۲ - تعدیل در تقسیم شرط میباشد برابر است که قضائی باشد و یا رضائی و همچنان تقسیم رضائی به اساس رضایت و قناعت شرکاء صورت میگیرد زمانیکه عیب در آن ظاهر گردد رضایت شریک از بین میرود پس تقسیمی که به رضایت شرکاء استوار باشد چگونه بعد از نبود رضایت باقی بماند.

### فرع دوم - خیارات در قانون مدنی :

ماده ۱۹۶۱ قانون مدنی افغانستان در مورد خیارات چنین ابراز میدارد : «در تقسیم رضائی خیار شرط ، خیار رؤیت و خیار عیب، طبق موافقه طرفین و احکام قانون تطبیق میگردد.»<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> المبسوط ۳۸/۸ .

<sup>۲</sup> ابو مروان عبدالملک بن امام عبدالعزیز بن عبدالله بن ابی سلامة بن الماجشون - المدنی - المالکی مفتی مدینه - تلمیذ امام مالک - سیر اعلام النبلاء . ص: ۲۳۴ .

<sup>۳</sup> بدایة المجتهد ۵۴/۴ .

<sup>۴</sup> همان مصدر .

<sup>۵</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲ .

## توضیح :

۱ - غرض از تقسیم مال مشاع مشترک چنین است که هر یک از متقاسمین بدون احساس ندامت بعد از دیدن حصة محوله اش درحالیکه خالی از هرگونه غبن و عیب باشد بهره برداری نماید و این مرام وقتی برآورده میشود که برای هر یک از ورثه و شرکاء بآثر موافقه طرفین و احکام قانون در تقسیم رضائی اختیار شرط، رویت و عیب میسر باشد.<sup>۱</sup>

۲ - ماده فوق از ماده ۱۱۵۳ مجلة الاحکام العدلی اقتباس شده و در این ماده به صراحت بیان گردیده که محل تطبیق خیارات سه گانه تقسیم رضائی بوده ، باوجودیکه باقی فقهایی احناف مانند: کاسانی<sup>۲</sup> ابن عابدین<sup>۳</sup> علامه سرخسی<sup>۴</sup> فتاوی هندیه و غیره مطلق تقسیم را برابر است که رضائی باشد و یا قضائی محل تطبیق خیار عیب میدانند<sup>۵</sup> و همچنان مالکی ها نیز به تطبیق خیار عیب در مطلق تقسیم قول کردند.<sup>۶</sup>

شاید مقننین قانون مدنی که ماده فوق را از مجلة الاحکام اخذ کرده و قول جمهور فقهاء را ترک کرده به این غرض که فیصله های قضات از نقض مصون بماند لیکن این فکر درست نیست؛ زیرا باید همه مردم ، چه قاضی باشد چه عوام به رعایت عدالت و انصاف پناه بند باشند و در صورت ظهور عیب در حصة یکی از شرکاء تقسیم را نقض نماید.

### فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون:

#### الف - مورد اختلافی:

قانون مدنی افغانستان تنها تقسیم رضائی را محل تطبیق خیارات سه گانه (خیار شرط، خیار رویت و خیار عیب) میدانند، درحالیکه فقه اسلامی در محل تطبیق خیار شرط و خیار رویت با قانون مدنی موافقت دارد اما محل تطبیق خیار عیب را مطلق تقسیم میدانند برابر است که رضائی باشد و یا قضائی .

<sup>۱</sup> توضیح و تشریح قانون مدنی صفحه .

<sup>۲</sup> قبلاً معرفی گردیده است .

<sup>۳</sup> قبلاً معرفی گردید .

<sup>۴</sup> محمد بن احمد بن سهل ، ابوبکر شمس الانمه قاضی از کبار علمای احناف بود به درجه اجتهاد رسیده بود، از اهل سرخس (دیاری در خراسان) بود ، کتاب مشهور او المبسوط بود درسی جلد است درحالی نوشته کرده بود که در فرغانه در قید حبس بود ، سبب حبس او نصیحتی بود که به خاقان والی فرغانه کرده بود ، بعد از رهایی او از حبس در فرغانه سکونت پذیر بود و به تاریخ ۴۸۳ هـ در آنجا وفات کرد . الجوهر المضیه فی طبقات الحنفیه ۳۱۵/۲ .

<sup>۵</sup> فتاوی هند به ۶- ۱۴۷ ، المبسوط ۸-۳۸ .

<sup>۶</sup> مواهب الجلیل ۵ - ۳۴۸ .

## ب- موارد مسکوت عنه :

۱ - یک دیدگاه در فقه اسلامی چنین بود که شریک متضرر ، میتواند سهم معیب را با خود داشته باشد و رجوع به ارش نقصان نماید اگرچه این دیدگاه راجح نمیباشد اما قانون مدنی در مورد این دیدگاه ساکت مانده فقد به رد تقسیم به خیار عیب تصریح کرده.

۲- فقه اسلامی خیار رویت را در تقسیم اجناس مختلف و در تقسیم جنس واحد که از جمله قیمیات باشد، مشروع دانسته اما در تقسیم جنس واحد که از جمله مثلیات باشد جواز نداده ،قانون مدنی تنها به مشروعیت خیار رویت در تقسیم اموال مشترک تصریح کرده و از تحلیل موارد خیار رویت ساکت می باشد.

۳ - فقه اسلامی به رد نمودن تقسیم به سبب خیار عیب شرایطی وضع نموده که در موجودیت چنین شرایط شریک متضرر میتواند تقسیم را رد نماید اما قانون مدنی از شرایط مؤثریت خیار عیب یاد آوری نکرده بلکه ساکت بوده که این کار ناقص بودن قانون را وانمود میسازد باید به آن توجه صورت گیرد.

## مبحث دوم - تقسیم قضائی:

هرگاه شرکاء در تقسیم مال مشاع به توافق نرسند و برخی از آنها تقسیم را از قاضی مطالبه نمایند، قاضی طبق مطالبه آنها، مال مشاع را میان شان تقسیم می نماید، چنین تقسیمی را تقسیم قضائی یا اجباری نامیده می شود باحث اراده دارد که مبحث تقسیم قضائی را در روشنی فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان طی سه مطلب ( مطلب اول در شرائط تقسیم قضائی در فقه و قانون ، مطلب دوم در عوای تقسیم قضائی در فقه و قانون، مطلب سوم در کیفیت اجرای تقسیم در فقه و قانون ) به شکل ذیل زیر بحث قرار دهد :

### مطلب اول - شرایط تقسیم قضائی:

شرائط تقسیم قضائی راطی سه فرع ( فرع اول شرایط تقسیم قضائی در فقه اسلامی ، فرع دوم شرایط تقسیم قضائی در قانون مدنی ، فرع سوم مقارنه میان فقه و قانون در شرایط تقسیم قضائی ) به قرار ذیل زیر بحث قرار خواهیم داد:

فرع اول - شرایط تقسیم قضائی در فقه اسلامی :

شرط اول - تقاضای تقسیم از محکمه :

در تقسیم قضائی شرط است که یکی از شرکاء یا همه آنها تقسیم مال مشترک را از محکمه تقاضا نماید : اگر هیچ یکی از آنها حاضر به این کار نه شوند، در این صورت تقسیم جواز نخواهد داشت؛ زیرا تقسیم سبب از اله ملکیت از شرکاء میگردد ،از اله ملکیت به صورت اجباری بدون تقاضای شرکاء، غیر

مشروع می باشد. هرگاه یکی از دو شریک تقسیم را مطالبه نماید و شریک دیگر از آن، امتناع ورزد، در این حالت دیده شود که مال مشترک قابلیت تقسیم را دارد و یا خیر، اگر مال مشترک قابلیت تقسیم نداشته باشد جهت رفع ضرر، اجباراً تقسیم بین آنها قایل میگردد؛ زیرا این گونه تقسیم بخاطر تأمین آنچه واقع میشود که مشروع گردانیده شده است و آن عبارت از تکمیل منافع ملکیت است و اگر مال مشترک قابلیت تقسیم نداشته باشد، در این صورت مال مشترک تقسیم نخواهد شد؛ زیرا این نوع تقسیم منجر به ضرر هر دو شریک می گردد و قاضی صلاحیت چنین کار را ندارد.<sup>۱</sup>

### شرط دوم - تقسیم مال مشاع نباید منجر به ضرر گردد:

هرگاه تقسیم مال مشاع منجر به ضرر گردد منفعتی که از مال، مقصود است متحقق نخواهد شد، شرط مذکور از طبیعت مال دانسته می شود مال به اعتبار قابلیت تقسیم و نه قابلیت آن به دو نوع به قرار ذیل تقسیم می شود:

**نوع اول:** مال به گونه باشد که تقسیم آن مفضی به ضرر شرکاء نگردد بلکه در آن منفعت شرکاء باشد مانند: اشیای پیمانه ای، اشیای وزنی، اشیای عددی متقارب، در این صورت تقسیم آن جائز خواهد بود و قاضی شریکی را که از پذیرش چنین تقسیم امتناع می ورزد جهت تأمین مصلحت طرفین مجبور به تقسیم ساخته می تواند.

**نوع دوم:** مال به گونه باشد که تقسیم آن مفضی به ضرر شرکاء گردد، این صورت از دو حالت ذیل خالی خواهد بود حالت اول عبارت است از اینکه: ضرر آن به هر دو شریک عاید گردد که تقسیم آن جایز نخواهد بود مانند: تقسیم لؤلؤ، یاقوت، لباس واحد، زین اسب، کمان، مصحف، خیمه، دیوار، حمام، خانه، دوکان، خر، اسب، شتر، گوسفند، گاو و غیره که در اثر تقسیم امور متذکره، هر دو شریک متضرر میگردد، بنابر این، قاضی صلاحیت اجبار را به چنین تقسیم ندارد.<sup>۲</sup>

اما اگر تقسیم سبب ضرر به یکی از شرکاء گردد نه به هر دو آنها، مانند: تقسیم قطعه واحد زمین که بین دو نفر مشترک باشد ولی حصه یکی کمتر و حصه دیگری بیشتر باشد، در این حالت اگر تقسیم از جانب صاحب حصه کم مطالبه گردد، در این صورت دو نظریه به قرار ذیل وجود دارد:

**نظریه اول:** نظریه جصاص<sup>۳</sup> از علمای احناف، مالکی ها و یک قول از شافعی ها و حنبلی ها است طبق این نظریه مال مشترک مذکور، بین شرکاء تقسیم می شود؛ زیرا برای صاحب حصه بیشتر ضرری نیست بلکه برایش منفعت است و اگر به صاحب حصه کمتر ضرر باشد باقی ندارد

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۷۸/۵ .

<sup>۲</sup> همان مصدر..

<sup>۳</sup> در سابق معرفی گردید.

زیرا اوبه این ضررراضی می باشد.<sup>۱</sup>

نظریه دوم: از امام قدوری<sup>۲</sup> از علمای احناف، قول صحیح از مالکی ها و مذهب حنبلی ها می باشد. طبق این نظریه مال مشترک مذکور بین شرکاء تقسیم نخواهد شد، زیرا صاحب حصه کم، طالب ضرر است. پس مطالبه اش قابل اعتبار نیست و تقسیم قضایی بدون مطالبه جواز نخواهد داشت. و اگر حصه هر دو شریک اندک باشد، قاضی جزیه رضایت آنها تقسیم نخواهد کرد، زیرا اجبار بر تقسیم برای تکمیل منفعت است و در این گونه تقسیم تقویت منفعت است نه تکمیل آن. اما به رضایت شرکاء قاضی میتواند آن را تقسیم نماید، زیرا صاحبان حق، آنها هستند و آنها به امور خویش نسبت به دیگران خوبتر می دانند.<sup>۴</sup>

اگر تقسیم از جانب صاحب حصه زیاد مطالبه گردد در این صورت نیز دونظریه به قرار ذیل وجود دارد:

**نظریه اول:** از ابن ابی لیلی<sup>۵</sup> - رحمه الله - است که میگوید: صاحب حصه کم نباید به تقسیم مجبور کرده شود؛ زیرا که متضرر میگردد و رساندن ضرر شرعاً ممنوع می باشد<sup>۶</sup> چنانچه رسول الله - صلی الله علیه وسلم - میفرماید: (لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام).<sup>۷</sup>

ترجمه: بر اسلام ضرر رساندن به دیگران و هم چنان دفع کردن ضرر به ضرر، مجاز نمی باشد.

**نظریه دوم:** از حنفی ها، شافعی ها، مالکی ها و قول مشهور از حنبلی ها - رحمه الله - است. اینها میگویند: وقتی که صاحب حصه زیاد تقسیم را طلب کند قاضی، صاحب حصه کم را مجبور به تقسیم کرده می تواند.<sup>۸</sup> زیرا صاحب حصه زیاد حق خود را که عبارت از افزایش حصه است از قاضی طلب میکند و این حق مسلم اومی باشد، باید قاضی برایش پاسخ مثبت ارایه کند.<sup>۹</sup>

<sup>۱</sup> بدایع الصنائع ۵/ ۴۶۸، تبیین الحقایق ۵/ ۲۶۹، بدایة المجتهد ۵۱/۲، الحاوی للماوردی ۲۵۱/۶، المغنی ۶۲/۹.

<sup>۲</sup> احمد بن محمد بن احمد بن جعفر بن حمدان ابوالحسین، القدوری، فقه حنفی، درسنه ۳۶۲ تولد یافته و درسنه ۴۲۸، در بغداد وفات نموده، ریاست احناف در عراق به او خاتمه یافته است، و مختصری<sup>۱</sup> به نام خودش: القدوری تألیف نموده است، و از جمله تصنیفات او تجرید، تقریب، مسائل الخلاف و غیره. ظفر المحصلین باحوال المصنفین ص: ۱۸۸.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۵/ ۴۶۸، بدایة المجتهد ۵۱/۲، المغنی ۷۳/۹.

<sup>۴</sup> بدایع الصنائع ۵/ ۴۶۹.

<sup>۵</sup> سابق معرفی گردیده.

<sup>۶</sup> المغنی لابن قدامه ۷۲/ ۹، تبیین الحقایق ۵/ ۲۶۹.

<sup>۷</sup> در سابق تخریج گردید.

<sup>۸</sup> بدائع الصنائع ۵/ ۴۷۴، روضة الطالبین ۲۰۳/۱، بدایة المجتهد ۴۹/۲، المغنی لابن قدامه ۷۲/۹.

<sup>۹</sup> المغنی لابن قدامه ۷۲/۹.



### شرط سوم - مال مشاع باید از یک جنس باشد :

در تقسیم جمع ، مال باید از یک جنس باشد مانند : گندم ، پنبه ، چهار مغز. و اگر از اجناس مختلف باشد مانند: گندم و جو، پنبه و آهن، چهار مغز و بادام ، لؤلؤ و یاقوت ، انواع مختلف حیوانات مانند : اسب و شتر ، تقسیم آنها به قسمت جمع جایز نخواهد بود؛ زیرا تقسیم جمع هنگام اتحاد جنس، وسیله تحقق مقصود که همانا تکمیل منافع ملک است می باشد و هنگام اختلاف جنس وسیله تفویت مقصود میگردد.

همچنین حویلی ها متعدد، قطعات زمین زراعتی ، باغهای مختلف، به نزد امام ابو حنیفه - رحمه الله - به قسمت جمع تقسیم نمی شوند بلکه به قسمت تفریق تقسیم می شوند ، زیرا بین آنها به دلیل اختلاف در شیوه اعمار ، و موقعیت ، تفاوت زیاد وجود دارد پس در حکم اجناس مختلف می باشند. اما به نزد صاحبان حویلی ها و امثال آنها به قسمت جمع تقسیم کرده می شوند؛ زیرا آنها به لحاظ شکل و اصل سکونت از یک جنس هستند اگرچه از لحاظ مقاصد، اجناس متعدد به شمار می روند و ممکن است که اینقدر تفاوت از طریق قیمت تعدیل شود، قاضی در این زمینه آنچه را مد نظر می گیرد که مصلحت را تامین نماید این چیزی است که متقدمین حنفی ها به آن قایل هستند ولی در شرایط کنونی منازل ، حویلی ها باهم تفاوت فاحش دارند بنابراین، به قسمت جمع تقسیم نمی شوند بلکه به قسمت تفریق تقسیم می شوند.<sup>۱</sup>

### شرط چهارم - تقسیم باید عادلانه باشد :

تعدیل باید در تقسیم مراعات گردد؛ زیرا تقسیم ، افزای برخی از حصص و مبادله برخی با برخی دیگر است، اساس مبادلات را رضایت تشکیل میدهد پس هرگاه تقسیم ظالمانه باشد رضایت وجود نخواهد داشت و دیگر اینکه: بقاء و دوام تقسیم به عدالت و انصاف استوار می باشد، زمانیکه عدالت در تقسیم مراعات نگردد بلکه غلطی یا غبن فاحش در آن ظاهر شود ، تقسیم باطل و قابل فسخ میباشد.<sup>۲</sup>

### شرط پنجم - در تقسیم، رد نباشد :

در تقسیم قضایی شرط گردانیده شده که در آن رد کردن مال اجنبی صورت نگرفته باشد؛ زیرا تقسیم که مشتمل به رد باشد در آن تملیک شی غیر مشترک لازم می گردد که آن عبارت از مال رد شده است و در تملیک شی غیر مشترک اجبار امکان پذیر نیست و همچنان در تقسیمی که رد مال اجنبی صورت گرفته باشد معنای معنی می باشد و یکی از متبایعین بالای دیگر اجبار کرده نمی تواند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق ۲۷۰/۵.

<sup>۲</sup> بدائع صنائع ۴۷۴/۵.

<sup>۳</sup> المغنی ۹/۵۷۱.

فرع دوم - شرایط تقسیم قضایی در قانون مدنی :

شرط اول - مطالبه یکی از شرکاء و یا همه آنها :

تقسیم قضایی باید در اثر تقاضای یکی از شرکاء و یا همه آنها و یا نابین آنها از محکمه که ملک مشاع در حوزه قضایی آن موقیعت دارد صورت پذیرد؛ زیرا تقسیم قضایی صورت نمی پذیرد مگر اینکه شخص و یا اشخاص ذی نفع آن را مطالبه نماید. در صورت غیر مطالبه ، قاضی هیچ مکلفیت در مورد تقسیم آن ندارد؛ زیرا قاضی از جانب خویش نمی تواند به تقسیم ملک مشاع اقدام نماید چراکه این کار تصرف در ملک غیر پنداشته می شود که از نظر شرع ممنوع است ماده ۹۰۰ قانون مدنی در این مورد چنین حکم می نماید: «هرگاه مال قابل قسمت باشد محکمه می تواند هنگام مطالبه تقسیم از جانب یکی از شرکاء، یک یا چند نفر اهل خبره را به منظور ترتیب و تقسیم حصه هر یک شریک موظف نماید»<sup>۱</sup>.

به اساس حکم ماده مذکور، تقسیم جبری توسط قاضی صحیح تلقی نمی شود مگر اینکه یکی از صاحبان حصص، تقسیم آن را مطالبه نماید.

شرط دوم - مال مشاع باید قابلیت تقسیم را داشته باشد:

در تقسیم قضایی قابلیت تقسیم مال مشاع، شرط است ماده ۹۵۴ قانون مدنی در این مورد چنین حکم می نماید: «مال قابلیت تقسیم را داشته باشد در غیر آن به اساس تقسیم استفاده مطلوب از بین میرود»<sup>۲</sup>.

توضیح :

قابل قسمت، آن مال مشترک شده می تواند که صالح برای تقسیم باشد و به سبب تقسیم منافع مقصوده در آن از بین نرود مانند : یک عراده موتر، یک باب دوکان کوچک، یک اطاق کوچک، یک پایه تلویزیون و مانند اینها، اگر تقسیم در این چیزها قایل گردد منفعت مقصوده در آنها از بین میرود اگر مال قابل تقسیم نباشد قاضی محکمه ذیصلاح همان طوری که گذشت باید مال را از طریق مزایده به فروش رسانده، ثمن آن را میان شرکاء به تناسب سهام آنها در مال مشترک، تقسیم نماید. اما فقهای حنفیه در صورت عدم قابل تقسیم بودن مال مشترک، بر این نظر اند که شرکاء باید به صورت متناوب از طریق مهاریات از آن استفاده نماید قسمیکه در مبحث بعدی احکام آن را مورد بحث قرار خواهیم داد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۲.

<sup>۲</sup> همان مصدر.

<sup>۳</sup> نظام الدین عبدالله حقوق عینی صفحه ۸۶.

## شرط سوم - عادلانه بودن تقسیم :

شرط دیگری که در تقسیم قضایی باید رعایت گردد این است که تقسیم باید عادلانه باشد چنانچه قانون مدنی در ماده ۱۹۵۸ خود به آن اشاره نموده « حقوق مشترکه متقاسمین بر اعیان تحت قسمت هنگام تقسیم رعایت می شود.»<sup>۱</sup>

### توضیح :

اگر چه در این ماده به صراحت ذکر نگردیده است که تقسیم قضایی باید عادلانه باشد، اما به نظر میرسد که منظور از رعایت حقوق مشترک متقاسمین، رعایت عدالت در تقسیم است قاضی و یا قاسم مکلف است که در بین حصص معادله نماید و بعد از رعایت توازن و مساوات، سهم هر شریک را برایش تادیه نماید و اگر عدالت میان سهام شرکاء مراعات نشده باشد، تقسیم در معرض سقوط قرار میگیرد.

## فرع سوم - مقارنه بین فقه اسلامی و قانون مدنی در شرایط تقسیم :

### الف - موارد اتفاقی:

۱- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در شرط کردن مطالبه تقسیم از طرف یکی از شرکاء و یا همه آنها موافق می باشد یعنی : زمانی قاضی مال مشاع مشترک را میان متقاسمین تقسیم کرده می تواند که از طرف آنها مطالبه تقسیم، صورت گیرد و در صورت نبودن مطالبه قاضی اقدام به تقسیم نخواهد کرد.

۲- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در شرط نمودن عدالت در تقسیم موافق است ، هر دو به مساوی بودن سهام شرکاء حکم میکنند و اگر در تقسیم سهام، عدالت صورت نگرفته باشد، تقسیم در معرض سقوط قرار میگیرد.

۳- قانون مدنی با فقه اسلامی در شرط نمودن قابلیت تقسیم که مال مشاع مشترک، قابلیت تقسیم را داشته باشد، موافق میباشد اگر چه ظاهراً موافقت معلوم نمی شود؛ زیرا در قانون مدنی قابلیت شرط شده و در فقه اسلامی، نه منجر شدن تقسیم به ضرر، لیکن مثال هر دو یک چیز میباشد.

۴- ادخال داینین در تقسیم مال موروثی در قانون مدنی شرط شده است اما در فقه اسلامی به شکل مذکور که ادخال داینین را یکی از شرایط تقسیم قضایی پنداشته شود، قید نگردیده است

### ب- موارد اختلافی:

در فقه اسلامی شرط شده است که تقسیم مشتمل به رد نباشد و اگر تقسیم مشتمل به رد باشد جز به

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۲.

رضاء ، قضاءً و اجباراً صورت نمیگیرد؛ زیرا تقسیمیکه مشتمل به رد باشد شکل بیع رابه خود میگیرد که در بیع اجبار درست نمی باشد اما در قانون مدنی به این شرط اصلاً اشاره صورت نگرفته و قانون از این شرط ساکت باقی مانده.

### مطلب دوم - دعوی تقسیم

این مطلب نیز به سه فرع مشتمل میباشد: فرع اول در مورد دعوی تقسیم در فقه اسلامی، فرع دوم دعوی تقسیم در قانون مدنی، فرع سوم در مقارنه بین فقه و قانون در دعوی تقسیم، که به شکل ذیل تفصیل میگردد:

#### فرع اول - دعوی تقسیم در فقه اسلامی :

##### نوشتار اول - اسباب رفع دعوی :

مسئله تقسیم اموال مشترک، وقتی به پای محکمه کشانیده می شود که یکی از دوسبب ذیل موجود گردد.

#### ۱- وجود اختلاف میان شرکاء:

وقتیکه میان شرکاء به سرمسئله تقسیم اموال مشترک نزاع و کشمکش تبارز نماید به این شکلی که بعضی از آنها خواهان تقسیم باشند و بعضی دیگر آنها منع کننده گان آن، و یادر چگونه گی تقسیم باهم موافقت نداشته باشد در این صورت امر تقسیم رابه محکمه مربوطه شان برده و از قاضی خواهان تقسیم مشروع و عادلانه شوند تا اینکه قاضی بادر نظر داشت احکام شرعی و قانونی تقسیم، مال مشترک را اجبراً به طور عادلانه میان شان تقسیم نماید.<sup>۱</sup>

#### ۲ - وجود غایب و یا غیر کامل الأهلیة در دعوی تقسیم:

زمانیکه میان متقاسمین غایب، صغیر، یا مفقودالاثر موجود باشد امر تقسیم باید در محکمه صورت گیرد. البته این در صورتی است که از برای صغیر یا غائب، ولی نباشد، اگر ولی داشته باشند، ولی صغیر یا غایب به اساس توافق همراه باقی شرکاء، مال مشترک را تراضیاً میان خود تقسیم نمایند.<sup>۲</sup>

مالکی ها - رحمهم الله - وصی را اجازه نمیدهند که بدون اذن قاضی، مال مشترک رابه اساس توافق بین شرکاء تقسیم نمایند و بعد از گرفتن اجازه از قاضی، وصی میتواند یکجا با شرکاء مال مشترک را تراضیاً تقسیم نماید اما وکیل غائب می تواند بدون اذن قاضی مال مشترک را به اساس توافق بین

<sup>۱</sup> مجمع الانهر ۴۸۸/۲، المغنی لابن قدامه ۹/ ۷۱.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۵/ ۴۷۸.

شرکاء تقسیم نماید؛ زیرا وکیل غائب به اساس مشوره واذن قاضی تعیین گردیده پس اذن قاضی به تعیین وکیل بعینه اذن به تقسیم وکیل است.<sup>۱</sup>

### نوشتار دوم - خصوم در دعوی تقسیم :

#### الف - مدعی :

مدعی در دعوی تقسیم ممکن است یکی از شرکاء ویا نایب آنها باشد مانند : ولی یاوصی که جهت مصلحت مال صغیر در اجرای عملیه تقسیم حضور داشته باشند . ممکن است شرکاء متعدد، مدعیین تقسیم قرار گیرند، وهم چنان وارث ،جهت تقسیم مال ترکه میتواند رفع دعوی کند؛ زیرا وارث مالک حصه شائعه در ترکه بعد از وفات مورث محسوب میگردد، مشتری حصه مشاع، نیز از جمله مدعیین تقسیم شده می تواند؛ زیرا کسیکه سهم مشاع داشته باشد میتواند در آن به بیع و غیره تصرف نماید پس اگر در مورد سهم مشاع مشترک خود، مدعی تقسیم گردد، نیز اشکالی ندارد.<sup>۲</sup>

#### ب - مدعا علیه در دعوی تقسیم :

مدعا علیه عبارت از باقی شرکاء ویا نایبین آنها می باشند که رفع دعوی نکرده باشند، پس مدعی میتواند که همراه همه آنها ویا بعضی آنها که از تقسیم مال مشترک انکاری باشند دعوی نماید، اگر مدعی از بعضی شرکاء بی خبر باشد و رفع دعوی کند و قاضی مال مشترک رامیان شان تقسیم نماید بعداً معلوم گردد که بعضی از شرکاء از سهم محروم شدند، تقسیم مذکور قابل نقض می باشد، شریک محروم میتواند جهت نقض تقسیم رفع دعوی کند.<sup>۳</sup>

#### نوشتار سوم - محکمه ویژه رسیدگی به تقسیم :

محکمه ویژه رسیدگی به دعوی تقسیم ، محکمه ابتدایی است که عقار مشاع در حوزه قضایی آن قرار دارد، ویا محل اقامت مدعا علیه بوده باشد ، بنابر این مدعی میتواند دعوی تقسیم رابه قاضی شهر ویا در محلی که در آنجا عادتاً مدعا علیه اقامت دارد پیش کند. طبق فیصله فقهاء ممکن است که قضاء به زمان، مکان، حادثه و شخص، تخصیص پیدا کند زمانیکه قاضی از طرف ولی الأمر به قضای یک ناحیه یا یک شهر معین گردد صلاحیت قضاء رادر ناحیه های دیگر ندارد وهم چنان اگر قاضی از طرف ولی الأمر به فیصله یک حادثه تعیین گردد صلاحیت قضاء رادر حوادث دیگر نمی داشته باشد، چنین حکم است در تحدید قضای قاضی به مدت معین، اگر ولی الأمر صلاحیت کاری قاضی

<sup>۱</sup> شرح الخرشی ۴/۴۱۷.

<sup>۲</sup> حاشیه ابن عابدین ۹/۴۴۴ ، نهایه المحتاج ۳/۲۸۵.

<sup>۳</sup> مجمع الانهر ۲/۴۹۱ ، نهایه المحتاج ۳/۲۸۵.

رابه سال، ماه، محدودسازد قاضی نمیتواند که جز از مدت معین، کار خود را ادامه دهد.<sup>۱</sup>

اگر محکمه ویژه تشخیص دهد که ملکیت مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست، مانند اینکه: مال مشاع موثر، گاو یا گوسفند باشد و یا اینکه: قابل تقسیم باشد ولی توسط تقسیم مال مشاع، قیمت آن پایین می آید، مثل اینکه: مال مشاع خانه چند طبقه ای یا زمین زراعتی باشد که تقسیم آن منجر به تنزیل قیمت آن گردد، در این حالات محکمه، مال مشاع را از طریق مزایده علنی به فروش رسانده و پول آن را بین شرکاء به تناسب حصص شان تقسیم می نماید، و اگر مال مشاع قابل تقسیم باشد، در این حالت محکمه ویژه آن را تقسیم می نماید.<sup>۲</sup>

### فرع دوم - دعوای تقسیم در قانون مدنی :

اگر مال مشاع قابل تقسیم باشد با یدمحکمه ابتدائیه ذیصلاح ترتیب تقسیم آن را اتخاذ نماید، به این منظور که: محکمه ابتدائیه ذیصلاح باید سه مرحله را قرار شرح ذیل سپری نماید:

#### ۱- تقسیم ملک مشاع :

در مورد کیفیت تقسیم مال مشاع ماده ۱۹۵۵ قانون مدنی چنین حکم می نماید: « هرگاه مال قابل قسمت باشد، محکمه میتواند هنگام مطالبه تقسیم از جانب یکی از شرکاء، یک یا چند نفر اهل خبره رابه منظور ترتیب و تقسیم حصه هر شریک مؤظف نماید».<sup>۳</sup>

طبق نص این ماده اگر مال قابل تقسیم باشد، باید قاضی محکمه ذیصلاح آن را میان شرکاء تقسیم نماید. در چنین حالتی قانون مدنی به قاضی صلاحیت داده است تا اشخاصی که در مسأله تقسیم اهل خبره به شمار می رود نایبین خویش قرار داده و مال مشترک قابل تقسیم را، بین شان، تقسیم نمایند، منظور از اهل خبره: اشخاص ملکیتی است که در رشته های خاص دارای تخصص و تجربه کافی باشند مانند: مساح،<sup>۴</sup> متخصص اصلاحات اراضی، مهندس، انجیرساختمانی و امثال اینها.<sup>۵</sup>

اهل خبره مکلف اند مال مشاع رابه کوچک ترین حصه ها تقسیم نماید ماده ۱۹۵۶ قانون مدنی در این مورد چنین حکم میکند: « اهل خبره حصص رابه اساس خوردترین سهم تقسیم می کند گرچه تقسیم جزئی باشد، در صورت عدم امکان میتواند حصه هر یک از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند».<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۱۴۵/۴، حاشیه ابن عابدین ۴۳۷/۹.

<sup>۲</sup> همان مرجع.

<sup>۳</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۲.

<sup>۴</sup> زمین پیمای، فرهنگ عمید صفحه ۳۰۲.

<sup>۵</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۳.

<sup>۶</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۲.

## توضیح :

۱- احمد نام وفات نماید از وی اموال منقول و غیر منقول طور میراث به ورثه بماند، ورثه یک نفر زوجه و سه نفر پسر، یک نفر دختر باشد، در این صورت اهل خبره مال رابه اساس خوردترین سهم (هشت یک) تقسیم می نماید مثلاً متروکه موازی (۸) جریب زمین قابل قسمت باشد اولاً یک جریب زمین از جمله (۸) جریب به حصه زوجه مجزا گردد و باقی (۷) جریب زمین را از قرار یک حصه برای دختر دو حصه برای پسران جداو اداء نماید.

۲ - در صورت نبودن خوردترین سهم، اهل خبره می تواند حصه هر یکی از شرکاء راتعین و مجزا نمایند چونکه در این صورت خوردترین سهم درترکه وجود ندارد مسئله میراث از رؤس می شود، رؤس در اینجا چهار است، اهل خبره هشت جریب زمین رابالای چهار نفر تقسیم نماید به هر یکی از ورثه دو جریب زمین می رسد.

## ۲- حل و فصل منازعات :

ماده ۱۹۶۴ قانون مدنی افغانستان در مورد حل فصل سایر منازعات چنین حکم می نماید: «محکمه ابتدائیه مندرج ماده ۱۹۶۳ این قانون، منازعات ناشی از تعیین حصص و سایر منازعات مربوطه راکه قانوناً در ساحه صلاحیت آن داخل باشد، حل و فصل می نماید.»<sup>۱</sup>

از نص این ماده به خوبی استنباط میگردد که : منازعات میان شرکاء به دودسته تقسیم می شود:

### دسته اول : منازعات ناشی از تقسیم مال مشاع :

منازعات ناشی از مال مشاع عبارت است از اینکه یکی از شرکاء ادعا نماید که حصه وی به حصه سایر شرکاء غیر مساوی است، و یا مالی راکه شریک دیگر جهت تکمیل کمبودی حصه وی ، پرداخته کمتر بوده است و امثال اینها.

### دسته دوم - منازعات غیرناشی از مال مشاع :

منازعات غیرناشی از مال مشاع عبارت از منازعاتی است که ناشی از تعیین حصص نباشد ماده ۱۹۶۵ قانون مدنی در این مورد چنین حکم می نماید : «هرگاه هنگام رسیدگی محکمه ابدائی به دعوی تقسیم ، منازعات دیگری بروز نماید محکمه مکلف است دعوی تقسیم راتازمان انفصال قطعی منازعات مذکور متوقف سازد.»<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> همانمصدر.

<sup>۲</sup> همان مصدر.

طبق نص این ماده منازعاتی که مربوط به تقسیم مال نباشد بلکه راجع به اصل ملکیت باشد، مانند اینکه یکی از شرکاء ادعانماید که جانب مقابل اصلاً شریک وی نیست، یا شرکاء حین تقسیم یک بردیگری حمله نموده اورامجروح سازد ویایکی از شرکاء دیگری رابه قتل برساند وامثال اینها، درچنین حالات محکمه‌ابتدائیه مکلف است الی حل وفصل این دعاوی تقسیم مال مشاع رامتوقف سازد، به این توضیح که : اول این منازعات راحل وفصل نماید وسپس به تقسیم مال مشاع مشترک بپردازد.<sup>۱</sup>

### ۳- حکم به اعطای حصه هر شریک :

درمورد اعطای نصیب هر شریک بعد از حل وفصل سایر دعاوی فقره های اول ودوم ماده ۱۹۶۶ قانون مدنی چنین حکم می نماید: «هرگاه منازعه قطع شود وحصص به طریق رضایی تعیین گردد محکمه به اعطای حصه مفروزه هریک ازشرکاء حکم می نماید، ودرصورتی که حصص بطریق رضایی تعیین نگردد تقسیم بین شرکاء یه اساس قرعه صورت گرفته ودر محضر محکمه درج گردیده وبه اعطای حصه مفروزه هر شریک حکم صادر می گردد.<sup>۲</sup>

ازنص این ماده به خوبی استنباط می گردد که : بعد از مرحله حل وفصل سایر دعاوی توسط محکمه ابتدائیه مرحله سوم که همان مرحله اعطای حصص شرکاء است فرامی رسد. بنابر این محکمه‌ذیصلاح بعداز تعیین حصص توسط اهل خبره وپرداخت کمبود حصص به شرکائی که حصص آن کمتر بوده توسط شرکائی که حصص آنها بیشتر بوده ، حصص رابه اساس قرعه میان شرکاء تقسیم وحصص هرکدام رابه آنها اعطاء نماید.<sup>۳</sup>

### فرع سوم - مقارنه بین فقه وقانون دردعوی تقسیم :

#### الف- مورداتفاقی:

\*- در ایجاد محکمه‌اختصاصی جهت بررسی به احکام تقسیم که همانا محکمه‌ابتدائیه درهرحوزه وهر ولسوالی میباشد، قانون مدنی وفقه اسلامی باهم موافق هستند جز اینکه : قانون مدنی شیوه کاری محکمه رادرمورد تقسیم مال مشاع به سه مرحله تنظیم نموده است (مرحله تقسیم ،مرحله حل منازعات مرحله صدورحکم ).

<sup>۱</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۴.

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۳.

<sup>۳</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۵.



## موارد مسکوت عنه:

۱- فقه اسلامی از اسباب رفع دعوی یاد آور شده و گفته: که اصل در تقسیم اموال شایع، تقسیم رضای می باشد، ضرورت به تقسیم قضایی روی اسباب مشخص صورت میگیرد که متاسفانه قانون مدنی از اسباب رفع دعوی یادآوری نکرده.

۲- فقه اسلامی از ارکان دعوی که همانا مدعی و مدعا علیه است بحث نموده و گفته است: قسمی که مدعی و مدعا علیه اشخاص اصیل شده می تواند چنان نابین آنها نیز شده می توانند، و قسمی که مدعا علیه شخصی واحد شده می تواند، اشخاص متعدد نیز شده می توانند، وهم چنان از حقدار بودن مدعی در انتخاب محل، برای دعوی تقسیم، یادآوری صورت گرفته اما قانون مدنی در مورد همه امور مذکوره سکوت اختیار نموده است.

## مطلب سوم - چگونگی اجرای تقسیم قضایی:

اصل در تقسیم اجناس مشاع مشترک این است که عیناً تقسیم کرده شود و به هر شریک جزء از مال مقسومه مواصلت و رزد لیکن بعضی اوقات تقسیم مال مشترک عیناً متعذر میباشد به سببی که مال توسط تقسیم از بین میرود و یا در منفعت آن کمی به میان می آید و یا از قیمت آن کاسته می شود در همه این صورت ها مال مشترک به طریق تصفیه تقسیم کرده می شود یعنی: مال مشاع مشترک به قیمت مناسب به فروش میرسد و پول آن به میزان سهام، میان شرکاء تقسیم کرده می شود، پس چگونگی تقسیم مال رابه طریق عینی و یا تصفیه، در ضمن سه فرع به قرار ذیل زیر بحث میگیریم: فرع اول چگونگی تقسیم قضایی در فقه اسلامی، فرع دوم چگونگی تقسیم قضایی در قانون مدنی، فرع سوم مقارنه میان فقه اسلام و قانون مدنی.

### فرع اول - چگونگی تقسیم قضایی در فقه اسلامی:

تقسیم به اعتبار ضرورت به تقویم و عدم ضرورت به آن، به دو نوع است: نوع اول تقسیم عینی قضایی نوع دوم تقسیم تصفیه قضایی.

### نوع اول - تقسیم عینی قضایی:

تفصیلاتی که در مورد چگونگی تقسیم عینی در تقسیم اتفاقی صورت گرفت در تقسیم قضایی نیز قابل اجراء است با زیادت نکاتی که ذکر میگردد که رعایت آنها نیز ضروری پنداشته می شود و این نکات در عبارات ذیل خلاصه می گردد:

۱- قاضی و یا قاسم باید به مقدار سهام شرکاء، معرفت کامل حاصل نماید.

۲-- قاسم باید مساوات و برابری را در بین سهام شرکاء قائم نماید و این در صورتی می شود که سهام را طبق قواعد علم میراث، تصحیح مسئله نماید ولو که ترکه نباشد.

۳- اهل خبره مال مشترک را به اساس خوردترین سهم تقسیم کند گرچه تقسیم جزئی باشد و حصه هر یکی از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند.

۴- هر یک از سهام را نشانه گذاری کند، آسان ترین طریقه نشانه گذاری ترقیم است که یک سهم را به اول و متصل آن را به دوم و دیگر آن را به سوم به همین قیاس، عنوان گذاری نمایند.

۵- قاسم بعد از تعیین و ترقیم سهام، عمل قرعه کشی را میان شرکاء پیاده نماید، صورت های قرعه کشی در تقسیم اتفاقی کاملاً تشریح گردید.<sup>۱</sup>

### نوع دوم - تقسیم تصفیه :

زمانیکه تقسیم مال مشاع عیناً متعذر گردد آیا جائز خواهد بود که مال مشاع به فروش رسانیده شود و ثمن آن میان شرکاء تقسیم گردد؟

در پاسخ به این سوال گفته می توانیم: زمانیکه عین مشترک توسط تقسیم تلف می گردید و یا اینکه منفعت آن از بین می رفت شرکاء به این امر اتفاق نظر دارند که بشکل مشترک از آن استفاده صورت گیرد و یا مال مشترک را به فروش رساند و ثمن آن را میان خود تقسیم نمایند هر دو صورت جواز دارد؛ زیرا حق از آنها است چگونه بخواهند در آن تصرف کرده می توانند.<sup>۲</sup>

اگر شرکاء به فروش مال اتفاق نکنند بلکه بعضی از آنها از قاضی فروش آن را طلب نمایند و بعضی دیگر آنها از فروش آن امتناع ورزند آیا قاضی می تواند که مال مشترک را جبراً به فروش رسانیده و ثمن آن را بین شرکاء تقسیم نماید؟ فقهاء در پاسخ به این مسئله به دودیدگاه قرار شرح ذیل تقسیم شده اند:

### دیدگاه اول :

امام ابوحنیفه - رحمه الله -<sup>۳</sup> و شافعی ها - رحمه الله -<sup>۴</sup> به این باور هستند در صورتیکه مال قابلیت تقسیم رانداشته باشد تقسیم کرده نمی شود بلکه به شکل مشترک از آن استفاده صورت گیرد.

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> المنتقی للباچی ۶۰/۹.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵.

<sup>۴</sup> ادب القاضی للحموی ۳۵۲/۲، تالیف شهاب الدین ابن اسحاق ابراهیم ابن عبدالله الهمدانی الحموی مشهور به ابن ابی الدم، الشافعی، المتوفی سنة ۴۶۲ هـ، مطبوعه الارشاد بغداد.

## دلایل دیدگاه اول :

۱- قوله تعالی: { يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا انفسكم إن الله كان بكم رحيماً }<sup>۱</sup>.

**ترجمه :** ای مومنان! مالهای یک دیگر را در بین تان به ناروانخوريد مگر اگر باشد (این معامله) تجارت به رضایت شما. و نکشید جان های خود را یقیناً الله تعالی بر شما مهربان است.<sup>۲</sup>

## وجه استدلال :

در آیت فوق تصریح شده که بیرون شدن مال از ملکیت مالک آن بدون رضایتش جواز ندارد، رضایت شرط جواز معاملات به شمار میرود، جبر و اکراه در معاملات درست نمی باشد پس جبر به فروش مال مشترک نیز جواز ندارد.

۲ - کدام دلیلی از قرآن و سنت به ازاله ملکیت جبراً وجود ندارد، پس جبر کردن به فروش مال مشترک و تقسیم ثمن آن میان شرکاء امر غیر مشروع میباشد.<sup>۳</sup>

۳ - ملکیت شرکاء در مال مشاع مشترک کامل است کسی دیگری دخیل در ملکیت نمی باشد پس چگونه قاضی میتواند که مال شرکاء را جبراً به فروش برساند در حالیکه دخیل در مال نیست.<sup>۴</sup>

## دیدگاه دوم :

مالکی ها<sup>۵</sup> و حنبلی ها<sup>۶</sup> - رحمهم الله - میگویند: کدام مال مشترکی که قابلیت تقسیم رانداشته باشد در صورتی که یکی از شرکاء تقسیم آن را طلب نماید و باقی شرکاء از تقسیم آن امتناع ورزند، قاضی می تواند که مال مشاع را جبراً به فروش برساند و پول آن را حسب سهام، بالای شان تقسیم نماید، برابر است که مال مشاع منقول باشد و یا غیر منقول .

## دلایل دیدگاه دوم :

۱ - در صورتیکه در تقسیم مال مشترک مشاع، ضرر بوده باشد، شریک حق دارد که فروش آن را از قاضی طلب کند تا پول آن میان شرکاء تقسیم گردد؛ زیرا که طالب تقسیم می خواهد که خود را از ضرر شرکت نجات دهد به هر شکلی از اشکالی که امکان داشته باشد.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> سورت النساء آیت ۲۹ .

<sup>۲</sup> تفسیر احسن الکلام ۴۰۳/۲ .

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۹/۵ .

<sup>۴</sup> مغنی المحتاج ۴/۲۶۶ .

<sup>۵</sup> بدایة المجتهد ۵۱/۲ .

<sup>۶</sup> المبدع شرح المقنع ۱۲۱/۱ ، الانصاف ۳۳۵/۱۱ .

<sup>۷</sup> بدایة المجتهد ۵۱/۲ .

۲ - تقسیم برای قطع نمودن اساس و بنیاد نزاع وضع گردیده، و در مقام مذکور تقسیم ممکن نمی باشد پس یگانه راه قطع نزاع بین شرکاء فروش مال مشاع و تقسیم ثمن آن است.<sup>۱</sup>

۳ - شرکت در مال زمانیکه امر حتمی و لازمی نباشد و یکی از شرکای مال مشترک، استقلال سهم خود را از قاضی طلب نماید، جز از فروش مال و تقسیم ثمن آن، دیگر راه حل موجود نباشد، قاضی جهت حل مشکل طالب تقسیم، مال مشترک را جبراً به فروش رسانیده و سهم مقتضی را جدا و برایش تادیه نماید.<sup>۲</sup>

**دیدگاه راجح :** از خلال دلایل دیدگاه های ذکر شده رجحان دیدگاه دوم که عبارت از اجبار قاضی به فروش مال غیر قابل قسمت است، دانسته میشود؛ زیرا در ترک اجبار به شریکی که اراده دارد خود را از ضرر شیوع و شرکت نجات دهد ضرر متوجه است و به شرکایکه مانعین تقسیم هستند کدام ضرری عاید نمیگردد؛ زیرا که عوض ملکیت را بدست می آورند با وجودیکه حق دارند که سهام شرکای که حاضر به فروش سهام خود هستند به دیگران نگذارند بلکه خود شان خریداری نماید.

### فرع دوم - چگونگی تقسیم قضایی در قانون مدنی:

هرگاه شرکاء در تقسیم مال مشاع به توافق نرسند و برخی از آنها تقسیم را از قضا مطالبه نمایند و قاضی مال مشاع را میان آنها تقسیم نماید، چنین تقسیمی را تقسیم قضایی که در فقه به نام تقسیم به اجبار نامیده می شود می گویند در تطبیق تقسیم اجباری طبق قانون مدنی به سه نکات ذیل توجه باید داشت:

#### ۱- تعریف تقسیم قضایی :

تقسیم قضایی عبارت از تقسیمی است که توسط قاضی محکمه ذیصلاح در اثر مطالبه برخی از شرکاء در صورت عدم توافق شان به تقسیم رضائی، انجام می گیرد.<sup>۳</sup>

ماده (۱۱۲۲) مجلة الاحکام در مورد تعریف قسمت قضایی چنین می گوید: «قسمت قضا آن است که تقسیم ملک مشترک به طلب بعض از مقسوم لهم به حکم قاضی جبراً صورت گیرد.»<sup>۴</sup>

#### ۲- قابل تقسیم بودن مال مشاع :

در مورد کیفیت تقسیم مال مشاع ماده (۱۹۰۰) قانون مدنی چنین حکم می نماید: «هرگاه مال قابل قسمت باشد، محکمه میتواند هنگام مطالبه تقسیم از جانب یکی از شرکاء، یک یا چند نفر اهل خبره را به منظور

<sup>۱</sup> کشاف القناع ۶/ ۳۷۲.

<sup>۲</sup> المعونة علی مذهب عالم المدينة ۲/ ۱۲۸.

<sup>۳</sup> الفقه الاسلامی وادلتہ ۵/ ۵۲۹.

<sup>۴</sup> مجلة الاحکام صفحه ۱۵۹.

ترتیب و تقسیم حصه هر شریک مؤظف نماید.<sup>۱</sup>

طبق نص این ماده اگر مال قابل تقسیم باشد قاضی محکمه ذیصلاح باید آن را میان شرکاء تقسیم نماید درچنین حالتی قانون مدنی به قاضی صلاحیت داده است تا اشخاص را که در تقسیم اهل خبره محسوب می شوند مانند: جریب کش در تقسیم زمین زراعتی و باغها، کلانتر مندوی در تقسیم اموال تجارته از قبیل بادام، چهار مغز، پسته و غیره، دلال در تقسیم مواشی از قبیل گوسفند، گاو، بز و غیره، شخص عالم به علم میراث در تقسیم ترکه نایب خویش تعیین نموده مال مشترک قابل تقسیم را، بین شان تقسیم نمایند.

### ۳- قابل تقسیم نبودن مال مشاع :

در مورد قابل تقسیم نبودن مال مشاع ماده ۱۹۶۷ قانون مدنی چنین حکم میکند: «هرگاه تقسیم عین مال متعذر بوده یا مالی که تقسیم آن مطلوب است در اثر تقسیم قیمت آن بسیار زیاد تنزیل یابد، مال طبق احکام قانون اصول محاکمات مدنی به فروش میرسد».<sup>۲</sup>

طبق نص این ماده اگر محکمه ابتدائیه تشخیص دهد که مال مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست به عنوان مثال مال مشاع یک عراده موتر است، و یا تقسیم آن ممکن است اما با تنزیل قیمت، به عنوان مثال، مال مشاع خانه دارای چند طبقه و یا زمین زراعتی باشد اگر تقسیم شود، این تقسیم موجب کاهش قیمت آن میگردد. در چنین حالات، محکمه می تواند مال مشاع را از طریق مزایده به فروش رساند و سپس پول آن را میان شرکاء به تناسب حصص آنها، تقسیم نماید.<sup>۳</sup>

مثلاً: متروکه یک دربند حویلی دارای مساحت سه بسوه و شامل سه خانه نشیمن باشد که از مورث برای یک نفر زوج و یک نفر بنت و سه نفر بنون طور میراث باقی مانده باشند نخست اینکه: تقسیم مال مشاع بالای پنج نفر ورثه از حیث انتفاع متعذر بوده بعد از تقسیم از آن استفاده مطلوب برای هریک از تقسیم گنده گان میسر نمی گردد باز هم اگر به اساس اصرار زیاد شرکاء، خانه مذکور در بین پنج نفر ورثه به قرار حصص استحقاق، تقسیم گردد قسمت حصه مفروزه هریک از شرکاء بسیار زیاد تنزیل یافته آن را کسی به قیمت مناسب خریداری نه نماید، بناءً حویلی متروکه و مال مشاع مذکور به تجویز محکمه و موافقه شرکاء قبل از تقسیم به قیمت مناسب بالای شخص به فروش رسیده و قیمت آن در بین ورثه، قرار حصص استحقاق میراث، تقسیم میگردد.

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۲.

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۳.

<sup>۳</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۲.

## فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون :

### الف- مورداتفاقی:

\*- فقه اسلامی و قانون مدنی در اصلت تقسیم عینی باهم توافق دارند به این شکلی که: اصل در تقسیم اموال مشاع مشترک این است که عیناً تقسیم گردد و در صورتی که مال مشترک توسط تقسیم تلف میگردید و یا اینکه در منفعت آن کمی احساس می شد و یا از قیمت آن کاسته می شد، در این همه صورتها مال مشترک به فروش رسانیده شود و قیمت آن میان شرکاء تقسیم گردد.

### ب - مورداختلافی:

\*- مال مشاع مشترک که قابلیت تقسیم رانداشته باشد راه حل رافقه اسلامی بنابر اختلاف فقهاء به دو طریق توضیح داده :اول: مال مشترک به اشتراک خود باقی گذاشته شود و به شکل نوبت وار از آن استفاده صورت گیرد دوم: مال مشترک به فروش رسانیده شود و قیمت آن میان شرکاء تقسیم گردد در حالیکه قانون مدنی تنها یک شیوه رایج نموده که عبارت از فروش مال مشترک و تقسیم قیمت آن، میان شرکاء است.

### ج - موردمسکوت عنه:

\*- فقه اسلامی به شکل اجمالی به شیوه های تقسیم عینی اشاره نموده است در حالیکه قانون مدنی از ذکر چنین شیوه ها ساکت می باشد.

## مبحث سوم - آثار و عوارض تقسیم .

هر پدیده و عمل دارای آثار و احکام خاصی می باشد که تقسیم مال مشترک از این قاعده مستثنی نخواهد بود بناءً زمانیکه عمل قاسم به پایه تکمیل میرسد آثاری بر آن مرتب میگردد که لازم متقاسمین می باشد، مثلاً: زمانیکه عمل قاسم به آخر میرسد، تقسیم تقرر و ثبوت پیدا میکند، به هیچ وجه قابل نقض نمی باشد مگر اینکه بعد از تقسیم اموری بروز نماید که در وقت تقسیم آشکار نبوده، تقرر و ثبوت تقسیم را در معرض خطر قرار دهد بناءً آن عده آثار و عوارضی که احتمال دارد بعد از تکمیل تقسیم، پدیدار گردد در ضمن دو مطلب، مطلب اول در آثار تقسیم و مطلب دوم در عوارض تقسیم به قرار شرح ذیل بیان می نمایم:

### مطلب اول در آثار مرتبه برتقسیم :

بعد از تمام عملیه تقسیم تعدادی از آثاریکه بالای تقسیم مرتب می شود میخواهم در این مطلب زیر بحث بگیرم ناگفته نماند که بحث از آثار مرتبه برتقسیم در سه فرع گنجانیده شده است (فرع اول آثار تقسیم در فقه اسلامی، فرع دوم آثار تقسیم در قانون مدنی، فرع سوم مقارنه بین فقه و قانون).

### فرع اول - آثار تقسیم در فقه اسلامی :

#### الف - لازمی بودن تقسیم :

مراد از لازمی بودن تقسیم، این است که شرکاء نمی توانند مجدداً حالت اشاعه را برگرداند به عبارت دیگر بعد از تقسیم چانس اقاله و تفاسخ میسر نیست، از نظر فقه حنفی تقسیم چه رضایی باشد و چه قضایی پس از تکمیل آن لازمی گردد رجوع از آن جواز نخواهد داشت به عنوان مثال هرگاه چند نفر در یک حویلی شریک باشند محکمه آن را بین آنها تقسیم کند یا خودشان به رضایت خویش آن را بینشان تقسیم نمایند و حصه هر شریک از طریق قرعه افراز شود، در این حالت آنها حق رجوع را از آن، نخواهند داشت، همچنین هرگاه حصص تمام شرکاء به جزیک حصه افراز شوند، آنها حق رجوع از آن را، نیز نخواهند داشت؛ زیرا تمام سهام افراز شده اند، همان یک سهم برای شریک باقی مانده معین شده است.<sup>۱</sup>

تقسیم قضایی قبل از تکمیل شدن نیز لازمی می باشد مثل اینکه: برخی از حصص افراز شوند و برخی دیگری افراز نشوند شرکاء نمی توانند از آن رجوع کنند اما تقسیم رضایی قبل از تکمیل آن، لازمی نمی باشد بنابراین، شرکاء در تقسیم رضایی می توانند قبل از تکمیل تقسیم، از آن رجوع نمایند؛ زیرا تقسیم رضایی جز از افراز تمام حصص، تکمیل نمی شود و هر عاقد قبل از تمام شدن عقد، حق رجوع از عقد را دارد.<sup>۲</sup>

از نظر مالکی ها - رحمهم الله - زمانیکه تقسیم صحیح به انجامد برای هیچ یکی از متقاسمین جواز ندارد که از آن رجوع نماید برابر است که به شکل انفرادی تقاضای نقض تقسیم را کرده باشند و پایه شکل اجتماعی یعنی: مالکی ها فسخ و اقاله را در تقسیم جایز نمی دانند به دلیل اینکه رجوع از تقسیم، انتقال از معلوم بسوی مجهول است زیرا وقتیکه تقسیم تکمیل گردد سهام هر شریک مشخص و معلوم میگردد و در صورت رجوع از تقسیم، سهام به حالت اولی خود که اشتراک و شیوع است بر میگردد و این، جائز نمی باشد و هم چنان تقسیم معناً بیع است و رجوع از بیع درست نمی باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۸۱/۵.

<sup>۲</sup> همان مصدر.

<sup>۳</sup> بدایة المجتهد ۴۹/۲.

شافعی هارحمهم الله -، وحنبلی ها مثل مالکی ها -رحمهم الله - نظر دارند که رجوع از تقسیم چه به اساس اراده انفرادی باشد چه اجتماعی، جایز نمی باشد البته این به نزد آن عده از علماء شوافع وحنابله می باشد که تقسیم را تمیز و افزای حقوق میدانند اما به نزد آن عده از شوافع وحنابله که تقسیم را بیع می دانند پس تقسیم به نزد آنها اقاله را قبول میکند مانند بیع، قسمیکه مذهب احناف چنین بود.<sup>۱</sup>

### ب - افزای حصه :

مهمترین اثر مرتبه بر تقسیم صحیح، خروج حصه ها از حالت اشاعه، استقلال، امتیاز و تملک حصه ها توسط صاحبان سهام است، هریک از شرکاء پس از تقسیم، مالک مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی که بخواهد از قبیل فروش، اجاره، هبه، وصیت در حق خود کرده می تواند در مورد حصه دیگران حقی نخواهد داشت.<sup>۲</sup>

پس از تقسیم هیچ کسی اعم از شریک یا شخص سوم نمی تواند بالای حصه سایر شرکاء تصرفی نماید و موجب ضرر آنها گردد و الا مسئول پرداخت خسارت خواهد بود.

در تقسیم، حق شفعه ثابت نمی شود، زیرا حق شفعه در مبادله محض ثابت میشود در حالیکه تقسیم مال مشاع من وجه مبادله است و من وجه افزای، پس چگونه حق شفعه در آن ثابت گردد.<sup>۳</sup>

فقهاء در مورد طبیعت تقسیم باهم اختلاف دارند حنفی ها میگویند: که در تقسیم برابر است که در مثالیات باشد و یا قیمیات معنای افزای و مبادله هر دو می آید، افزای، یعنی تسلیم شدن حق خود، مبادله یعنی گرفتن عوض حق از شریک، پس هیچ جزء از اجزای مال مقسومه نیست مگر اینکه مشتمل می باشد به دوسهم برابر است که ذوات الامثال باشد و یا ذوات القیم، آن چیزی را که یکی از متقاسمین میگیرد بعضی آن حق خودش بوده و بعضی دیگر آن، حق شریکش میباشد، تملک حق خودش به اساس تمیز و افزای میباشد و تملک حق شریک اش به اساس مبادله پس تقسیم به نزد احناف مشتمل به افزای و مبادله هر دو می باشد، تنها این قدر است که افزای و تمیز در مثالیات، مکیلات، موزونات، معدودات متقاربه غالب می باشد، و مبادله در تقسیم قیمیات؛ زیرا که اجزای قیمی باهم متفاوت می باشد.<sup>۴</sup>

مالکی ها -رحمهم الله - میگویند: که طبیعت تقسیم به سبب اختلاف انواع آن، مختلف می باشد، به نزد مالکی ها اعیان به سه نوع تقسیم می شود.

<sup>۱</sup> روزه الطالبین ۲۱۶/۱۱، الاقناع ۴/۴۱۷.

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام العدلیه ماده ۱۱۶۲.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۶۷/۵.

<sup>۴</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۳/۱۰۰، ۱۰۱.



### ۱ - تقسیم قرعه بعد از تقویم و تعدیل:

قول مشهور مالکی ها- رحمهم الله- چنین است که تقسیم قرعه بعد از تقویم و تعدیل ، تمیز و افراز حقوق می باشد نه بیع.

### ۲ - تقسیم رضایی بعد از تقویم و تعدیل :

قول مشهور مالکی ها در تقسیم رضایی بعد از تقویم و تعدیل چنین است که این نوع از تقسیم بیع میباشد نه تمیز و افراز.

### ۳ - تقسیم رضایی بدون تعدیل و تقویم:

در تقسیم رضایی به غیر از تعدیل و تقویم مالکی ها به بیع بودن آن اتفاق نظر دارند.<sup>۱</sup> شافعی ها میگویند: که طبیعت تقسیم از قسمت اجزاء، تعدیل، رد، خالی نمی باشد اگر طبیعت تقسیم، قسمت اجزاء و متشابهات بوده باشد پس ظاهر مذهب شافعی چنین است که اثر آن افراز خواهد بود و اگر طبیعت تقسیم، قسمت تعدیل باشد پس قول متفقه شافعی ها چنین است که اثر آن بیع خواهد بود؛ زیرا که هر جز از مال، میان متقاسمین مشترک میباشد و در وقت تقسیم هر شریک حصه خود را عوض حصه شریک آخر به فروش میرساند و اگر طبیعت تقسیم رد بوده باشد قول مشهور شافعی ها چنین است که اثر آن نیز بیع می باشد از جهت وجود حقیقت بیع در آن، که عبارت از مبادله مال به مال است.<sup>۲</sup> حنبلی ها میان تقسیم اجباری و رضایی فرق کرده میگویند: که اثر تقسیم اجباری افراز حق است. اما تقسیم رضایی خالی نمی باشد مشتمل به رد خواهد بود و یاخیر، اگر مشتمل به رد نباشد پس اثر آن افراز و تمیز حق است و اگر مشتمل به رد باشد پس اثر آن بیع خواهد بود.<sup>۳</sup>

### ج - استقلال هر شریک در ملکیت حصه اش:

از جمله مهمترین آثار تقسیم استقلال هر متقاسم به سهم خود؛ زیرا که تقسیم از جهت دفع مفاسد شرکت مشروع گردیده است، توسط تقسیم اشتراک خاتمه پیدامیکند و منفعت هر شریک در مورد سهم خودش مکمل میگردد هیچ کس حق ندارد که او را به نحوه استفاده از حصه اش، مجبور بسازد، به مجرد تکمیل شدن عمل تقسیم، هر شریک مالک سهم خود می شود و ارتباطش به سهام دیگران قطع میگردد، هم چنان ارتباط شرکاء دیگر به حصه وی نیز قطع میگردد، پس حصه هر شریک متعین می شود، هیچ یکی از شرکاء به حصه هم دیگر دخالت نمیداشته باشند، چنین استقلال ثمره و دست آورد تقسیم می باشد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> معین الحکام ۵۹۸/۲.

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۲۳/۴، روضة الطالبین ۱۱/۲۱۴.

<sup>۳</sup> الاقناع ۴/۴۱۲، الانصاف ۱۱/۳۳۴.

<sup>۴</sup> تبیین الحقائق ۵/۲۶۴، مغنی المحتاج ۴/۴۱۸.

استقلال هر متقاسم نه تنها منحصر به سهم و حصه او خواهد بود بلکه استقلال متقاسم متعدی به مرافق حصه او نیز می شود مانند: راه، آب و غیره، در صورتی که مال مقسوم زمین زراعتی باشد، زمانیکه هر متقاسم مرافق حصه خود را حاصل نه نماید تقسیم درست تلقی نمیشود؛ زیرا مشروعیت تقسیم جهت تکمیل منافع است و منافع وقتی تکمیل می شود که مرافق حصه از قبیل راه، جوی آب، کاریز و غیره در نظر گرفته شوند.<sup>۱</sup>

### فرع دوم - آثار تقسیم در قانون مدنی :

ماده ۱۹۷۰ در مورد اثر تقسیم چنین حکم میکند: «تقاسم از ملکیت مال مشاع، مالک حصه شناخته می شود که در تقسیم به او تعلق گرفته باشد و در حصص باقیمانده، مالک چیزی نمی باشد».<sup>۲</sup>

#### توضیح :

از نص این ماده دو حکم به قرار شرح ذیل قابل استنباط است :

۱ - هر متقاسم بعد از تقسیم، مالک حصه مفروزه خویش میگردد و در حصه باقی شرکاء مالک شناخته نمی شود بنابراین، در اثر تقسیم، سهم یا حصه هر شریک از حصه سایر شرکاء جدا، معلوم و معین می گردد و پس از قسمت هر کدام از شرکاء مالک مستقل و منفرد حصه خویش شناخته می شود، مالکان نسبت به حصه همدیگر سهم نمی داشته باشند در نتیجه تقسیم مالکیت هر شریک، کامل می شود و قید شراکت از آن برداشته می شود و مالک می تواند به صورت مستقل در آن تصرف مالکانه نماید، مانند: خرید، فروش، اجاره، هبه، وصیت و غیره تصرفات.<sup>۳</sup>

۲ - هر شریک بعد از تقسیم ملک مشترک، حقی در حصص شرکاء دیگر ندارد مثلاً : احمد نام وفات نماید از وی اموال منقول و غیر منقول طور مشاع و مشترک برای سه نفر بنون صلبی طور میراث باقی مانده باشد، سه نفر ورثه مذکور اموال منقول و غیر منقول مال مشاع را با در نظر داشت موقیعت زمین، خانه، قیمت و حقوق ارتفاقی و قابل استعمال بودن آنها، در بین خود به طور یکسان تقسیم رضایی نموده و هر یکی از متقاسمین حصه مفروزه خود را که در تقسیم به او تعلق گرفته متصرف گردد در این صورت متقاسم مذکور از ملکیت متروکه مشاع مذکور، مالک همان حصه شناخته میشود که در چنین تقسیم به او تعلق گرفته است و در حصص سایر ورثه که در حین تقسیم به آنها تعلق گرفته است مالک چیزی شناخته نمی شود بلکه باقیمانده ملک مفروزه آنها می باشد بناءً هر یک از متقاسمین مذکور حق دعوی و تعرض را در حصص سایر ورثه متقاسمین ندارند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> بدایع الصنائع/۵۵/۴۶۹.

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۲.

<sup>۳</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۸۹.

<sup>۴</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمگانی ۴۵/۴.

## فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون :

### الف- مورداتفاقی:

\*- قانون مدنی با فقه اسلامی در صفت مستقل بودن هر شریک به حصه خودش موافق میباشد یعنی: قسمیکه استقلالیت در تصرف در فقه اسلامی از جمله آثار تقسیم قرارداد شده است؛ قانون مدنی نیز به آن تصریح نموده که هر شریک بعد از تقسیم در حصه خودش نوع سلطه (تصرف، انتفاع، استغلال) را بالحاظ قطع تصرف باقی شرکاء، در حصه خود مالک میباشد .

### ب- موارد مسکوت عنه:

۱- در مورد افراز حصه ها فقه اسلامی به شکل تفصیل وار در قالب چهار مذهب بحث نموده که آیا حقیقت تقسیم افراز است و یا بیع اما قانون مدنی از چنین تفصیل ساکت باقی مانده تنها از ماده قانون اشاره دانسته میشود که افراز اثر مرتبه به تقسیم است .

۲- لزوم رافقه اسلامی از جمله آثار تقسیم دانسته زمانیکه تقسیم تکمیل گردد برابر است که توسط قرعه باشد و یا بدون قرعه نقض آن جواز ندارد نه به شکل انفرادی و نه به شکل اجتماعی که: متقاسمین بعد از تقسیم جمعاً به نقض آن اقدام نمایند به شرطیکه تقسیم به شکل درست اش انجامیده باشد اما قانون مدنی به این اثر تقسیم اصلاً توجه نکرده و نه یاد آور شده با وجودیکه لزوم، اثر مهم تقسیم میباشد؛ زیرا تصرفات در حصه ها بعد از تقسیم به لزوم تقسیم استوار می باشد.

### مطلب دوم - عوارض تقسیم

تقسیم بعضی اوقات به اتفاق شرکاء فسخ می گردد که این کار در اصطلاح فقهاء اقاله تقسیم نامیده میشود و بعضی اوقات توسط عوارض، و این عوارض عبارت است از اینکه : مال مقسوم ملکیت مقسوم لهم کلاً یا بعضاً نباشد یعنی: مال مقسوم به استحقاق برده شود و یا بعد از تقسیم و ترکه مال مورثه ، دین بالای میت ظاهر گردد و یا وصیتی در مورد مال متروکه صورت گرفته باشد و یا وارث جدیدی بعد از تقسیم ترکه نمودار گردد، زمانیکه چنین عوارض بعد از تقسیم مال مشترک، پدیدار گردد برابر است که مال مشترک مثلیات باشد و یا قیمیات، تقسیم به تراضی باشد و یا به اجبار، تقسیم فسخ و مال دوباره به حالت مشاع بر میگردد بناءً عوارض واقع شده به تقسیم رادر چوکات سه فرع به قرار ذیل زیر بحث و بررسی قرار میدهم :

## فرع اول - عوارض تقسیم در فقه اسلامی :

### الف : به استحقاق برده شدن مال مقسوم :

از جمله شرایطی که رعایت آن در تقسیم اموال مشترک ضروری می باشد این است که مقسوم ملک شرکاء باشد و تقسیم مال غیر، عملی، فضول و بی معناه محسوب میشود، در جریان تقسیم مال مشترک گاهی اوقات چنین پیش می آید که دانسته یا ندانسته مال غیر، داخل در مال مشترک بوده و بین شرکاء تقسیم می شود. در این مطلب در صدد این هستیم که در حالات مختلف، وجود مال غیر را در مال تقسیم شده تصور نموده و در تقسیم به تراضی و اجبار، وجود آن را در حصه های همه شرکاء و یا بعض آنها، در کل مال مشترک و یا بعض آن مفروضاً یا مشاعاً، مورد بررسی قرار داده و احکام هر یک آنها را با استفاده از نظریات فقهاء با ذکر مثال بیان می نمایم.<sup>۱</sup>

اگر بعد از تقسیم خواه به تراضی باشد و یا به اجبار معلوم شود که کل مال مشاع مستحق للغير است این تقسیم به اتفاق فقهاء باطل است چون چیزی به عنوان مال مشترک وجود ندارد و تقسیم مال غیر فاقد اعتبار است، تقسیم از سر نو آغاز میگردد.<sup>۲</sup>

و اگر استحقاق به بعضی از مقسوم عارض گردد، آن بعض خالی نمی باشد و یا بعض معین می باشد و یا مشاع و اگر بعض معین باشد در سهم یکی از متقاسمین قرار می داشته باشد و یا در سهام همه متقاسمین، پس این چهار حالت دارد که به صورت ذیل تشریح میگردد.

### حالت اول : که استحقاق در یکی از حصه ها به بعض معین واقع گردد.

اگر بعضی معین از حصه یکی از شرکاء مستحق للغير باشد فقهاء در مورد آن اختلاف نموده اند که فشرده اقوال شان را در چهار دیدگاه ذیل خلاصه می نمایم:

#### دیدگاه اول :

حنفی ها و بعضی از مالکی ها - رحمهم الله - به این نظر هستند زمانیکه مال غیر، جزء معین یکی از حصه ها بوده باشد و مستحق، حق خود را به استحقاق ببرد تقسیم باطل نمی شود تنها این قدر خواهد بود که مستحق منه اختیار دارد که تقسیم را باطل قرار داده و از سر نو آغاز به تقسیم کند و یا اینکه به نصف مالی که به استحقاق برده شده به شریک دیگری رجوع نماید؛ زیرا مالی که به استحقاق برده شده مالی معین و مشخص می باشد ضرورت به ابطال تقسیم برده نمی شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۱۶۱/۳.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۸۱/۵.

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۲۲۴/۵، معین الاحکام ۱۴۰/۲.

### دید گاه دوم :

جمهور مالکی ها- رحمهم الله - به این نظر هستند: زمانیکه مال غیر، جزء معین یکی از حصه ها بوده باشد و آن رابه استحقاق ببرد تقسیم باطل نمی شود و از برای مستحق منه اختیار میباشد که قسمت را بدون رجوع به شریک دیگرش باقی میگذارد و یا اینکه تقسیم رانقض میکند و به نصف مال که به استحقاق برده شده به شریک دیگرش رجوع میکند زیرا، اقدام نکردن به نقض تقسیم، دلیل به خیریت تقسیم در حق وی است پس حق رجوع برایش ثابت نمی شود.<sup>۱</sup>

### دید گاه سوم :

شافعی ها و حنبلی ها- رحمهم الله - به این نظر هستند زمانیکه جزء معین مال یکی از شرکاء به استحقاق برده شود تقسیم باطل میگردد و در مالی باقی مانده بعد از استحقاق از سرنو تقسیم صورت گیرد؛ زیرا آنچه بعد از استحقاق باقی می ماند آن حق کامل هر یکی از شرکاء شده نمی تواند یا زیاد می باشد و یا کم، مجبورا جهت تعادل حقوق، تقسیم از سرنو آغاز گردد.<sup>۲</sup>

### دید گاه راجح:

از خلال بحث مذکور رجحان دیدگاه سوم که عبارت از بطلان تقسیم سابق و آغاز تقسیم جدید در مال باقی مانده است به نظر می خورد؛ زیرا از جمله شرایط تقسیم این است که مال مقسوم تماماً در ملکیت مقسوم لهم بوده باشد و اگر شرط مذکور در تقسیم کلاً یا بعضاً فوت گردد تقسیم باطل میگردد .

### حالت دوم - اینکه : استحقاق به جزمعین هر دو حصه وارد گردد:

اگر بعض معین از حصه های هر دو شریک به استحقاق برده شود این صورت از یکی از دو حالت ذیل خالی نمی باشد به تساوی به استحقاق برده شده باشد و یا به تفاوت یعنی: از یک شریک زیاد و از دیگر آن کم. اگر به تساوی به استحقاق برده شده باشد مثلاً از هر شریک نیم نیم جریب زمین زراعتی به استحقاق برده شود، در اینجا به اتفاق فقهاء تقسیم باطل نمی شود؛ زیرا، جز اینکه مال غیر از سهام شرکاء خارج گردیده دیگر کاری صورت نگرفته و این قدر کار تعدیل حصه ها را برهم نمی زند به شرطیکه تغییر منفی ای در حصه یکی از آنها ظاهر نشود، مثل اینکه راه عبور و مرور بسته شود یا مجرای آب بند گردد که در این صورتها به خاطر بطلان منفعت و تعدیل، تقسیم باطل می گردد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> شرح الخرشی ۴/۴۱۴. البهجة شرح التحفة ۲/۱۴۰.

<sup>۲</sup> الحاوی الکبیر للما وردی ۲۱۶/۱۶، المغنی مع الشرح الکبیر ۱۱/۵۱۰ الانصاف ۱۱/۳۶۰.

<sup>۳</sup> حاشیة ابن عابدین ۲۹/۴۴۲ الاتقان والاحکام ۲/۶۵، شرح الخرشی ۴/۴۱۵، الاقناع ۴/۴۱۸.

و اگر مال مقسوم به تفاوت به استحقاق برده شده باشد به شکلی که مال غیر، در حصه یک شریک نسبت به حصه شریک دیگر زیاد باشد مانند: اینکه از یک شریک شش متر زمین زراعتی به استحقاق برده شود و از شریک دیگر چهار متر، فقهای احناف در این مورد به این نظر هستند که: تقسیم باطل نمی شود بلکه شریکی که حصه او زیاد به استحقاق برده شده اختیار دارد که تقسیم را فسخ می سازد و در متباقی از سرنو تقسیم را آغاز میکند و یا اینکه به قدر حصه به شریک دیگری رجوع میکند؛ زیرا متضرر، هم شریکی است که زیاد مال او به استحقاق برده شده فلذا اختیار و الای تقسیم نیز اومی باشد.<sup>۱</sup>

فقهای شوافع و حنابله به این نظر هستند که: در حالت مذکور تقسیم باطل می شود به دلیل اینکه با خروج مال غیر، تعادل حصه هابر هم می خورد و حالت مشاع دوباره برمیگردد و از طرف دیگر نمی توان ضمن تقسیم مال مشترک، مال دیگری را تو ام بامال مشترک، تقسیم کرد خصوصاً که مالک آن هم راضی به این کار نباشد.<sup>۲</sup>

### نظر راجح -

از خلال بحث مذکور رجحان نظر شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - بر ملامی گردد؛ زیرا در صورتی که حصه یک شریک نسبت به شریک دیگر زیاد تر به استحقاق برده شود تشقیص و پراگندگی در شکل تقسیم به میان می آید که این کار سبب متضرر شدن متقاسمین میگردد بناءً بهتر خواهد بود که مال به حالت اشاعه برگردیده مجدداً میان متقاسمین تقسیم قایم شود.

### حالت سوم - اینکه استحقاق به بعض حصه مشاع یکی از شرکاء وارد گردد:

اگر بعض حصه مشاع یکی از شرکاء به استحقاق برده شد مانند اینکه: دوفر یک قطعه زمین را مشترکاً خریداری نمودند و یکی ایشان غایب گردید و شریک حاضر یک قطعه زمین دیگر را نیز خرید و ضمیمه قطعه اول کرد بعداً شریک حاضر وفات نمود و پسران او زمین را میان خود ترکه و مناصفه تقسیم نمودند از سهم شریک غایب اطلاعی نداشتند بعد از تقسیم و ترکه شریک غایب، حاضر گردید دعوی کرد و حق خود را در قطعه اول زمین ثابت کرد و حال آنکه آن قطعه مستحقه در سهم یکی از شرکاء واقع شده بود.

امام ابوحنیفه و امام محمد - رحمهما الله - به این نظر هستند که تقسیم در مابقی صحیح میباشد و مستحق منه اختیار دارد که تقسیم را نقض میکند و از سرنو مابقی بعد از استحقاق را میان خود تقسیم میکند و یا اینکه

<sup>۱</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۴۲/۹.

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۲۵/۴، المغنی لابن قدامه ۵۱۰/۱۱.

تقسیم راباقی می گذارند و مستحق منه به نصف زمینی که به استحقاق برده شده به شریک خود رجوع میکند.<sup>۱</sup>

### دلیل ایشان :

به سبب استحقاق معلوم گردید که در مقدار مال مستحقه تقسیم درست نشده؛ زیرا مانع از صحت تقسیم، نبودن ملکیت است و نبودن ملکیت در مالی است که به استحقاق برده شده اما در مال مابقی، ملکیت شرکاء قایم و ثابت میباشد پس تقسیم هم درست است؛ زیرا مقصود از تقسیم تمیز و اقرار می باشد و این مقصود توسط استحقاق از بین نرفته بلکه پابرجا است.<sup>۲</sup>

شافعی ها، حنبلی ها و امام ابو یوسف - رحمهم الله - به این نظر هستند و قتیکه جزء مشاع در حصه یکی از شرکاء به استحقاق برده شود تقسیم باطل می شود و از سرنو تقسیم صورت گیرد.<sup>۳</sup>

### دلیل اینها :

زمانیکه جزء مشاع به استحقاق برده شد معلوم گردید که در مال مقسومه شریک دیگر نیز وجود دارد و بدون موجودیت شریک و یا نایب او اصلاً تقسیم صحیح نمی شود و هم چنان به استحقاق رفتن جزء مشاع، مقصود تقسیم که عبارت از تمیز و اقرار است از بین می رود؛ زیرا به استحقاق رفتن بعض حصه مشاع یک شریک سبب می شود که مستحق منه به شریک دیگر رجوع نماید.<sup>۴</sup>

### نظر راجح:

از خلال دلایل جانبین رجحان قول جمهور فقهاء دانسته می شود که عبارت است از اینکه : زمانی بعض مشاع از حصه یکی از شرکاء به استحقاق برده شود تقسیم فسخ گردیده و از سرنو تقسیم آغاز می شود؛ زیرا توسط استحقاق بر ملا گردید که مستحق شریک متفاسمین بوده و در صورت در اهمال گذاشتن شریک از عملیه تقسیم، تقسیم باطل می گردد.

### حالت چهارم - اینکه: استحقاق به بعض مشاع هر دو حصه وارد گردد .

وقتیکه بعض مشاع از کل مقسوم به استحقاق برده شود مانند اینکه یک دربند حویلی که میان دو نفر مشترک باشد و آن رامیان خود تقسیم نمایند به این شکلی که یکی از شرکاء ثلث خانه را از دم روی یعنی طرف آفتاب و شریک دیگر دوثلث آن از پشت سر یعنی: سایه رخ که قیمت هر دو مساوی بوده باشد

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۲۲۴/۵ ، حاشیه ابن عابدین ۹/ ۴۴۲ .

<sup>۲</sup> حاشیه ابن عابدین ۹/ ۴۴۲ .

<sup>۳</sup> اسنی المطالب ۴/ ۳۳۴ ، الانصاف ۱۱/ ۳۶۱ ، بدائع الصنائع ۵/ ۴۸۱ .

<sup>۴</sup> تبیین الحقایق ۵/ ۲۷۴ .

اخذ نماید، نصف خانه مذکور به استحقاق برده شود فقهاء در مورد حکم این مسأله به دو دیدگاه عمده ذیل تقسیم شده اند:

### دیدگاه اول :

حنفی ها،<sup>۱</sup> شافعی ها،<sup>۲</sup> حنبلی ها<sup>۳</sup> -رحمهم الله- به این نظر هستند : در صورتیکه مال غیر، در تمام مال مشترک به نحو مشاع مخلوط باشد مثل ثلث مجموع، یارب جمع، تقسیم باطل میگردد .

### دلایل بطلان تقسیم مذکور :

۱ - زمانیکه نصف یارب مال به استحقاق برده شد، ثابت گردید که آن حصه از مال در ملکیت مستحق بوده نه در ملکیت متقاسمین ، و آن حصه مستحقه، مشخص نیست پس اصلاً تقسیم درست نشده؛ زیرا که ملکیت در تقسیم شرط است که مال، مملوک متقاسمین باشد و در اینجا ملکیت به شکل کامل وجود ندارد.<sup>۴</sup>

۲ - مقصود از تقسیم تمیز حصه ها میباشد زمانیکه جزء مشاع بعد از تقسیم به استحقاق برده شد ظاهر گردید که مقصود تقسیم حاصل نشده؛ زیرا مستحق در هر جزء مال مقسوم شریک میباشد و قتیکه مقصود تقسیم از بین برود، خود تقسیم نیز از بین می رود.<sup>۵</sup>

۳ - در تقسیم رضایی تمیز حقوق باید به رضایت شرکاء باشد، با عدم مشارکت مستحق در وقت قسمت این رضایت حاصل نشده و بعد از تقسیم حق او با هر شریک ممزوج باقی مانده پس چگونه حکم نمایم که تمیز حقوق شرکاء صورت گرفته در حالیکه رضایت مستحق وجود ندارد ناگفته نماند که مصداق این دلیل تقسیم رضایی میباشد فقط.

### دیدگاه دوم :

مالکی ها<sup>۶</sup> -رحمهم الله- به این نظر اند: و قتیکه مال غیر، در تمام حصه هامشاعاً به تساوی باشد، تقسیم باطل نمی شود بلکه مستحق از هر شریک به مقدار حقی که نزداو است جدا نماید.

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۲۲۴/۵، تبیین الحقایق ۲۷۴/۵.

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۲۵/۴، الحاوی للماوردی ۲۶۲/۱۶.

<sup>۳</sup> الانصاف ۳۶۰/۱۱.

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۷۴/۵.

<sup>۵</sup> اسنی المطالب ۳۴۴/۴.

<sup>۶</sup> الاتقان والاحکام ۶۵/۲، البهجة شرح التحفه ۱۴۰/۲.



## دلیل دیدگاه دوم :

زمانیکه مال غیر، از حصه هر شریک خارج شد، تعدیل حصه هابره هم نمی خورد و هم چنان هدف تقسیم که عبارت از افراز حصه هاست بعد از استحقاق نیز با برجاه است و هر شریک متصرف حصه خود میگردد و در حصه های واقعی شرکاء نیز تفاوتی به میان نمی آید.<sup>۱</sup>

## دیدگاه راجح :

از خلال دلایل جانبین نظر جمهور فقهاء که استحقاق به جزء مشاع هر دو حصه واقع شود تقسیم باطل میگردد راجح معلوم میشود؛ زیرا که شریک سوم در میدان ظاهر گردید و اگر تقسیم از سر نو گرفته نشود حصه وی در ضمن دو حصه باقی شرکاء محوه میگردد، جز از نقض تقسیم سابقه و اقدام به تقسیم جدید، دیگراهی برای تعیین حصه مستحق پیش رونداریم .

## ب - ظهور دین در اموال تقسیم شده :

اگر اموال مشترک بین متقاسمین مال ترکه باشد و بعد از تکمیل تقسیم بالای میت دین ثابت گردد آیا تقسیم نقض خواهد شد تاحق داین از آن اداء گردد و یا اینکه داین به ورثه رجوع کند تا از آنها حق خود را وصول نماید؟ جهت پاسخ به این سوال به دیدگاه های فقهاء در این مورد برمیگردیم، نخست میخواهم صورت های اتفاقی بین فقهاء را ذکر نمایم و سپس صورت های اختلافی آن را:

## صورت های اتفاقی :

۱ - زمانیکه دین بالای میت ظاهر گردد، و ورثه دین را اداء نمایند، فقهاء اتفاق دارند بر اینکه تقسیم نقض نمیگردد؛ زیرا داین جز از استقای دین دیگر حقی بالای میت ندارد.<sup>۲</sup>

۲ - اگر داینین طلبان دین خود نشدند بلکه میت را از دین خود ابرا دادند و بخشیدن، فقهاء در این مورد نیز اتفاق رای دارند که تقسیم نقض نمی شود؛ زیرا نقض تقسیم از جهت اداء حق داینین می باشد و حق داینین به سبب ابراء ساقط گردید.<sup>۳</sup>

۳ - اگر بعد از تقسیم، دین بالای میت ظاهر گردد لیکن قسمتی از مال ترکه بعد از تقسیم باقی مانده باشد که دین را کفایت کند در این صورت نیز به اتفاق فقهاء تقسیم نقض نمیگردد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> الاتقان والاحکام شرح تحفة الحکام ۶۵/۲.

<sup>۲</sup> تبیین الحقایق ۵/ ۲۷۵.

<sup>۳</sup> همان مصدر.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

۴ - اگر ورثه، دین داین را از مال ترکه و یا از مال شخصی خودشان اداء نکنند و هم چنان داینین میت را ابراهم ندهند بلکه داینین از میت طالبان حقوق خود باشند، در این صورت تقسیم با اتفاق فقهاء نقض میگردد و دین داینین از ترکه اداء میگردد برابراست که دین کم باشد و یا زیاد، ورثه به دین میت علم داشته باشند و یا خیر، مال مقسوم مثلی باشد و یا قیمی<sup>۱</sup>.

### صورت اختلافی :

زمانیکه ترکه میان ورثه تقسیم گردید کسی دیگری بالای میت دعوی دین کرد بعضی ورثه دین داین را ادا کرد و بعضی دیگر از اداء دین امتناع ورزیدند، اداءکننده گان بالای ممتنعین در مورد سهمیکه از دین به آنها تعلق میگرفت رجوع کردند حنفی ها و مالکی ها میگویند: که در چنین صورت تقسیم نقض می گردد نخست دین داین از ترکه مورث اداء میگردد بعداگر چیزی از ترکه باقی مانده بود آن میان ورثه تقسیم میگردد و اگر نمانده بود خیر خلاص؛ زیرا دین، به حق ورثه مقدم می باشد زمانیکه دین به ترکه محیط باشد تقسیم ترکه اصلاً ممنوع قرار میگیرد از جهتیکه محل تقسیم، ملک متقاسمین نمی باشد بلکه در ملک مورث قرار گرفته می باشد.<sup>۲</sup>

حنبلی ها - رحمهم الله - می گویند : که در چنین صورت شریکی که دین را اداء نموده ملکیت وی تقرر پیدا میکند و شریکی دومی که از ادای دین امتناع ورزیده حصه وی به فروش رسانیده می شود و سهم وی از قیمت آن اداء میگردد، تعلق دین به ترکه مانع صحت ملکیت ورثه شده نمیتواند؛ زیرا تعلق دین به ترکه بدون رضای ورثه صورت میگیرد مانند: تعلق دین جنابت به رقبه جانی پس ممکن است که با وجود دین، ملکیت به ورثه انتقال یابد.<sup>۳</sup>

از خلال بحث، رجحان قول حنفی ها و مالکی ها - رحمهم الله - دانسته میشود ، که عبارت از نقض تقسیم در وقت امتناع ورزیدن بعضی ورثه از ادای دین است؛ زیرا در وقت وجود دین به گردن میت اصلاً ملکیت برای ورثه ثابت نمیشود از جهتیکه حق داینین مقدم میباشد بر حق ورثه ، چگونه حق برای ورثه ثابت گردد با وجودیکه دین برگردن میت باقی باشد!

### ج : کشف وصیت بعد از تقسیم :

بعد از تقسیم ترکه میان ورثه و تسلیم نمودن سهم به هریکی از آنها، بعض اوقات وصیت کشف می شود که مورث در حال حیات خود به سود کسی کرده باشد، آیا در صورت کشف وصیت تقسیم نقض خواهد شد تا اینکه نخست حق موصی له برایش تسلیم گردد بعدمال باقی، میان ورثه تقسیم گردد و یا

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> تبیین الحقایق ۲۷۵/۵، شرح الخرشی ۲۱۰/۶.

<sup>۳</sup> المبدع شرح المقنع ۱۴۱/۱۰.

اینکه تقسیم برحالت خود ادامه داشته باشد و موصی له به هر وارث به اندازه حق اش که به نزد او است رجوع نماید؟ در پاسخ به این سوال فقهاء میان خود به دیدگاه های مختلف به شرح ذیل تقسیم شده اند:

### ۱- دیدگاه حنفی ها :

احناف در وصیت به جزء مشاع مانند: ثلث، ربع و مقدار معینی از پول نقد به شکل ذیل فرق نموده اند: اگر میت به جزء مشاع مانند ثلث، ربع وصیت نموده باشد و بعد از ترکه برملا گردد که از طرف مورث وصیتی صورت گرفته و ورثه در موردش بی تفاوت مانده اند قاضی می تواند بعد از درخواست وصی، تقسیم رافسخ نموده و بعد از اعطای حق موصی له از سر نو تقسیم را آغاز نماید به دلیل اینکه احیانا اگر ترکه پیش از تقسیم هلاک گردد حق ورثه و وصی هر دو تلف می گردد این نشانه واضح است بر اینکه وصی شریک ورثه در ترکه می باشد و اگر ورثه بگویند: که تقسیم نباید نقض گردد بلکه ما هستیم که حق موصی له را بپردازیم، باز هم تقسیم نقض می گردد؛ زیرا حق موصی له به عین ترکه تعلق گرفته نه در مال دیگر، مگر اینکه موصی له به آن راضی گردد؛ زیرا حق از موصی له است و موصی له به آن قناعت دارد.<sup>۱</sup>

و اگر میت به مقدار معینی از پول نقد وصیت کرده باشد مانند: هزار درهم مثلاً در این صورت تقسیم نیز فسخ می گردد مگر اینکه ورثه به دادن حق موصی له آمادگی نشان دهند، فرق میان این دو صورت این است که در صورت اول که وصیت به جزء مشاع بوده باشد حق وصی به عین ترکه تعلق می گیرد که بدون رضایی موصی له به مال دیگر انتقال پیدا نمی کند هر چه در صورت دوم که وصیت به مقدار معین از پول نقد بوده باشد وصیت به عین ترکه تعلق نمی گیرد بلکه به معنای ترکه که مالیت آن است تعلق می داشته باشد و ایفای حق موصی له از ترکه و یا از مال وارث یکسان می باشد.<sup>۲</sup>

### ۲- دیدگاه مالکی ها :

مالکی ها-رحمهم الله- نیز بین وصیت به جزء مشاع مانند: ربع، ثلث، و وصیت به عدد معین از پول مانند: هزار پنجصد فرق نموده هستند به این طوری که اگر بعد از تقسیم ترکه، وصیت ظاهر گردد و آن وصیت به جزء مشاع بوده باشد پس به سوی مقسوم نظر کرده شود اگر مقسوم قیمی باشد مانند: زمین و سامان آلات، در این صورت به سبب تفاوت اهداف و مقاصد، تقسیم نقض کرده می شود تا اینکه به موصی له به جهت تبعیض و تفکیک حق، ضرر ملحق نگردد پس نخست وصیت نافذ می گردد و مابقی بین ورثه تقسیم می شود و اگر مقسوم مثلی باشد مانند مکیلات و موزونات پس تقسیم نقض نمی شود و موصی له می تواند به اندازه حق خود به هر یکی از متقاسمین مراجعه نماید، به هر صورت اگر ورثه آماده شوند که حق موصی له را بپردازند تقسیم ادامه پیدا می کند و اگر از دادن حق موصی له، همه شرکاء و یا بعضی آنها امتناع ورزیدند، تقسیم نقض می شود؛ زیرا که وصیت به میراث مقدم می باشد اما در صورتیکه

<sup>۱</sup> حاشیه ابن عابدین ۴۴۴/۹، فتاوی هندیه ۲۲۱/۵.

<sup>۲</sup> فتاوی هندیه ۲۲۱/۵

وصیت به عدم‌معین باشد مانند هزارپنجصد پس وصیت مانند دین است، تقسیم از جهت آن نقض کرده می‌شود مگر در صورتیکه ورثه جهت پرداخت موسی به، برای موسی له اقدام نمایند پس در این حالت تقسیم ادامه پیدامیکند نقض نمی‌شود؛ زیرا دعوی موسی له از جهت استیفای حق است و آن برایش موصلت و رزید باقی در ترکه حق دار پنداشته نمی‌شود.<sup>۱</sup>

### ۳- دیدگاه شافعی ها و حنبلی ها-رحمهم الله-:

شافعی ها و حنبلی ها-رحمهم الله- نیز بین وصیت به جزء مشاع مانند: ثلث، ربع و وصیت به مقدار مطلق از مال مانند: هزار افغانی مثلاً فرق نموده اند به این شکلی که اگر وصیت به جزء مشاع از مقسوم مانند: ثلث، ربع نموده باشد در این صورت تقسیم نقض می‌گردد؛ زیرا موسی له به منزله شریک سوم است که بروز میکند، زمانیکه شریک سوم در مال مشترک ظهور نماید تقسیم سابق نقض می‌گردد پس در مسئله ذکر شده نیز چنین حکم است و اگر وصیت به مال مطلقه نموده باشد مانند هزارپنجصد افغانی پس حکم آن مانند دین است که بعد از تقسیم پدیدار گردد یعنی تقسیم صحیح می‌باشد و ورثه بین ادای دین و بقای تقسیم برحالت خود، و بین نقض تقسیم اختیار دارند هر صورت که به نفع شان بوده باشد آن را انتخاب نمایند.<sup>۲</sup>

### فرع دوم : عوارض تقسیم در قانون مدنی :

با وجود اینکه تقسیم بعد از تکمیل آن لازمی پنداشته می‌شود، اما استثناءً در برخی از حالات قابل نقض می‌باشد و این حالات به نزد قانون مدنی عبارت است از:

#### الف - ظهور دین بر متوفی پس از تقسیم :

هرگاه تقسیم صورت گیرد سپس ظاهر شود که متوفی مدیون است به نحوی که دین او همه ترکه مقسومه را احتواء نموده و متوفی جز از آن دیگر مالی ندارد، تقسیم متذکره فسخ خواهد شد مگر اینکه وارثان متوفی دین وی را بپردازند و یادابینین شان ابراء دهند یا از ترکه مقداری از مال باقی بماند که برای تأدیه دین متوفی کفایت نماید، در این صورت ها تقسیم فسخ نمی‌گردد بلکه نافذ خواهد بود؛ زیرا ظهور دین بر میت از جمله اسباب نقض تقسیم شمرده می‌شود، به دلیل این قول الله متعال که میفرماید: ﴿من بعد وصية يوصي بها او دين﴾.<sup>۳</sup>

ترجمه : بعد از پوره کردن وصیت که وصیت کرده اند ایشان به آن و از اداء کردن قرض.<sup>۴</sup>

و دیگر اینکه: هرگاه دین متوفی تمام ترکه را احتوا نماید، واضح است که وارثان در آن هیچ گونه ملکیتی ندارند، بلکه ملکیت از آن میت بوده که حق دائنین به آن تعلق می‌گیرد و وجود ملکیت غیر در محل مورد تقسیم، مانع صحت تقسیم می‌گردد. ماده ۱۹۶۹ قانون مدنی به این موضوع چنین تصریح

<sup>۱</sup> الاتقان والاحکام شرح تحفة الحکام ۶۸/۲۲. شرح الخرشی ۴/۱۵۵.

<sup>۲</sup> فتح العزیز شرح الوجیز ۵۵۶/۲۱ ، الحاوی الکبیر للماوردی ۲۶۲/۶۱ ، المغنی مع شرح الکبیر ۵۱۲/۱۱.

<sup>۳</sup> سورت النساء آیت ۱۱.

<sup>۴</sup> تفسیر احسن الکلام ۳۶۲/۲.

میدارد: « هرگاه علیه میت بعد از تقسیم متروکه اودین ظاهر شود، فسخ تقسیم جواز دارد مگر اینکه ورثه دین راتادیه یاداین ازدین خود به ورثه ابراء نماید ویا از میت مال دیگری غیر از مال تقسیم شده باقی مانده باشد که دین راتکافو نماید »<sup>۱</sup>.

نص این ماده قانون، از ماده ۱۱۶۱ مجلة الاحکام گرفته شده که چنین است: « اذ اظهر دین علی المیت بعد تقسیم التركة تفسخ القسمة الا اذا ادى الورثة الدین او ابراء هم الدائنون منه او ترک المیت مالا سوى المقسوم یفی بالدين فعند ذالک لا تفسخ القسمة »<sup>۲</sup>.

ترجمة: اگر بعد از تقسیم متروکه، کدام دینی به ذمه متوفی ظاهر شود تقسیم فسخ میگردد مگر اینکه ورثه دین را اداء نمایند یاداینین از آن ابراء دهند یا مالی دیگری از متوفی باقی مانده باشد که پرداخت دین راتکافو نماید که در چنین حالات تقسیم باطل نمی گردد.

### ب - استحقاق برخی از مال مقسوم :

ماده ۱۹۷۱ قانون مدنی در مورد استحقاق مال مقسوم چنین حکم میکند: « متقاسمان در برابر یک دیگر از تعرض یا استحقاق که بنابه سبب قبل از تقسیم واقع شود ضامن می باشند. هریک آنها بتناسب حصه خود با اعتبار قیمت روز تقسیم مال، به تادیه تعویض به مستحق ضمان مکلف می باشد، اگر یکی از متقاسمین نادر باشد مقدار ضمان که بر او لازم است بر تمام متقاسمین دارنده و مستحق ضمان توزیع می گردد »<sup>۳</sup>.

### توضیح :

هر یکی از متقاسمین در تقسیم مال مشاع مشترک نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آن چه اخذ نموده مشتری شمرده میشود، بناءً حکم بیع و شراء در آن قابل رعایت است. چنانچه بایع هرگاه مبیعه از طرف غیره استحقاق برده شود ضامن شناخته شده مشتری حق رجوع را در ثمن بالای بایع داردمثلاً چهار نفر شرکاء موازی چهار جریب زمین مشاع خود را به طور رضایی در بین خود مساویانه تقسیم نمایند یک جریب زمین آن به یکی از شرکاء به نام احمد برسد و تعلق گیرد و بعد از تقسیم شخصی بنام مسعود در موازی یک جریب زمین مقسومه حصه احمد دعوی استحقاق نماید و در محکمه به بینه، دعوی خود را ثابت نماید محکمه در حق مسعود نام حکم صادر نماید و حصه احمد متقاسم مدعی علیه رابه استحقاق ببرد بعداً احمد مدعی علیه می تواند به تناسب حصص متقاسمان به سه نفر متقاسم در مال مقسوم مذکور مراجعه نماید و حصه استحقاق برده شده را اخذ نماید، از اینکه متقاسمان در برابر یک دیگر از تعرض یا استحقاق که بنابه سبب قبل از تقسیم، ضامن می باشد بناءً هریک از سه نفر متقاسمان به تناسب حصص به تادیه تعویض به احمد مکلف می باشند، و در صورتیکه یکی آنها قدرت تادیه به تعویض

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۴.

<sup>۲</sup> مجلة الاحکام العدلیه صفحه ۱۶۵.

<sup>۳</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۴.

حصه خود را نسبت ناداری نداشته باشد، تعویض مذکور به تمام متقاسمان دارنده توزیع وتادیه می گردد.<sup>۱</sup>

## فرع سوم – مقارنه میان فقه وقانون :

### الف – موارداتفاقی:

- ۱- قانون مدنی همراه بافقه اسلامی متفق هستند در اینکه: احکام استحقاق در هر دو نوع از تقسیم (رضایی وقضایی) بدون هیچ نوع فرق جریان پیدامیکند
- ۲- قانون مدنی همراه بافقه اسلامی در رجوع یکی از متقاسمین بالای متقاسم دیگر در صورتیکه کل حصه وی ویا بعضی آن به استحقاق برده شود، موافق می باشد.
- ۳- قانون مدنی همراه بافقه اسلامی در وقوع استحقاق بعد از تکمیل تقسیم، بالای حصه یکی از متقاسمین ویا بالای حصه های همه آنها موافق می باشد.
- ۴- قانون مدنی همراه بافقه اسلامی به جواز فسخ تقسیم در وقت ظهور دین بالای میت موافق دارد؛ زیرا ادای دین میت، به ثبوت ارث برای ورثه مقدم می باشد تا زمانیکه دین میت اداء نشده باشد متروکه به ورثه تعلق نمیگیرد، و اگر متقاسمین حاضر شوند که دین دائنین را بپردازند در آن صورت تقسیم از نقض مصون میشود؛ زیرا حق داینین به مالیت ترکه متعلق می باشد نه به عین ترکه .

### ب – موارداختلافی :

- ۱- فقه اسلامی تصریح نموده : زمانیکه کل مال مقسوم به استحقاق برده شود تقسیم به اتفاق فقهاء فسخ میگردد در حالیکه به این سخن قانون تصریح نکرده اما از فحوای کلام دانسته می شود که تقسیم بابرچاباقی می ماند و متقاسمین برای مستحق عوض بپردازند .
- ۲- فقه اسلامی تصریح نموده : زمانیکه بعض مشاع به استحقاق برده شود قول راجح در فقه اسلامی این است که تقسیم فسخ می گردد در حالیکه این موضوع راقانون صراحتاً ذکر نکرده اما از فحوای ماده ۱۹۷۱ دانسته می شود که در صورت مذکور متقاسمین مکلف به ضمان میباشند .
- ۳- فقه اسلامی صورت های استحقاق را همراه با احکام آنها تفصیلاً بیان نموده در حالیکه قانون چنین تفصیلی را ذکر نکرده تنها حکم نموده که متقاسمین در صورت استحقاق ضامن یک دیگر میباشند.
- ۴- قانون مدنی تصریح نموده : در صورت استحقاق اگر یکی از متقاسمین نادر بوده باشد متقاسمین دیگر حق ضمان اورا بپردازند در حالیکه در فقه اسلامی چنین سخن به نظر بنده نرسید.

### ج- مورد مسکوت عنه:

فقه اسلامی در مورد وصیت بحث مفصلی را ارائه نموده قسمیکه در این رساله خلاصه آن ذکر گردید اما متأسفانه که قانون مدنی در ظهور وصیت بعد از تقسیم هیچ گونه اشاره نکرده وساکت باقی مانده با وجودیکه وصیت یک حکم شرعی بوده که در اموال به شکل گسترده از آن بحث صورت میگیرد.

<sup>۱</sup> تشریح وتوضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی ۴۰/۴۶-۴۷.

## فصل سوم

## قسمت مہایات (منافع)

قسمت به اعتبار طبیعت محل به دو قسم است : قسمت اعیان و قسمت مہایات (منافع) قسمت اعیان باہمہ جزئیات آن در فصل گذشتہ تحت بررسی و تحقیق کامل قرار گرفت، در این فصل خواستیم کہ تقسیم منافع اموال مشترک کہ در فقہ اسلامی مہایات نامیدہ میشود کہ یگانہ راہ حلی مناسبی برای رفع ضرر ناشی از اشاعہ در منافع اموال به شمار می رود، زیر تحقیق و بررسی قرار دہیم تا راہی بہتری برای استیفاء عادلانہ از منافع اموال فراہم گردد و موجب حفظ و جلوگیری از معطل ماندن آن نیز شود، بناً در این فصل بہ پاسخ بہ این سوال نیز خواہیم پرداخت کہ این نوع از تقسیم از دید گاہ فقہ اسلامی در چہ محدودہ و با چہ شرایطی امکان پذیر است ؟، ماہیت و آثار آن چہ خواہد بود؟ پس خواستیم کہ این مقصد را در سہ مبحث، مبحث اول در تعریف و مشروعیت مہایات، مبحث دوم در محل مہایات و طبیعت آن، مبحث سوم را در اقسام مہایات و آثار آن، بہ شکل ذیل مورد بحث و تحقیق قرار دہیم :

## مبحث اول: تعریف مہایات و مشروعیت آن:

مبحث اول بہ دو مطلب اساسی و زیربنایی مشتمل می باشد، ناگزیریم کہ در قدم نخست آنہارا بہ تحقیق و بررسی بگیرییم تا بہ بصیرت و آشنایی کامل وارد صلب موضوع کہ همانا تقسیم منافع اموال مشترک است شدہ باشیم.

## مطلب اول - تعریف مہایات :

الف - مہایات در لغت :

مہایات مصدر باب مفاعلہ است از واژہ ہیأت ماخوذ است ہیأت بہ معنایی شکل و حالتی است کہ ہر چیز بر آن قرار دارد چہ محسوس باشد و چہ معقول و درک شدنی.<sup>۱</sup>

لفظ مہایات در امور محسوس بیشتر بہ کار رفته است چنانچہ اللہ متعال میفرماید : { ورسولا الی بنی اسرائیل انی قد جننتکم بایۃ من ربکم انی اخلق لکم من الطین کھیئۃ الطیر }.<sup>۲</sup>

ترجمہ : و اوراہہ عنوان پیامبری بہ سوی بنی اسرائیل می فرستد کہ او بہ آنان می گوید: در حقیقت من از جانب پروردگار تان برایتان معجزہ آوردم: من از گل برای شما شکل پرنده می سازم ..

ب - مہایات در اصطلاح :

کلیمہ مہایات در اصطلاح فقہاء عبارت از تقسیم منافع است چنانچہ مجلہ الاحکام در مادہ ۱۱۷۳ در رابطہ بہ تعریف مہایات میگوید : «المہایات عبارة عن قسمة المنافع»<sup>۳</sup>

ترجمہ : مہایات ، عبارت از تقسیم منافع است .

<sup>۱</sup> القاموس المحيط ۳۵/۱

<sup>۲</sup> سورت آل عمران آیت ۴۹ .

<sup>۳</sup> در الاحکام ۳ / ۱۸۵ .

## مطلب دوم – مشروعیت مهایات :

مهایات به نزد احناف قیاساً جایز نیست؛ زیرا مهایات در واقع مبادله منفعت به منفعت به صورت نسیئه است، چراکه هریک از دوشریک از ملک شریک خودبه عوض انتفاع شریکش از ملک وی، نفع میگیرد.<sup>۱</sup>

اما بنا بر دلایلی از قرآن، سنت، اجماع، استحسان، حکم به جواز آن شده است .

### ۱ – قرآن کریم :

الله متعال می فرماید: { قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم }.<sup>۲</sup>

ترجمه : این ماده شتری است که نوبتی از آب اوراست و روز معین نوبت از آن شماست.<sup>۳</sup>

این آیت با عبارتة النص خود بر جواز مهایات زمانی و به دلالة النص خود، بر جواز مهایات مکانی دلالت میکند، مهایات مکانی نسبت به مهایات زمانی به تقسیم اعیان مشابه تراست، چراکه هریکی از دوشریک در یک وقت بدون تراخی از شریک دیگر، حق خود را استیفاء می نماید .<sup>۴</sup>

۲- سنت نبوی: ابن مسعود-رضی الله عنه-روایت میکند: (کانیوم بدر بین کل ثلاثة نفر بعیروکان زمیل النبی -صلی الله علیه وسلم -علی و ابولبابه -رضی الله عنهما -قال : وکان اذا کانت عقبه النبی-صلی الله علیه وسلم - قال له : اربک حتی نمشی عنک فیقول: ما انتما با قوی منی وما انا باغنی عن الاجر منکما) .<sup>۵</sup>

ترجمه : در غزوه بدر هر شتر بین سه نفر مشترک بود و علی ابولبابه شرکای نبی اکرم -صلی الله علیه وسلم- بودند زمانیکه نوبت نبی اکرم -صلی الله علیه وسلم- می رسید علی و ابولبابه برای آن حضرت -صلی الله علیه وسلم- می گفتند : بر شتر سوار شو تا ما به عوض تو راه برویم ، آنحضرت -صلی الله علیه وسلم- می گفت : شما نسبت به من قوی تر نیستید و من نسبت به شما از ثواب بی نیاز تر نیستم . این حدیث: بیان کننده جواز مهایات میباشد .

از سهل بن سعد -رضی الله عنه- روایت است که گفت : زنی ، خودش را به نبی کریم -صلی الله علیه وسلم- عرضه کرد . مردی گفت : ای رسول خدا او را به من به ازدواج در بیاور . فقال ما عندک؟ قال : ما عندی شیء ، قال : اذهب فالتمس ولو خاتماً من حديد فذهب ثم رجع فقال لا والله ما وجدت شیئاً ولا خاتماً ولكن هذا ازاری ولها نصفه ، قال سهل : وماله رداءً فقال النبی -صلی الله علیه وسلم- : وماتصنع بازارک؟ ان لبسته لم یکن علیها منه شیء وان لبسته لم یکن علیک منه شیء ) .<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> فتح القدير ۴۶۶/۹ .

<sup>۲</sup> سورة الشعراء آیت ۱۵۵ .

<sup>۳</sup> تفسير احسن الكلام ۵۲۳/۴ .

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۸۳/۵ .

<sup>۵</sup> مسند الامام احمد ابن حنبل ۷۵/۷ - ۷۶ الشيباني ، المتوفى سنة ۲۴۱ هـ . طبع: المكتب الاسلامی - بيروت . وامام البانی - رحمه الله - گفته است : که این حدیث صحیح است به شرط مسلم .

<sup>۶</sup> صحیح البخاری ۱۹۲/۶ .



ترجمه : آن حضرت- صلی الله علیه وسلم - فرمود : چیزی هم داری ؟ گفت : هیچ چیز ندارم ، فرمود : برو چیزی پیدا کن اگرچه انگشتی آهنی باشد، آن مرد رفت و پس از بازگشت گفت: نه سوگند به خدا که هیچ چیزی حتی انگشتی آهنی هم پیدا نکردم، البته این ایزارم، وجود دارد که میتوانم نصف اش رابه او بدهم ، سهل میگوید : آن مرد ردای هم نداشت لذا رسول الله -صلی الله علیه وسلم - فرمود : ازارت چه میشود ؟ اگر تو آنرا بپوشی چیزی برای اوباقی نماند و اگر او آنرا بپوشد ، چیزی برای تو باقی نخواهد ماند . این حدیث به این دلالت میکند که اصل در تقسیم آنچه که، تقسیم رانمی پذیرد این است که باید به صورت مهایات تقسیم شود .

### ۳ - اجماع :

درباره صحت تقسیم منافع از هیچ یک، از اهل فقه منازعه روایت نشده است . بنابر این ، می توانیم بگویم که صحت تقسیم منافع، از روی اجماع نیز ثابت است .

### ۴- عقل :

آنچه قابل تقسیم نیست اجتماع بالای آن جهت نفع گیری در یک وقت دشوار است . پس اگر تقسیم منافع مشروع نباشد منافع زیادی ضایع خواهد شد و اعیانی را که الله تعالی برای انتفاع آفریده است خواهد معطل قرار گرفت و این چیزی است که نه به شرع و نه به عقل سازگاری دارد .<sup>۱</sup>

### مبحث دوم : محل مهایات و طبیعت آن .

قسمیکه محل از برای افزاز منافع، اعیان میباشد، منافع اموال نیز محل از برای افزاز قرار گرفته میتواند و بعد از افزاز منافع ، هر شریک مالک منافع حصه خود شناخته میشود مهایات یا تقسیم منافع وقتی متحقق میشود که همه شرکاء به آن راضی گردد و در صورت عدم رضایت همه شرکاء بعض آنها از قاضی مطالبه نماید و تقسیم عین نیز ممکن نباشد و یا اینکه ممکن باشد لیکن شرکاء به تقسیم عین آماده نباشند و هم چنین در منافع تفاوت فاحش نباشد و انتفاع شرکاء به شکل اجتماعی متعذر باشد .<sup>۲</sup>

منافعی که محل از برای تقسیم واقع میشود عبارت از منافعی است که در حین انتفاع، ذوات آنها از بین نرود مثلاً: اگر طرفین در مورد درختی توافق کنند که هر کدام آنها از جزئی آن انتفاع گیرد و یا گوسفندان را تقسیم کنند تا از شیر آنها برای خود بدوشند، چنین کاری مهایات به شمار نمیرود بلکه تقسیم اعیان است؛ زیرا هر کدام از میوه های درختان و شیر گوسفندان، عین به شمار میروند و در حین انتفاع از بین میروند محل مهایات باید اموال قیمی باشند، بدلیل اینکه در مثالیات مانند: گندم، جو، عدس و ذرات در صورت انتفاع ، عین مال، باقی نمی ماند ولی در قیمیات امکان انتفاع با بقای عین، مقدور است ، مثل خانه ، اسب و غیره .<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> تبیین الحقائق ۲۷۵/۵ .

<sup>۲</sup> مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ۴۹۶/۲ .

<sup>۳</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۱۸۶/۳ .

و این مبحث به دو مطلب ، مطلب اول در محل مهائات، مطلب دوم در طبیعت مهائات به قرار ذیل  
مشمتمل میباشد :

### مطلب اول - محل مهائات

مطلب اول به دو فرع مشتمل میباشد فرع اول محل مهائات در فقه اسلامی، فرع دوم محل مهائات در قانون مدنی افغانستان.

#### فرع اول - محل مهائات در فقه اسلامی

نوشتار اول - اموری که مهائات در آن درست می شود :

#### الف - حویلی ها :

تهایؤ بعضی اوقات در یک حویلی می باشد و بعضی اوقات در دو حویلی و یا اکثر از دو .

#### ۱ - تهایؤ در یک حویلی:

حنفی ها ، مالکی ها-رحمهم الله- به جواز تهایؤ حویلی مشترک قول کردند به این شکلی که میتوانند که یک شریک در یک ناحیه حویلی زندگی کند و شریک دیگر در ناحیه دیگر آن ، و یا اینکه یک شریک در منزل پایین و شریک دیگر در منزل بالای آن سکونت نماید، و یا اینکه یک ماه یک شریک سکونت نماید و ماه دیگر شریک دیگر، یعنی: تهایؤ هم مکاناً جائز میباشد و هم زماناً ، و همچنان شرکاء میتوانند که سهام خود را و یا نوبت های خود را به اجاره دهند، احیاناً اگر در نوبت یکی از شرکاء اجوره زیاده دست آمد حصه زاید میان شرکاء مشترک می باشد تا اینکه تعادل برقرار باشد <sup>۱</sup>.

#### ۲- تهایؤ در دو حویلی :

اگر دو حویلی میان دو نفر مشترک باشند طبق ظاهر الروایت شرکاء میتوانند باهم توافق نمایند که در یکی آنها یک شریک و در دیگر آن ، شریک دیگر سکونت نماید ، و اگر یکی از ایشان امتناع ورزد در صورت طلب شریک دیگر، قاضی بالایش اجبار کرده میتواند <sup>۲</sup>.

روایت دیگری از امام ابوحنیفه -رحمه الله - چنین منقول است که در صورت مذکور اصلاً تهایؤ جواز ندارد نه جبراً و نه رضاءً ، اما دلیل عدم جواز آن جبراً، قیاس تهایؤ است به قسمت اعیان؛ زیرا تقسیم حویلی های متعدد به نزد امام ابوحنیفه -رحمه الله- جبراً درست نمی باشد اما دلیل عدم جواز آن رضاءً ، از روی این است که در این صورت بیع سکونت به سکونت لازم میشود و این نیست مگر بیع منافع در عوض منافی است که نسیئة جائز نمی باشد <sup>۳</sup>.

از طرف صاحبین در ظاهر الروایت به امام ابوحنیفه-رحمه الله- چنین جواب داده شده : که در وقت وجود یکی از دو وصف ربا، که در حالت نسیه حرمت ثابت میشود قیاساً نیست بلکه از روی نص است و نص در اموری وارد گردیده که در آن محض مبادله باشد مانند: بیع امادر مهائات من وجه افراز است

<sup>۱</sup> مجمع الانهر ۴۹۶/۲ ، شرح الخرشی ۴۰۰/۴ .

<sup>۲</sup> رد مختار ۴۴۸/۹ .

<sup>۳</sup> تبیین الحقائق ۲۷۶/۵ .

ومن وجه مبادله پس چگونه مهایات رابه بیع قیاس کنیم .<sup>۱</sup>

وبه نزد مالکی ها - رحمهم الله - مهایات در دوحویلی رضاءً جائز است نه جبراً .<sup>۲</sup>

علماء احناف جائز دانستند که شرکاء می توانند که حویلی های مشترک رابه طریقه تهایؤ به کرایه دهند یکی از شرکاء یک حویلی را و شریک دیگر حویلی دوم را به کرایه دهد و کرایه را خودشان اخذ نمایند و اگر کرایه یک حویلی نسبت به حویلی دیگر افزود شود ، افزودی میان شان تقسیم نمیشود مانند آنکه در یک حویلی چنین کار صورت میگیرد؛ زیرا که در دوحویلی معنای افراز و تمیز غالب می باشد و اجوره هر دو در یک زمان حاصل میشود تفاوت قابل ملاحظه میان کرایه ها نمیشود اما کرایه در یک حویلی به طریقه تعاقب می باشد، ممکن است که تفاوت زیادی میان هر دو کرایه واقع گردد .<sup>۳</sup>

### ب : چهار پایان :

تهایؤ در چهار پایان از دو حالت خالی نمیشود یا تهایؤ در استعمال آنها است و یا در به کرایه دادن آنها : اگر تهایؤ در استعمال آنها بوده باشد شرکاء می توانند که یک روز یکی آنها ، آن را مورد استفاده قرار دهد و روز دوم دیگر آنها ، در صورتیکه چهار پای مشترک ، یکتا باشد و اگر دوتا باشد می توانند که یکی آنها را یک و دیگر آنها را شریک دیگر ، مورد استفاده قرار دهد؛ زیرا چار پایان ملکیت خودشان است چگونه بخواهند می توانند که آنها را مورد استفاده قرار دهند .<sup>۴</sup>

البته تعامل مذکور در صورت رضامندی جانبین است و اگر یکی از شرکاء خواهان تهایؤ باشد و شریک دیگر از آن امتناع ورزد امام ابوحنیفه - رحمه الله - و مالکی ها بر این نظر هستند که قاضی بالای ممتنع اجبار کرده نمیتواند .<sup>۵</sup>

### دلیل ایشان :

استخدام دواب نسبت به راکبین و مستخدمین متفاوت میباشد بعضی از راکبین و مستخدمین در رکوب و استخدام مهارت کامل دارند و دواب را اذیت نمیکند اما بعضی دیگر آنها به طرز و طریقه رکوب و استخدام آشنایی درست ندارند در حین رکوب و استخدام به حیوانات اذیت میرسانند ، چونکه مساوات در میان قائم نمی شود از این جهت جبر و اکراه در تهایؤ حیوانات نیز درست نمیشود .<sup>۶</sup>

امام محمد و امام ابو یوسف - رحمهما الله - به این نظر هستند که در تهایؤی دواب در حین امتناع یکی از شرکاء از طرف قاضی اجبار درست می باشد .

### دلیل ایشان :

صاحبین تهایؤی دواب رابه قسمت اعیان قیاس نموده اند یعنی : در تقسیم عین دواب در صورت

<sup>۱</sup> الهدایه . ۴/۲۱۴ .

<sup>۲</sup> الشرح الصغیر ۵/۱۵۴ .

<sup>۳</sup> حاشیه ابن عابدین ۶/۲۷۰ .

<sup>۴</sup> البحر الرائق ۸/۲۷۶ .

<sup>۵</sup> شرح الزرقانی ۶/۲۷۷ . معین الحکام ۲/۵۹۸ .

<sup>۶</sup> تبیین الحقائق ۵/۲۷۷ .

امتناع یکی از شرکاء از طرف قاضی اجبار درست بود در تقسیم منافع نیز چنین حکم می باشد به دلیل اینکه اینها جنساً باهم متحد می باشند.<sup>۱</sup>

از خلال دلائل مذکور قول صاحبین راجح به نظر میرسد؛ زیرا در قول صاحبین مصلحت شرکاء دیده می شود از جهتیکه استعمال دواب به طریق شیوع مشکلات زیادی را به بار میآورد هر چه تفاوت در رکوب و استعمال دواب، تفاوت اندک و قابل تحمل است.

### ج - کشت زمین :

تهایؤ در کشت کردن زمین زراعتی جائز میباشد به این شکلی که نصف آن را یک شریک و نصف دیگر آن را شریک دیگر کشت نماید و یا اینکه کل زمین را به مدت دو سال اول، یک شریک و دو سال بعدی شریک دیگر کشت نماید.<sup>۲</sup>

مالکی ها- رحمهم الله- در تهایؤ زمین زراعتی ذوالید فوری را شرط کرده اند که زمین حالاً در قبضه شرکاء بوده باشد و اگر زمین زراعتی فعلاً در دسترس شرکاء نباشد بلکه بعد از مرور سالی مثلاً به دسترس آنها قرار گیرد در چنین صورت به نزد آنها تهایؤ جائز نمیشود.<sup>۳</sup>

### د - اشیای مختلف المنفعة :

حنفی ها ، مالکی ها- رحمهم الله- تهایؤ را در اشیای مختلف المنفعت جائز میدانند: سکونت خانه و زراعت زمین ، که یک در بند حولی و یک قطعه زمین زراعتی میان دو نفر مشترک باشند و باهم توافق نمایند که یکی ایشان در حویلی سکونت نماید و دیگر آنها زمین را کشت نماید؛ زیرا اشیای قابل النفع که از یک جنس باشند تهایؤ در آنها صورت میگیرد زمانیکه از دو جنس باشند بطریق اولی تهایؤ در آنها جائز می باشد.<sup>۴</sup>

### نوشتار دوم : اموری که تهایؤ در آن درست نمیشود :

#### الف : درخت میوه دار :

تهایؤ در میوه درختان جواز ندارد به این شکلی که هریکی از شرکاء میوه درختان معینی را بچیند و یا اینکه باغی باهم مشترک باشد که یک سال میوه آن را یک شریک، و سال دوم شریک دیگر بچیند؛ زیرا که مهائیات در منافع میباشد و میوه درختان از جمله اعیان می باشد که محل تقسیم قرار میگیرد، مهائیات در اموری صورت میگیرد که بعد از اخذ منفعت اعیان آنها باقی بماند و میوه درختان توسط

<sup>۱</sup> همان مرجع .

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۵ / ۴۸۵ .

<sup>۳</sup> شرح الزرقانی ۶ / ۱۹۴ .

<sup>۴</sup> حاشیه ابن عابدین ۹ / ۴۴۹ ، الشرح الصغیر ۵ / ۱۵۴ .

استعمال هلاک می‌گردد.<sup>۱</sup>

### ب - حیوانات شیرده :

اگر گله از گوسفند ، بز، گاو، میان شرکاء مشترک باشند در مورد شیر آنها باهم تهایؤ نمایند به این شکلی که هر یکی از شرکاء تعدادی آنها را بچرانند و شیر آنها را به خود کش نماید و یا اینکه همه آنها را یک روز یا یک هفته یک شریک ، روزی هفته دیگر شریک دیگر ، شیر آنها را کش نماید، این صورت تهایؤ جائز نمیباشد برابر است که حیوانات از یک جنس باشند و یا از اجناس مختلف؛ زیرا شیر از جمله اعیان است محل برای مہایات شده نمی توانند و همچنان شیر از جمله اشیای ربوی است در صورت جهالت، احتمال ربا برده میشود.<sup>۲</sup>

زمانیکه مہایات در امور مذکوره شرعاً درست نبوده و عوام الناس به چنین تعامل میلان داشتند فقہاء - رحمہم اللہ - جهت دفع حرج و سهولت عوام دروازه حیلہ شرعی را کہ معارضہ بانص شرعی نباشد باز نمودند .

### حیلہ به نزد احناف :

کسیکہ ارادہ مہایات را در میوہ درختان و حیوانات شیرده داشته باشد نخست حصہ شریک خود را بخرد و بعد از سپری شدن نوبت وی همه آن را بالای شریکش به فروش برساند و یا اینکه از شیر به وزن معلوم استفاده نماید به شکل قرض و به همان اندازه شیر را به اختیار شریکش بگذارد.<sup>۳</sup>

### توضیح فوق :

یکی از شریکان حصہ خود را از درخت و گوسفندان بالای شریک خود به فروش برساند و بعد از سپری شدن نوبت اش تمام درختان و گوسفندان را دوبارہ از شریک خود بخرد در این صورت برای ہر یکی از شرکاء حلال است کہ از شیر و میوہ آن استفاده نماید؛ زیرا در صورت شراہر شریک، مالک مال شمرده میشود و مالک مال ہرگونہ تصرفی کہ بخواهد در ملکیت خود کردہ میتواند، و یا اینکه در مدت معلوم، شیر گوسفندان شریک خود را روزانہ وزن و یا پیمانہ کردہ به شکل قرض ، آن را مورد استفاده قرار دهند و بعد از تکمیل نوبت، گوسفندان خود را در اختیار شریک قرار دادہ تا اونیز به ہمین منوال از شیر گوسفندان وی بہ پیمانہ و یا بہ وزن در مدت معلوم استفاده نماید، تهایؤ در شیر بنی آدم جائز میباشد یعنی : اگر دو کنیز میان دو نفر مشترک باشند و یکی از کنیزان پسر یکی از شرکاء را شیر دہد و کنیز

<sup>۱</sup> فتح القدیر ۴۷۰/۹ .

<sup>۲</sup> شرح الخرشی ۴۰۹/۴ .

<sup>۳</sup> تبیین الحقائق ۲۷۸/۵ . مجمع الانہر ۴۹۸/۲ .

دوم پسر شریک دوم را این صورت جائز میباید؛ زیرا که شیر بنی آدم قیمت ندارد حکم منافع را به خود میگیرد.<sup>۱</sup>

### حیله به نزد شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - :

شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - میگویند اگر کسی اراده مہایات را در شیر و یا میوه داشته باشد راه مشروع آن چنین است زمانیکه نوبت کش کردن شیر و چیدن میوه شریکش فرامیرسد ، حصه خود را برایش مباح گرداند و وقتیکه نوبت خود وی میرسد شریک اش نیز در مورد حصه اش چنین عمل را انجام دهد.<sup>۲</sup>

### فرع دوم : محل مہایات در قانون مدنی :

قانون مدنی افغانستان در مورد محل مہایات ساکت است هیچ ماده در این مورد وضع نکرده و نه به آن اشاره کرده اما مجلة الاحکام در ماده ۱۱۷۵ خود چنین بیان کرده : «لاتجری المہایات فی المثلیات بل تجری فی القیمیات حتی یمنکن الانتفاع بها حال بقاء عینها».<sup>۳</sup>

ترجمه : مہایات در اموال مثلی جاری نمیشود بلکه در اموال قیمی که انتفاع و استفاده از آن با بقای عین آن ممکن باشد ، جاری میگردد .

### مطلب دوم - طبیعت مہایات :

مقصود از طبیعت مہایات تکلیف و تحدید طبیعت آن است که آیا مہایات از روی طبیعت ، تبادلہ است و یا افزاز ، و به کدام نوع از انواع معاملات منسوب میگردد پس مہایات را از روی طبیعت تحت فروع سه گانه به شکل ذیل مورد بحث قرار خواهیم داد :

### فرع اول : - طبیعت مہایات در فقه اسلامی :

فقهاء در مورد تکلیف و طبیعت مہایات که آیا افزاز و تمیز است و یا اینکه معاوضه و مبادلہ، باهم اختلاف نظر دارند :

فقهای احناف میان تقسیم مہایات زمانی و مکانی به فرق قایل هستند به این شکلی که مہایات زمانی به نزد شان مانند: تقسیم اعیان، من وجه افزاز و من وجه مبادلہ است، به مبادلہ بودنش ماده ۱۱۷۸ مجلة الاحکام چنین حکم میکند: «المہایة زماناً نوع مبادلہ فتكون منفعة احدا صحاب الحصاص فی نوبته

<sup>۱</sup> تبیین الحقائق ۲۷۷/۵ .

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۲۶/۴ ، کشاف القناع ۳۷۶/۶ .

<sup>۳</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۱۸۶/۳ .

مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته بناءً على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهاييات مثلاً كذا يوماً  
او كذا شهراً لازم.<sup>۱</sup>

ترجمه: مهاييات زمانى در واقع يك نوع مبادله است كه منافع هريكى از صاحبان حصص در نوبت  
شان به منافع حصه شريك ديگر در نوبت او تبادله ميگردد بناير آن تذكر مدت مهاييات و مشخص نمودن  
آن مانند اين قدر روز يا اين قدر ماه لازم و حتمى ميباشد، و به افراز بودنش چنين استدلال ميكنند كه  
تعيين حصه شركاء بر اساس زمان در واقع نوعى افراز است.<sup>۲</sup>

اما مهاييات مكاني به نزد علمای احناف مبادله نيست بلکه افراز است چنانچه ماده ۱۱۷۹ مجلة  
الاحكام در اين خصوص چنين ذكر نموده: «المهاييات مكاناً نوع افراز فالشريكان في الدار مثلاً منفعتها  
شائعة يعنى حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهاييات تجمع منفعة احدها في قطعة من تلك  
الدار ومنفعة الآخر في قطعة اخرى فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهاييات مكاناً.»<sup>۳</sup>

ترجمه: در تقسيم منافع مكاني، شركاء موافقه مينمايند كه هريك آنها از جزء معين منفعت مال كه  
باحصه او در مال مشترك مشاع مساوى باشد، استفاده نموده و در مقابل آن از استفاده كردن اجزاء باقيمانده  
حصه خود به شركاء ديگر تنازل نمايد، ذكر مدت و تعيين آن در مهاييات مكاني لازم نميباشد، و اگر مهاييات  
مكاني مبادله باشد صحيح نخواهد بود؛ زيرا مبادله دريك جنس به صورت نسيئه جائز نيست، زيرا  
كه در آن ربای نسيئه موجود است، چرا كه اتحاد جنس وجود دارد و اتحاد جنس به تنهائی به نزد فقهای  
احناف در وجود ربای نسيئه كافي ميباشد.<sup>۴</sup>

جمهور فقهاء اعم از مالكي ها، شافعي ها، حنبلي ها-رحمهم الله- به اين نظر هستند كه تقسيم مهاييات  
معاوضه و مبادله است؛ زيرا هريك از طرفين از حق خویش به خاطر آنچه كه از حق شريك ديگر به  
دست خواهد آورد صرف نظر ميكنند.<sup>۵</sup>

### نظر راجح:

نظريه علمای احناف اگرچه تحلیلی بوده و بطور واضح و روش بيان گردیده ليکن نظريه جمهور  
علماء راجح معلوم ميشود؛ زيرا كه بعض آثار و احكام عقود معاوضات در تقسيم مهاييات به نظر ميخورد  
همچنان متهايمين زماناً و مكاناً هميشه يكي باديگر در علاقه و داد گرفت می باشند چگونه حكم كنيم كه  
تقسيم مهاييات افراز است نه معاوضه. والله اعلم.

<sup>۱</sup> مجلة الاحكام العدليه صفحه ۱۶۷-۱۶۸.

<sup>۲</sup> تبیین الحقایق ۲۷۶/۵.

<sup>۳</sup> مجلة الاحكام العدليه صفحه ۱۶۸.

<sup>۴</sup> تبیین الحقایق ۲۷۶/۵.

<sup>۵</sup> الشرح الصغيره ۱۵۵/۵، روضة الطالبين ۳۱۸/۱۱، المغنی لابن قدامة ۸۰/۹.

زمانیکه معاوضه بودن مهایات راجح به نظر رسید پس باید بدانیم که مهایات به کدام یکی از عقود معاوضات منصوب خواهد گردید ، مالکی ها تصریح نمودن که مهایات در بعض احکام مانند لزوم و تعیین مدت ، مانند اجاره است .<sup>۱</sup>

شافعی ها-رحمهم الله- بعض احکام اجاره را بالای مهایات تطبیق و عملی می سازد؛ زیرا که تقسیم مهایات با اجاره مشابهت دارد از جهتیکه محل ورود هریکی آنها منافع میباشد .<sup>۲</sup>

### فرع دوم: طبیعت مهایات در قانون مدنی :

قانون مدنی در مورد طبیعت مهایات هیچ گونه بحث و اشاره نکرده تنها همین قدر ذکر کرده که تقسیم منافع در بعض احکام تابع عقد اجاره میباشد قسمیکه ماده ۱۹۷۷ قانون مدنی به آن تصریح کرده: « تقسیم منافع از حیث جواز تمسک به آن بر غیر و از حیث اهلیت متقاسمان، حقوق و تعهدات آنها و طرق اثبات، تابع احکام عقد اجاره شناخته میشود ، مشروط بر اینکه احکام مذکور با طبیعت این تقسیم معارض نباشد.»<sup>۳</sup>

نویسندگان قانون مدنی ماده فوق را از ماده ۸۴۸ قانون مدنی کشور مصر اقتباس نموده است هر دو ماده: (اصل و فرع) واضح ساخته قسمیکه در عقد اجاره منفعت عین را در مدت معین بدون رقبه به اجاره داده می شود در تقسیم منافع زماناً و یا مکاناً نیز در مدت معین بدون رقبه چنین می شود ، بناءً هر دو احکام مشترک دارند مثلاً :

۱- هرگاه خانه که غرض سکونت به مدت معین به اجاره داده می شود باید قابلیت منفعت و سکونت را داشته باشد در غیر آن اجاره آن جواز ندارد و قابل فسخ میباشد؛ همچنان منافع سرای مشترک که از طرف شرکاء بصورت تناوب تقسیم زمانی می شود باید قابلیت بهره برداری و منفعت رادار بوده خراب نباشد .<sup>۴</sup>

۲- هرگاه یک سهم مشاع معین مذکور از طرف یکی از شرکاء بالای شخصی به فروش برسد این فروش مذکور طبق احکام اجاره صحت داشته ولی نفاذ آن بعد از انتهای مدت تقسیم منافع زمانی متناوب مذکور، قابل تطبیق میباشد .<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۰ .

<sup>۲</sup> روضة الطالبین ۱۱/۲۱۸ .

<sup>۳</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۵ .

<sup>۴</sup> توضیح و تشریح قانون مدنی از راجی سمنگانی ۴/۵۱ .

<sup>۵</sup> همان مرجع .



۳ - در عقد اجاره شرط است که موجر (مالک مال که مال خود را به اجاره میدهد) اهلیت قانونی داشته باشد، این حکم در تقسیم منافع زمانی مذکور نیز قابل رعایت بوده باید متقاسمان منافع زمانی ذکر شده، دارای اهلیت قانونی بوده و منافع، ملک مشترک خودشان باشد.<sup>۱</sup>

### فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون :

الف - موارد اتفاقی:

۱- مطابق نظریه جمهور فقهاء فقه اسلامی همراه با قانون مدنی موافقت دارد در اینکه مهایات عقدی از عقود معاوضه میباشد .

۲- \* قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافقت دارند در اینکه مهایات به مانند عقد اجاره است بعضی احکام عقد اجاره بالایش تطبیق میگردد.

### ب- مورد مسکوت عنه:

فقه اسلامی طبیعت مهایات را، تحلیلاً زیر بحث قرار داده به این شکلی که فقهاء احناف در آن تفصیل نموده اند که مهایات زمانی من وجه افراست و من وجه مبادلها مهایات مکانی مبادله فقط است جمهور فقهاء مهایات را مطلقاً مبادله خوانده است در حالیکه قانون مدنی در رابطه به این تحلیل ساکت می باشد.

### مطلب سوم- لزوم یا جواز مهایات :

این مطلب ما، به دوفرع، فرع اول: لزوم یا جواز مهایات در فقه اسلامی، فرع دوم: لزوم یا جواز مهایات در قانون مدنی، به شکل ذیل مشتمل می باشد .

### فرع اول - لزوم یا جواز مهایات در فقه اسلامی :

لزوم و جواز مهایات عبارت است از اینکه: آیا مهایات یک عقد لازمی است که بعد از انعقاد آن هیچ یکی از شرکاء نمی تواند آن را فسخ نماید و یا اینکه یک عقد جائز و غیر لازمی است که هر یک از شرکاء می تواند از آن رجوع نماید!، فقهاء در این مورد به دودیکاه ذیل تقسیم شده هستند:

### دیدگاه اول :

شافعی ها، حنبلی ها-رحمهم الله- مطلقاً چه مهایات رضایی باشد چه قضایی، حنفی ها-رحمهم الله- صرف در مهایات رضایی بر این دید هستند که مهایات به اعتبار حکم، عقد جایز است و هر یک از شرکاء می تواند هر وقت که بخواهد آن را برهم زده و فسخ کند و درخواست تقسیم اصل مال مشاع را بنماید، و یابه عبارت

<sup>۱</sup> همان مرجع .

دیگرمهایات قسمت حقیقی نیست؛ زیرا قسمت حقیقی اختصاص به عین دارد در منافع جریان پیدا کرده نمی تواند بلکه معامله است جایزه که وجود آن به رضاء و توافق شرکاء بستگی دارد هر یک از شرکاء میتوانند آن را بر هم زنند.<sup>۱</sup>

### دلیل دید گاه اول :

مهایات تقسیمی حقیقی نیست چون تقسیم حقیقی به اعیان اختصاص دارد، مهایات معامله جایز است که قوام آن به رضایت شرکاء می باشد بنابراین، به ادعای لزوم مهایات دلیل موجود نمی باشد، تنها شباهت بین تقسیم عین و منفعت سبب لزوم در مهایات نمی تواند شده، هم چنان اگر یکی از شرکاء بعد از معامله مهایات، تقسیم عین آن را طلب کند و محل، نیز گنجایش آن را داشته باشد، قاضی مهایات رافسخ نموده و عین را میان شرکاء تقسیم می نماید که این دلیل آشکارا به نه لازمی بودن مهایات است.<sup>۲</sup>

### دید گاه دوم :

مالکی ها-رحمهم الله- در مهایات مطلقاً چه مهایات رضایی باشد چه قضایی، حنفی ها-رحمهم الله- تنها در مهایات قضایی (اجباری) عقد را لازمی میدانند، بافوت، جنون، و سفه یکی از طرفین مهایات از بین نمی رود پس از تکمیل مهایات شریک می تواند حصه خود را به کسی دیگری به اجاره بدهد و بافوت شدن او حصه اش از منافع، به ورثه انتقال پیدا میکند اما اینقدر است اگر یکی از طرفین از محکمه تقسیم عین را بخواهد، این حق او را، مهایات ساقط کرده نمی تواند یعنی : توسط افراز عین مال، عقد مهایات منحل میشود.<sup>۳</sup>

### دلیل دید گاه دوم :

فقها عمالکی و تعداد از فقهای احناف بر لازم بودن مهایات تاکید نموده و حق فسخ را برای شرکاء نمیدهند به دلیل آنکه: از دیدگاه آنان مهایات، اشاعه در منافع را از بین برده و هر یکی از شرکاء را مالک حصه مفروضه خود ساخته است، بعد از افراز، بازگشت به اشاعه بدون سبب، معنای نخواهد داشت، و همچنان ایشان تقسیم منافع را به تقسیم اعیان قیاس میکنند قسمیکه در تقسیم اصل یعنی اعیان لزوم می باشد در تقسیم فرع که منافع است نیز لزوم را امرحتمی میدانند، تطابقاً للفرع مع الاصل.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> مغنی المحتاج ۴/۴۲۶، المغنی لابن قدامه ۸۰/۹، الانصاف ۱۱/۳۴۰، حاشیه ابن عابدین ۹/۴۴۸.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۵/۴۸۴.

<sup>۳</sup> شرح الخرشی ۴/۴۰۰.

<sup>۴</sup> المغنی لابن قدامه ۹/۸۰.

## دیدگاه راجح :

از خلال بحث ذکر شده، دیدگاه فقهای احناف که عبارت است از اینکه: اگر مهائیات به اساس رضایی صورت گرفته باشد لازمی نمی باشد و اگر به حکم محکمه صورت گرفته باشد لازمی می باشد راجح معلوم میگردد؛ زیرا در تقسیم رضایی همان اراده که توانست تقسیم را انجام دهد، همان اراده نیز میتواند آن را برهم زند، البته اگر ابتدائیکی از مالکان در نوبت خود از مال مشترک بهره مند گردد و سپس خود او تقسیم مهائیات را برهم زند، نسبت به حصه شریک دیگر، ضامن بوده و ملزم به غرامت می باشد، اما در مهائیات به حکم محکمه به دلیل اصولی که پیروی حکم محکمه را الزامی میگرداند، لزوم، معتبر شناخته می شود زیرا نباید حکم محکمه با صلاحیت، ملعبه قرار گیرد.

## فرع دوم - لزوم یا جواز مهائیات در قانون مدنی :

قانون مدنی به صفت مهائیات یا به عنوان دیگر به جواز و لزوم مهائیات هیچ گونه اشاره نکرده مطلقاً در این مورد سکوت نموده است فلذا من هم جز اینکه این خلاء قانون را مشخص ساختم دیگر چیزی قابل ذکر ندارم.

## مبحث سوم: انواع تقسیم مهائیات.

در مهائیات دو تقسیم رئیسه وجود دارد: تقسیم اول از حیثیت تراضی و اجبار که مهائیات به حیثیت ذکر شده دارای دو قسم است اول: تقسیم مهائیات رضائی دوم: تقسیم مهائیات قضائی، تقسیم دوم از حیثیت زمان و مکان است که تقسیم مهائیات به اعتبار ذکر شده نیز به دو قسم است اول: تقسیم مهائیات زمانی، دوم: تقسیم مهائیات مکانی، هر یکی از تقسیمات فوق را در یک مطلب مستقل جابجانمودیم که قرار شرح ذیل به علاقه مندان محترم تقدیم میگردد:

### مطلب اول - انواع مهائیات از حیثیت تراضی و اجبار

تقسیم منافع ملکیت مشاع به اعتبار رضایت و عدم رضایت شرکاء، دارای دو نوع است: نوع اول تقسیم رضایی، نوع دوم تقسیم قضایی، پس تقسیم منافع را از حیثیت ذکر شده نخست در فقه اسلامی، سپس در قانون مدنی و مقارنه میان فقه و قانون تحت عنوان فرع اول، دوم، سوم به شکل ذیل زیر بحث خواهیم قرارداد:

### فرع اول - انواع مهائیات از حیثیت تراضی و اجبار در فقه اسلامی :

مهائیات از حیثیت ذکر شده دارای دو نوع می باشد ۱- مهائیات به تراضی ۲- مهائیات به اجبار .

### الف - مهائیات به تراضی :

تقسیم مهائیات رضایی عبارت است از اینکه دوشخص و یا زیاده از دومی بر کیفیت انتفاع از مال مشترک به طریقه تعاقب و تناوب زمانی و مکانی توافق نمایند و یا اینکه با کمک اهل خبره با ارایه طرح تقسیم منافع، صورت پذیرد، این گونه تقسیم به اتفاق تمام فقهاء جایز است برابر است که مقسوم از یک جنس باشد و یا اجناس مختلف، منافع، متساوی باشد و یا متفاوت.<sup>۱</sup>

### ب - مهائیات به تقاضی :

تقسیم مهائیات قضایی به اساس تقاضای یکی از دوشریک به حکم محکمه صورت می گیرد، با این توضیح که قاضی منافع اعیان را جبراً از طریق تناوب زمانی برای مدت معین و به تناسب حصه هریکی از آنها، یا از طریق انتفاع مکانی اختصاصی به منفعت بعضی مال مشترک به تناسب حصص، بین دوشریک تقسیم کند، که چنین تقسیم به خاطر تامین عدالت بین شرکاء و به منظور فراهم کردن مصلحت ایشان جایز می باشد، بنابراین قاضی می تواند آنها را بر این تقسیم مجبور سازد، چراکه مردم نیازمند آنچه عادلانه تر است، هستند و آن، تقسیم مهائیات قضایی است.<sup>۲</sup>

در مهائیات ذکر شده زمانی که یکی از شرکاء تقسیم آنرا از محکمه طلب نماید و شریک دیگر آن را طلب نکند و یا اینکه از تقسیم امتناع ورزد آیا قاضی شخص ممتنع را اجبار به تقسیم منافع کرده می تواند و یا خیر؟ فقهاء در این مورد باهم اختلاف دارند، آراء و نظریات شان را در دیدگاه به شکل ذیل منسجم نمودم:

### دید گاه اول :

قولی از فقهای احناف و هم چنان یک قول از شافعی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - نیز چنین است : وقتیکه یکی از شرکاء تقسیم را از قاضی طلب نماید و شریک دیگر از آن سکوت کند و یا اینکه امتناع ورزد بالای قاضی واجب است تا منافع مشترک را میان شان تقسیم نماید؛ زیرا قسمیکه در تقسیم اعیان قاضی در صورت طلب یکی از شرکاء چنین اجبار کرده میتواند است در تقسیم منافع نیز میتواند.<sup>۳</sup>

### دلایل دید گاه اول :

۱- در صورتیکه یکی از شرکاء از قاضی مهائیات را مطالبه نماید و شریک دیگر از آن امتناع ورزد و قاضی به طالب مهائیات پاسخ مثبت ارایه نکند، طالب مهائیات متضرر میگردد ضرر در شریعت اسلامی منهی عنه میباشد چنانچه رسول الله - صلی الله علیه وسلم - فرموده : ( لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام).<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۲۲۹/۵ ادب القضاء للحموی ۳۵۱/۲ الانصاف للمرداوی ۳۴۰/۱۱.

<sup>۲</sup> المغنی ۵۱۴/۱۱.

<sup>۳</sup> ادب القضاء للحموی ۳۵۲/۲، روضة الطالبین ۲۱۸/۱۱، المغنی لابن قدامه ۸۰/۹.

<sup>۴</sup> تخریج حدیث سابق صورت گرفته .

ترجمه: در اسلام ضرر رساندن به دیگران، وهم چنان دفع کردن ضرر به ضرر، مجاز نمی باشد.

پس اجبار قاضی به مهیایات جهت رفع ضرر و جلب منفعت، جایز می باشد.<sup>۱</sup>

۲ - فقهاء تقسیم منافع را به تقسیم اعیان قیاس نموده اند یعنی: قسمیکه در تقسیم اعیان جهت دفع ضرر شریک، تقسیم اجباری جایز قرار داده شده است در تقسیم منافع نیز اجبار به تقسیم جایز قرار داده شده، تا شرکاء از مال خود دفع درست بدست آورده بتوانند.<sup>۲</sup>

۳ - ضرورت عامه مردم ایجاب میکند که در وقت طلب یکی از شرکاء، مهیایات جایز گردد اگر چه شریک دیگر به پذیرش چنین کارآماده نباشد؛ زیرا در وقت ضرورت اگر از طرف قاضی اجبار به تهاوی صورت نگیرد منافع عامه مردم معطل قرار میگیرد، تعطل منافع عامه کاری درست نمی باشد.<sup>۳</sup>

### دیدگاه دوم:

مذهب مالکی ها و یک قول شافعی ها وهم چنان یک قول از حنفی ها و حنبلی ها - رحمهم الله - چنین است که مهیایات وقتی درست می شود که همه شرکاء به آن رضایت داشته باشند، و اگر یکی از شرکاء از عمل مهیایات امتناع ورزد فشار آوردن از طرف قاضی بالای وی، درست نمی باشد.<sup>۴</sup>

### دلایل دیدگاه دوم:

۱- مهیایات یک نوع از انواع معاوضه می باشد، معاوضات از جمله بیوع به حساب می رود، در بیوع اجبار درست نیست، پس در مهیایات از روی قیاس به بیع نیز اجبار درست نمی باشد.<sup>۵</sup>

۲- نفع عاجل حق هر شریک هست، تاخیر در ادای حق بدون رضای صاحب حق درست نمی باشد در مهیایات زمانی، منافع به طریقه تعاقب و نوبت و اربدست می آید نه عجالاً زمانیکه مهیایات اجباری مستلزم حق تلفی باشد چگونه به جواز آن حکم کرده شود.<sup>۶</sup>

۳- در قسمت زمانی یکی از شرکاء سهم خود را پیش از شرکای دیگر بدست می آورد پس مساوات در بدست آوردن منافع نیامد حالانکه تساوی بین شرکاء در بدست آوردن حقوق امر حتمی میباشد و این حق تلفی اگر رضاء باشد باکی ندارد و اگر اجباراً باشد ناجایز خواهد بود.

<sup>۱</sup> المغنی لابن قدامة ۸۰/۹.

<sup>۲</sup> روضة الطالبین ۲۱۸/۱۱.

<sup>۳</sup> ادب القضاء للحموی ۲ / ۳۵۲.

<sup>۴</sup> بداية المجتهد ۵۳/۲، شرح الزرقانی ۱۹۴/۶، الانصاف ۳۴۰/۱۱، شرح العنایه ۲۹/۸.

<sup>۵</sup> المغنی لابن قدامة ۸۰/۹.

<sup>۶</sup> همان مصدر.

## دیدگاه راجح :

از خلال بحث ذکر شده چنین وانمود می‌گردد که نظریه اصحاب دیدگاه اول که عبارت از جواز اجبار قاضی به تقسیم منافع است روی دلایل ذیل راجح معلوم می‌شود:

۱ - در صورت تقسیم قاضی، منفعت هر یکی از شرکاء در نظر گرفته می‌شود، سهمی که به یک شریک داده شده ضروراً به همان اندازه به شریک دیگری نیز داده می‌شود اگر تفاوتی در نحوه منفعت و یادرتقدیم و تاخیر آن دیده می‌شود این تفاوت اندک است به حدی نیست که مانع تقسیم مہایات گردد.

۲ - قاضی از طرف حاکم جهت قطع منازعات و بدست آوردن منافع ملی مردم مقرر گردیده است به تقسیم منافع وقتی اقدام میکند که در آن منفعت همه شرکاء و یا از بعضی آنها دیده شود و به عملی که در آن ضرر به همه جوانب قضیه و یا به بعضی آنها باشد اقدام نخواهد کرد.<sup>۱</sup>

## ج - جواب سوال

س : زمانیکه شریکان به مہایات راضی شوند و به تقسیم منافع توافق نمایند لیکن در تہایوی زمانی که نوبت ابتدایی از کدام یکی از شرکاء باشد، اختلاف نماید و یا اینکه در تہایوی مکانی که کدام یکی از شرکاء در منزل فوقانی و کدام یکی از شرکاء در منزل تحتانی سکونت پذیر شوند، اختلاف نمایند، چه راه حل دارد؟

ج - راه حل چنین خواهد بود : اگر به رضاء و رغبت، یکی از شرکاء نوبت اول را به شریک دیگر اِثار کرد و یا یک شریک، شریک دیگر را در انتخاب منزل مختار گردانید، مطلوب به دست آمد و اگر چنین کار صورت نگرفت در مورد نوبت اول و انتخاب منزل، قاضی و یا قاسم که از طرف قاضی تعیین شده باشد میان شرکاء قرعه اندازی نماید.<sup>۲</sup>

## فرع دوم - انواع مہایات از حیثیت تراضی و اجبار در قانون مدنی:

### نوشتار اول مہایات رضایی :

مہایات رضایی قسمیکه در فرع اول بیان گردید عبارت از مہایاتی است که دوشخص مبنی بر کیفیت انتفاع از شی مشترک به طریق تعاقب و تناسب زمانی و مکانی به توافق برسند، به چنین تقسیم اگرچه قانون مدنی هیچ نوع اشاره نکرده و در موردش ساکت می‌باشد ولی در عرف عامه مردم، چنین توافقات صورت می‌گیرد.

<sup>۱</sup> قسمت الاملاک صفحه ۲۳۴.

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴ / ۴۲۶، روضة الطالبین ۱۱ / ۲۱۸.

## نوشتار دوم مهایات قضایی (جبری)

فقره دوم ماده ۱۹۷۶ قانون مدنی در مورد مهایات قضایی چنین حکم می کند « اگر یکی از شرکاء در مال غیر قابل قسمت مطالبه تقسیم منافع نماید و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، تقسیم منافع به صورت جبری صورت میگیرد.»<sup>۱</sup>

### الف - تعریف مهایات قضایی :

مهایات قضایی عبارت از مهایاتی است که بنا بر درخواست یکی از طرفین، به حکم قاضی صورت پذیرد، به ترتیبی که قاضی منافع اعیان را جبراً از طریق مناوبه زمانی برای مدتی معین و یا از طریق انتفاع مکانی میان شرکاء تقسیم نماید. این نوع تقسیم از جهت تحقق عدالت و وجود مصلحت شرکاء جایز است.<sup>۲</sup>

### ب - توضیح فقره دوم ماده ۱۹۷۶ :

ماده متذکره از فقه احناف اقتباس شده است ولی در اینجا مال غیر قابل قسمت، مطلق ذکر شده است اماماده ۱۱۸۱ مجله الاحکام العدلیه در مورد مال غیر قابل قسمت چنین تفصیل نموده: « اذا طلب المهایات احد اصحاب الاشياء المشتركة والمتعدده و امتنع الآخر فان كانت الاعیان المشتركة متفقه المنفعة فالمهایات جبریه وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر. مثلاً داران مشترکتان طلب احد الشریکین المهایات علی ان یسکن احدهما والآخری للآخر او حیوانان علی ان یستعمل احدهما واحداً والآخر الآخر و امتنع شریکه فالمهایات جبریه اما لو طلب احدهما المهایات علی سكن الدار والآخر ایجار الحمام او علی سكن احدهما فی الدار و زراعة الآخر الاراضی وان تكون جائزه الا انه اذا امتنع الآخر لایجبر علیها ».<sup>۳</sup>

ترجمه : اگر یکی از شرکاء مهایات را در اموال و اشیای مشترکه متعدده طلب نمود و شریک دیگر امتناع ورزید ، اگر اعیان مشترکه، منفعت متده و متفقه داشته باشد، مهایات جبری است و اگر اموال مذکور منافع مختلف داشته باشد مهایات جبری صحیح نمیشود چنانچه دودر بند حویلی باهم مشترک باشد یکی از شرکاء طلب مهایات را نماید که در یکی از حویلی ها خودش سکونت کند و در دیگری شریک دیگر، یا دوحیوان باشد که یکی از شرکاء از یکی آنها و شریک دیگر از حیوان دیگر، اخذ منافع نماید و شریک دیگر امتناع ورزد، مهایات در این صورت جبری اجراء می شود. اما، اگر یکی از شرکاء حویلی را به سکونت خودش، و اجاره دادن حمام را به شریک دیگر، یا سکونت حویلی را به خودش و زیاده را به زمین را به دیگری و یا عکس آن را مطالبه کرد، در این صورت، مهایات به رضای شرکاء جایز است

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۵.

<sup>۲</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۹۵.

<sup>۳</sup> مجله الاحکام العدلیه صفحه ۱۶۸.

اگر یکی از شرکاء امتناع ورزید، مهایات جبراً جاری نمی شود.

### فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون :

الف - موارد اختلافی:

۱- قانون مدنی به جواز مهایات قضایی مطلقاً حکم میکند چنانچه به جواز آن فقره دوم ماده ۹۷۶ قانون مدنی تصریح نموده، اما فقهاء همه شان به جواز آن موافق نبوده بلکه تعداد آنها به جواز مهایات اجباری قول کردند و تعداد دیگرشان از اجبار مهایات انکار ورزیدند.

۲- قانون مدنی در تقسیم منافع قضاءً، اجبار قاضی را مطلقاً جایز دانسته اما فقه اسلامی اجبار قاضی را در مهایات اموال متفقه المنفعة جایز دانسته، اما در مهایات اموال مختلفه المنفعة به عدم جواز مهایات حکم نموده چنانچه در ماده ۱۱۸۱ مجلة الاحکام به آن تصریح صورت گرفته است.

ب- مورد مسکوت عنه:

\*- فقه اسلامی به جواز مهایات رضایی اتفاق فقها رانقل کرده در حالیکه قانون مدنی در مورد، ساکت بوده هیچ گونه وضاحت نداده اما به سبب اینکه تکیه گاه و منبع عمده قانون مدنی افغانستان فقه اسلامی بوده گفته میتوانیم که قانون مدنی نیز به جواز مهایات رضایی با فقه اسلامی موافقت دارد.

### مطلب دوم - انواع مهایات از حیثیت زمان و مکان .

تقسیم منافع به اعتبار زمان و مکان به دو نوع است: یکی تقسیم مهایات زمانی و دیگری تقسیم مهایات مکانی، منافع را از حیثیت ذکر شده به یاری خداوند -جل جلاله- نخست در فقه اسلامی و سپس در قانون مدنی و مقارنه میان آنها طی فرع اول، دوم و سوم به شکل ذیل تفصیلاً زیر بحث خواهیم گرفت.

### فرع اول - انواع مهایات از حیثیت زمان و مکان در فقه اسلامی .

#### نوشتار اول - مهایات زمانی :

#### الف تعریف مهایات زمانی :

مهایات زمانی: عبارت از این است که شرکاء توافق کنند بر اینکه: به نوبت و بطور متناوب از جمیع مال مشترک، منفعت و بهره برداری نمایند، بطوریکه هر یکی از آنها برای مدتی که با حصه آنها متناسب باشد، از منافع آن بهره مند شوند، مانند اینکه: منفعت تمام عین را در ظرف زمانی معین مثلاً: سالی یا ماهی از یک شریک و سالی یا ماهی از شریک دیگر باشد، اصولاً این منافع و توزیع آن به نسبت سهامی که از عین دارند، تعیین می گردد، مثل اینکه دوشریک به سربیک موتر توافق کنند که هر یک از ایشان در مدت معینی از آن بهره برداری نماید و به طور متناوب از منافع موتر مشترک برخوردار شوند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> السنهوری عبدالرزاق صفحه ۸۲۰.



### ب - محل مہایات زمانی :

مہایات زمانی، در تقسیم منافع کل اعیان جریان پیدا کرده می تواند خصوصاً در اعیانیکه قابلیت تقسیم رانداشته باشد مانند: خانه کوچک، کشتی، آسیاب، موتر، فردی از حیوانات، مانند اسپ، خر، گاو، وغیره، اگر اشیای ذکر شده میان دو ویا اضافه از دونفر مشترک باشند پس انتفاع از اشیای مذکورہ صرف توسط مہایات زمانی صورت میگیرد؛ زیرا مہایات مکانی در اشیای مذکورہ ممکن نمی باشد.<sup>۱</sup>

### ج - مدت مہایات زمانی :

تعیین مدت در مہایات زمانی شرط است؛ زیرا تعیین مدت، اندازہ منفعت را مشخص می سازد اما در مہایات مکانی تعیین مدت شرط نیست؛ زیرا در آن، مقدار منفعت از طریق مکان مشخص میگردد.<sup>۲</sup>

مجلة الاحکام در ماده ۱۱۷۸ خود در این مورد چنین میگوید: «المہایات زمانا نوع مبادلہ فتكون منفعة احد اصحاب الحصص في نوبته مبادلہ بمنفعة حصه الآخر في نوبته بناء على ذالك ذكر المدة وتعینها في المہایات مثلاً کذا شہرا لازم».<sup>۳</sup>

ترجمہ : مہایات زمانی یک نوع مبادلہ است کہ منافع ہر یکی از صاحبان حصص در نوبت شان بہ منافع حصہ شریک دیگر در نوبت او، تبادلہ می گردد. بنابراین، مدت مہایات و مشخص کردن آن مانند این قدر روز یا این قدر ماہ لازم است.

در شرط گردانیدن ذکر مدت در مہایات زمانی ہمہ فقہاء اتفاق دارند، مگر مالکی ہا در مقدار مدت منقولات و عقارات بہ فرق قایل شدند بہ این شکلی کہ: مقدار مدت در مہایات زمانی منقولات، مانند: حیوان، موتر، لباس و امثال اینہا، باید یک ماہ و یا کمتر از یک ماہ باشد، مقدار مدت در مہایات زمانی عقارات، مانند: خانہ، زمین مملوکہ، ممکن است کہ سال و یا اضافه از سال باشد، ہر چہ زمین غیر مملوکہ مانند: زمین مستعار اصلاً مہایات در آن جایز نمی باشد گرچہ بہ مدت کمتر باشد.<sup>۴</sup>

### نوشتار دوم - مہایات مکانی :

#### الف - تعریف مہایات مکانی :

مہایات مکانی عبارت از این است کہ دوشریک در زمین مشترک باہم توافق کنند، کہ نصف آن را یک شریک کشت کند و نصف دیگر آن را شریک دیگر، یا حویلیی کہ دارای دو آپارتمان باشد و بہ دونفر بہ ارث برسد ہر دونفر وارث باہم توافق کنند کہ یکی ایشان یک آپارتمان را و دومی ای ایشان آپارتمان دیگر را مورد استفادہ قرار دہند.<sup>۵</sup>

### ب - محل مہایات مکانی :

اموال بہ اعتبار قابلیت شان از برای مہایات، بہ دو صنف تقسیم شدہ است:

<sup>۱</sup> تبیین الحقایق ۲۷۶/۵.

<sup>۲</sup> بدائع الصنائع ۴۸۵/۵. مجلة لاحکام العدلیہ صفحہ ۱۶۷-۱۶۸.

<sup>۳</sup> بدائع الصنائع ۴۸۵/۵، روضۃ الطالبین ۲۱۷/۱۱، کشف القناع ۳۷۴/۶.

<sup>۴</sup> بدایۃ المجتہد ۵۳/۲.

<sup>۵</sup> تقسیم اموال مشترک صفحہ ۷۳.

صنف اول: مال های که زماناً و مکاناً قابلیت مهایات رداشته باشند مانند: زمین های زراعتی، حویلی های بزرگ، سرای ها و غیره.

صنف دوم: مال های که صرف زماناً قابلیت تقسیم رداشته باشند مانند: حویلی کوچک، حیوان، کتاب، کمپیوتر، موتر، محل مهایات مکانی اشیای شده می تواند که در صنف اول ذکر شد.<sup>۱</sup>

### ج - مدت مهایات مکانی :

حنفی ها، شافعی ها، حنبلی ها - رحمهم الله - به این نظر هستند که تعیین مدت در مهایات مکانی شرط نیست؛ زیرا امکان منفعت، مشخص می باشد زمانی که منفعت از طریق مکانش مشخص گردد ضرورت به تعیین مدت پیش نمی شود، برخلاف مهایات زمانی که نیاز به بیان و تعیین مدت دارد تا منفعت معلوم و مشخص گردد.<sup>۲</sup>

مالکی ها - رحمهم الله - تعیین مدت را در مهایات مطلقاً شرط میدانند برابر است که مهایات زمانی باشد یا مکانی، برابر است که مقسوم متحد باشد مانند: یک حویلی و یا متعدد باشد مانند: دو حویلی تا اینکه مقدار انتفاع مشخص شود و اگر مدت تعیین نگردد مهایات فاسد می شود.<sup>۳</sup>

از خلال بحث، نظریه مالکی ها - رحمهم الله - که عبارت از تعیین مدت است برابر است که مهایات زمانی باشد و یا مکانی راجح به نظر می خورد؛ زیرا در تعیین مدت عدالت رعایت می گردد و به هیچ کدام از شرکاء ضرر ملحق نمی شود و همچنان در صورت تعیین مدت، عمل تهایؤ، به بصیرت کامل استوار می باشد هیچ شریکی نمی تواند در حالت غفلت شرکای دیگر، اقدام به فسخ تهایؤ نماید که چنین کار اغلباً سبب سراسیمگی شرکای دیگر می گردید.

### نوشتار سوم - مقایسه، میان مهایات مکانی و زمانی .

از مقایسه مهایات زمانی و مکانی نتایج ذیل به دست می آید:

۱- مهایات مکانی عادلانه تر است، ولی مهایات زمانی کامل تر است، عادلانه تر بودن مهایات مکانی به این دلیل است که در مهایات مکانی همه شرکاء در یک زمان از مال مشترک بهره مند می شوند؛ کامل تر بودن مهایات زمانی به این دلیل است که در مهایات زمانی هر یکی از شرکاء از کل مال مشترک استفاده میکند.<sup>۴</sup>

۲- در مهایات مکانی مال مشترک به اجزای مفروزه تقسیم می شود، ولی در مهایات زمانی مال مشترک به حال اشاعه و غیر مفروز، مورد بهره برداری قرار می گیرد.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> در الاحکام شرح مجلة الاحکام ۱۸۶/۳-۱۸۷.

<sup>۲</sup> تبیین الحقائق ۲۷۶/۵، مغنی المحتاج، ۴۲۶/۴، کشاف القناع ۳۷۴/۶، المغنی ۸۰/۹.

<sup>۳</sup> الشرح الصغير ۱۵۴/۵.

<sup>۴</sup> در الاحکام ۱۸۷/۳.

<sup>۵</sup> عبدالرزاق السنهوری صفحه ۸۲۰.

۳- مهائیات زمانی مبنی بر مغاینه است، ولی مهائیات مکانی مبنی بر مسامحه است. در مهائیات مکانی نوبت وجود ندارد، ولی در مهائیات زمانی نوبت وجود دارد.<sup>۱</sup>

### فرع دوم - انواع مهائیات از حیثیت زمان و مکان در قانون مدنی:

تقسیم منافع ملکیت مشاع، به اعتبار زمان و مکان در قانون مدنی نیز به دو نوع است: نوع اول: تقسیم مهائیات زمانی، نوع دوم: تقسیم مهائیات مکانی، چنانچه قانون مدنی در ماده ۱۹۷۵ خود تصریح میدارد: «تقسیم مهائیات (منافع) یازمانی می باشد و یامکانی و هر دوی آن به صورت رضایی یا قضایی انجام میگردد.»<sup>۲</sup>

### نوشتار اول - تقسیم مهائیات زمانی در قانون مدنی:

#### الف - تعریف مهائیات زمانی:

تقسیم مهائیات زمانی طبق حکم فقره ۱ ماده ۱۹۷۶ قانون مدنی عبارت است از اینکه: «شرکاء موافقه نمایند به صورت متناوب از منافع تمام مال مشترک هر یک آن برای مدتی که متناسب حصه او باشد استفاده نمایند».<sup>۳</sup>

توضیح - طبق نص این ماده مهائیات زمانی عبارت از مهائیات است که در آن هر یکی از شرکاء از تمام عین مشترک در فاصله زمانی ای معین و برابر و یابه نسبت سهم استفاده کنند، مانند اینکه: دوشریک در مورد زراعت زمین مشترک، هر یک برای مدت یک سال، و یادر مورد سکونت در خانه به صورت متناوب برای یک سال، یا در مورد استعمال کتاب برای یک یک هفته موافقت نمایند به ترتیبی که سال اول یکی از شرکاء زمین رازرع نماید و سال دوم شریک دوم، یا سال اول یکی از شرکاء از خانه مشترک استفاده نماید و سال دوم شریک دیگر و یا هفته اول یک شریک از کتاب استفاده نماید و هفته دوم شریک دیگر.<sup>۴</sup>

#### ب- مدت مهائیات زمانی:

تعیین مدت در مهائیات زمانی شرط است؛ زیرا با تعیین مدت اندازه انتفاع معلوم می شود اما در مهائیات مکانی تعیین مدت شرط نیست؛ زیرا در آن اندازه منفعت به اعتبار مکان معلوم می شود.<sup>۵</sup>

مجلة الاحکام در ماده ۱۱۷۸ خود چنین می گوید: «المهائیات زماناً نوع مبادله فتكون منفعة احد

اصحاب الحصص فی نوبته مبادلة بمنفعة حصه الآخر فی نوبته بناء علی ذالک ذکر المدة وتعینها

<sup>۱</sup> تقسیم اموال مشترک صفحه ۷۴.

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۴.

<sup>۳</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۵.

<sup>۴</sup> شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله ۹۶.

<sup>۵</sup> حقوق عینی دادمحمد نذیر ۱/۱۸۷، تالیف: پوهاند دادمحمد نذیر ناشر انتشارات حامد رسالت، مطبعة الفاروق تاریخ طبع ۱۳۹۶.

فی المہایات مثلاً کذا یوماً وکذا شہراً لازم.»<sup>۱</sup>

ترجمه: مہایات زمانی نوع مبادلہ است، کہ منافع ہر یک از صاحبان حصص در نوبت شان بہ منافع حصہ شریک دیگر در نوبت او تبادلہ میگردد. بنابر این، مدت مہایات و مشخص کردن آن مانند: این قدر روز یا این قدر ماہ لازم است.

**نوشتار دوم - تقسیم مہایات مکانی در قانون مدنی:**

**الف: تعریف منافع مکانی:**

تقسیم مہایات مکانی طبق حکم فقرہ ۱ مادہ ۱۹۷۵ قانون مدنی عبارت است از اینکه: «شرکاء موافقہ می نمایند کہ ہر یک آن از جزء معین منفعت مال کہ با حصہ او در مال مشترک مشاع مساوی باشد استفادہ نمودہ و در مقابل آن از استفادہ کردن اجزاء باقی ماندہ حصہ خود بہ شرکاء دیگر تنازل نماید، مدت این موافقہ از پنج، سال تجاوز کردہ نمیتواند»<sup>۲</sup>.

توضیح: طور مثال: یک در بندحویلی قابل سکونت واقع شہرنوکابل و یک در بندحویلی قابل سکونت واقع کارتہ سہ شہرکابل و موازی چہار جریب زمین باغی مثمر و غیر مثمر واقع پغمان کابل و موازی چہار جریب زمین انگور باغ و غیرہ اشجار مثمر و غیر مثمر واقع قرہ باغ کابل میان چہار نفر شرکاء طور مساویانہ ملکیت مشاع مشترک باشد ہر کدام اموال مشاع مشترک مذکور بہ اعتبار قیمت و منفعت مساوی باشند - بتاریخ اول حمل ۱۴۰۰ ہ ش تاملت پنج سال تمام شرکاء در تقسیم منافع مکانی موافقہ نمودہ و یک نفر از شرکاء غرض سکونت یک در بند حویلی واقع شہرنوکابل را، دومی یک در بندحویلی واقع کارتہ سہ شہرکابل را جہت سکونت، سومی موازی چہار جریب زمین باغی مثمر و غیر مثمر واقع پغمان کابل را غرض بہرہ برداری و منفعت، چہارمی موازی چہار جریب زمین انگور باغ واقع قرہ باغ کابل را جہت استفادہ از منافع آن، اخذ و متصرفین گردیدہ و در مقابل آن از استفادہ کردن اجزاء باقی ماندہ حصہ خود بہ شرکاء دیگر تنازل نمایند، این موافقہ تقسیم منافع مکانی، تاملت پنج سال جواز داشتہ صحت دارد.

**ب- مدت مہایات مکانی:**

تعیین مدت در مہایات مکانی شرط نیست، زیرا مکان منفعت معلوم است پس منفعت از طریق مکانش معلوم می شود، برخلاف مہایات زمانی کہ نیاز بہ بیان مدت دارد تا منفعت معلوم شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> مجلۃ الاحکام العدلیہ صفحہ ۱۶۷-۱۶۸.

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحہ ۳۰۴.

<sup>۳</sup> تبیین الحقائق ۲۷۶/۵.

قسمیکه مدت درمهایات مکانی شرط نمی باشد اگر به مهایات مکانی توافق صورت گیرد این توافق تا به یک سال ادامه پیدامیکند چنانچه فقره ۲ ماده ۱۹۷۵ به آن چنین تصریح نموده: «اگر مدت تعیین نشده باشد موافقه تا مدت یک سال دوام میکند در صورتیکه قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال شریک عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید، موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی میگردد اگر این تقسیم بهمین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند تقسیم نهائی شمرده می شود»<sup>۱</sup>.

**توضیح:** طبق نص این ماده درمهایات مکانی شرط است که مدت آن بیشتر از پنج سال نباشد بنابراین، اگر بر حسب توافق شرکاء مدت آن برای مدت بیشتر از پنج سال تعیین شود، این مدت به پنج سال تقلیل می یابد؛ زیرا درمهایات مکانی هر چند مال از نظر منفعت مفروز است اما از نظر رقبه مشترک است و اشتراک تازمانی که مهایات مکانی قایم است باقی می ماند شریک مبنی بر بقای ملکیت صورت اشاعه اجبار نمی گردد از همین رو، شرکاء نمی توانند مبنی به مهایات مکانی برای مدت بیشتر از پنج سال توافق نمایند، در نتیجه اگر مدت پنج سال منقضی شود، شرکاء می توانند آن را برای مدت پنج سال دیگر تجدید نمایند اگر مدت تعیین نشده باشد موافقه تا مدت یکسال دوام می کند در صورتیکه قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال شریک عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی می گردد اگر این تقسیم به همین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می شود.<sup>۲</sup>

### فرع سوم - مقارنه بین فقه و قانون در اقسام مهایات از حیثیت زمان و مکان :

#### الف- موارد اتفاقی:

۱- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در تقسیم مهایات، به زمانی و مکانی موافقت دارد قسمیکه در فقه اسلامی مهایات به دو قسم تقسیم شده است: ۱ - مهایات زمانی ۲ - مهایات مکانی، در قانون مدنی نیز مهایات به دو بخش تقسیم شده ۱- مهایات زمانی ۲- مهایات مکانی چنانچه در ماده های ۱۹۷۵-۱۹۷۶ به آن تصریح صورت گرفته است.

۲- تعریفات قانونی مهایات زمانی و مکانی با تعریفات فقهی مهایات زمانی و مکانی از روی معنا باهم نزدیک بوده و میان شان تغییری قابل ملاحظه دیده نمیشود.

#### ب- موارد اختلافی:

\*- در فقه اسلامی به شرط کردن مدت درمهایات زمانی اجماع فقهاء صورت گرفته است ولی انتهای مدت راجز از مالکی ها-رحمهم الله- فقهای دیگر مشخص نکرده، قانون مدنی در شرط کردن مدت

<sup>۱</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۴-۳۰۵.

<sup>۲</sup> شرح قانون مدنی افغانستان از نظام الدین عبدالله صفحه ۹۶-۹۷.

در مهیایات زمانی با فقه اسلامی موافق بوده ولی در قانون مدنی از برای مدت، حدانتهای شرط شده است اما در فقه اسلامی چنین چیزی دیده نمی شود، ولی در نظر من تعیین حدنهایی مدت مهیایات، کدام ضرر و نقصانی به شرکاء وارد نمیکند بلکه این قید به نفع مصلحت شرکاء می باشد؛ زیرا در صورت عدم تعیین انتهای مدت، شرکاء وارد یک معامله که انتهایش معلوم نباشد قرار خواهند گرفتند بناءً ، تفصیلی که در انتهای مدت مهیایات در قانون مدنی ذکر گردیده با روح شریعت اسلامی در تضاد نبوده و فقه اسلامی مانع چنین تفصیل نیز نمی باشد.

### **مبحث چهارم: در حقوق ، التزامات و آثار مهیایات.**

تکمیل تقسیم مهیایات در غالب اوقات توسط تراضی شرکاء صورت میگیرد و اگر شرکاء با هم به تهایو توافق ننمایند و یکی از شرکاء از قاضی تهایو راطلبان باشد بنابر قول راجح برای قاضی جائز است که بالای شرکاء در مورد تهایو اجبار نماید .

زمانیکه تهایو به یکی از صورت های فوق ( تراضی و یا اجبار) تکمیل گردد بالای آنها یک سلسله حقوق ، التزامات و آثار مرتب میگردد که باید آنها مورد بحث قرار گیرد، در بحث چهارم از تقسیم مهیایات، موضوعات فوق الذکر را در ضمن دو مطلب: مطلب اول در حقوق و التزامات مطلب دوم در آثار مهیایات به شکل ذیل زیر بحث قرار خواهیم داد :

#### **مطلب اول : حقوق و مکلفیت های شرکاء در تقسیم مهیایات :**

بعد از تقسیم و تکمیل تقسیم مهیایات طبعاً به هر یکی از شرکاء حقوق و التزاماتی راجع میگردد، مناسب و لایق دیدم که چنین حقوق و التزامات را نخست در فقه اسلامی زیر بحث گیرم سپس در قانون مدنی ، تا هر یکی از شرکاء تقسیم منافع ، رعایت و تنفیذ آن را مکلفیت و وجوبه خود بدانند پس به یاری خداوند - جل جلاله - اراده کردم که حقوق و مکلفیت های ناشی از تقسیم را در سه فرع : فرع اول حقوق و التزامات شرکاء در فقه اسلامی ، فرع دوم ، حقوق و التزامات شرکاء در قانون مدنی ، فرع سوم مقارنه میان فقه و قانون به شکل ذیل تشریح و توضیح بدارم .

#### **فرع اول : حقوق و التزامات شرکاء در تقسیم مهیایات در فقه اسلامی:**

##### **الف : نفع گرفتن از متهایا علیه :**

زمانیکه تقسیم مهیایات بین شرکاء واقع گردید هر یکی از شرکاء صلاحیت دارد که از سهم خود منفعت اخذ نماید باکی ندارد که تقسیم منافع ، به تراضی صورت گرفته باشد و یا به تقاضی ، چگونه که بخواهد از سهم خود، منفعت گرفته میتواند برابر است که مهیایات مکانی باشد و یا زمانی ، اگر متهایا فیه ، خانه مسکونی باشد هر یکی از شرکاء میتواند در آن سکونت نماید و اگر متهایا فیه ، اسپ ، مرکب ،

موترو غیره باشد هر یکی از آنها میتواند در نوبت خود بالای آن رکوب نماید و یا توسط آن بار خود را از یکجا به جای دیگر انتقال دهد و اگر متهاً فیه زمین زراعتی باشد هر یکی آنها میتواند در نوبت خود آن را کشت نموده و حاصلات از آن بردارد.<sup>۱</sup>

آیا از برای متهایی جایز است که حصه خود را از مهایات، به دیگران به اجاره دهد و یا خیر! صاحب بدائع الصنائع در رابطه این مسئله میان مهایات مکانی و زمانی به قرار شرح ذیل فرق نموده است:

### ۱ - در مهایات مکانی :

از برای هر یک از شرکاء جائز است که حصه خود را از مهایات مکانی به اجاره دهد برابر است که در حین تهایؤ اجاره دادن را شرط کرده باشند و یا خیر، برابر است که تهایؤ در یک حویلی صورت گرفته باشد و یا در دو حویلی؛ زیرا منافع بعد از مهایات در ملکیت هر یکی از شرکاء به شکل مستقل و جدا به دست می آید پس هر یکی از شرکاء در محوطه ملکیت خود صلاحیت هر نوع تصرفات را داشته میباشد، همین نکته است که مهایات را از اجاره جدا میسازد که در اجاره نفس استفاده درست میباشد و در تهایؤ استفاده و اجاره هر دو جائز میباشد.<sup>۲</sup>

### ب - در مهایات زمانی:

فقهای احناف اتفاق دارند که در مهایات زمانی به جز از استفاده خودی هیچ یکی از شرکاء نمیتواند که حصه خود را به اجاره دهد مادامیکه در وقت تهایؤ اجاره دادن را شرط نکرده باشد و اگر در وقت تهایؤ اجاره دادن را شرط کرده باشند به این معنی که یکی از شرکاء بگوید: که من تهایوی زمانی را به شرطی قبول دارم که نوبت خود را به اجاره بدهم پس در این صورت مسئله میان فقهای احناف اختلافی میگردد:

امام قدوری<sup>۳</sup> - رحمه الله - میگوید: که در مهایات زمانی نمیتواند که شریک حصه خود را به اجاره دهد و لو که در وقت تهایؤ شرط کرده باشد؛ زیرا مهایات زمانی در معنای اجاره می باشد و چیزی عاریت به اجاره داده نمیشود، امام محمد - رحمه الله - میگوید: زمانی که تهایوی زمانی در یک حویلی صورت گیرد هر یکی از شرکاء میتواند که در نوبت خود، حویلی مذکور را مورد استفاده قرار دهند و یا اینکه به اجاره بدهد.<sup>۴</sup>

اما، شافعی ها، حنبلی ها - رحمه الله - میگویند: در صورت تهایؤ، برای هر یکی از شرکاء جایز می باشد که از حصه مربوطه خود، منفعت اخذ نماید و یا اینکه آنرا به اجاره دهد برابر است که مهایات

<sup>۱</sup> بدائع الصنائع ۴۸۴/۵ .

<sup>۲</sup> همان مصدر.

<sup>۳</sup> امام قدوری، قبلاً معرفی گردید

<sup>۴</sup> بدائع الصنائع ۴۸۴/۵ .

زمانی باشد و یا مکانی، برابر است که در ابتدای عقد به اجاره دادن را شرط کرده باشد و یاخیر؛ زیرا شرکاء بعد از تکمیل عمل تهایو هریکی ایشان در حصه خود مالک منفعت میگردند، میتواند در آن هرگونه تصرفات مالکانه نمایند مانند: انتفاع، اجاره و غیره<sup>۱</sup>.

اما مالکی ها-رحمهم الله- میگویند: برای هر شریک جائز است که از حصه خود در مہایات منفعت اخذ نماید برابر است که مہایات مکانی باشد و یا زمانی. اما به اجاره دادن آن را در مہایات مکانی نیز جائز میدانند اما در مہایات زمانی و قتیکه متہایاً علیہ از جمله منقولات باشد مانند: اسب، گاو، موتر و غیره به اجاره دادن آنها به این شکلی که یک روز اجوره آنها را یک شریک و روز دیگر، شریک دیگر اخذ نماید جایز نمیباشد؛ زیرا ممکن است که یک روز اجوره آن زیاد باشد یک روز کم و اگر متہایاً علیہ از جمله عقارات باشد مانند: حویلی، زمین زراعتی، پس به اجاره دادن آنها جائز میباشد<sup>۲</sup>.  
از خلال دلایل ذکر شده نظریه امام محمد از فقہای احناف که در مہایات زمانی وقتی یک شریک میتواند که حصه خود را به اجاره دهد که در ابتدای عقد آنرا شرط کرده باشد، راجح به نظر میرسد؛ زیرا منافع مال به شرکاء مربوط میشود شرکاء میتوانند که از حقوق خود گذشت نمایند و یا اینکه آن را مقید به قید بسازد.

### نوشتار دوم : مکلفیت های شرکاء در تقسیم مہایات :

#### الف - مکلفیت به حفظ :

مالی که برای شرکاء در مہایات مکانی یا زمانی جهت اخذ منفعت تسلیم کرده میشود حفظ و نگهداری آن بالای شرکاء حتمی و لازمی می باشد که باید آنرا صحیح و سالم بدون تغیر به شریک دیگر دوباره برگرداند، از این جهت هیچ یکی از شرکاء حق ندارد که در آن تغیر بیاورد و یا اینکه تعمیر آنرا تخریب نماید و یا دروازه جدیدی در آن بکشاید، احياناً اگر مال مشترک زمین کشتی بودویکی از شرکاء بدون مشوره شریک دیگر در آن تعمیر ساخت و یا چاه آب، حفر کرد و یا نوآوری های دیگری ایجاد کرد و شریک دیگر به چنین کارها رضی نبود، در این همه صورت ها، در مورد حصه شریک دیگر، ضامن شناخته میشود<sup>۳</sup>.

#### ب : مکلفیت به نفقه :

در تقسیم مہایات هر شریک به پرداختن مصارف حصه خود مکلف و مسئول می باشد مانند: مصارف تداوی، کاه و علف حیوان، اجوره نگهبان حویلی و غیره مصارف؛ زیرا منفعت جانب معین

<sup>۱</sup> روضة الطالبین ۲۱۹/۱۱، الانتفاع فی فقه امام احمد ۴/۴۱۳.

<sup>۲</sup> بدایة المجتهد ۵۲/۲ - ۵۳.

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۲۲۹/۵.



حویلی و غیره اماکن در مهیات مکانی و منفعت میعاد مشخص در مهیات زمانی مربوط صاحب سهم و صاحب نوبت میشود، پس مؤنت آن نیز به او تعلق میگیرد.<sup>۱</sup>

### ج - مکلفیت به ضمان :

حنفی ها، شافعی ها-رحمهم الله- میگویند: اگر غلام و خادم مشترک در خدمت صاحب نوبت به هلاکت میرسد ضمان آن بالای صاحب نوبت نمی باشد، همچنان اگر حویلی در حال سکونت صاحب نوبت، تخریب و منهدم می شود بالای صاحب نوبت ضمان نمی باشد و اگر آتش میگیرد و حریق میگردد نیز چنین حکم دارد، البته عدم ضمان در صورتی است که صاحب نوبت تعدی و تقصیر نکرده باشد دلیل ایشان این است که متهایاً علیه نزد صاحب نوبت به طور امانت می باشد و امانت ضمان ندارد.<sup>۲</sup>

مالکی ها-رحمهم الله-، نیز به همین نظر هستند که در مثال هایی ذکر شده بالای صاحب نوبت ضمان نیست لیکن دلیل اینها قیاس است: مهیات رابه اجاره قیاس کرده اند چنانچه در هلاکت مال مستأجره بالای مستأجر: ضمان لازم نمیگردد در هلاکت مال متهایاً علیه بالای صاحب نوبت نیز ضمان بر نمیگردد.<sup>۳</sup>

حنبلی ها-رحمهم الله- میگویند: اگر حویلی مشترک آتش بگیرد و حیوانی مشترک به سرقت برده شود بالای صاحب نوبت ضمان است یعنی: اگر متهایاً علیه جز به استعمال معتاد به هلاکت میرسد ولو که بدون تعدی و تقصیر باشد بالای صاحب نوبت ضمان است دلیل حنبلی ها نیز قیاس است مگر مهیات رابه عاریت قیاس نموده است قسمیکه در مال عاریت بالای مستعیر در حال هلاکت مال مستعار ضمان لازم میگردد در هلاکت مال متهایاً علیه نیز بالای متهایی ضمان لازم میگردد.<sup>۴</sup>

آنچه که از بین دیدگاه ها راجح به نظر می رسد همانا دیدگاه احناف و شوافع است که صاحب نوبت در صورت تعدی ضامن است اما در موجودیت آفت سماوی ضامن نیست؛ زیرا بنده به آنچه مکلف است که در توان او باشد، در توان بنده عدم تعدی و تقصیر است نه دفع آفات سماوی، بلی انتفاع شریک در مدت زمانی که مال مشترک در نوبت او قرار دارد، مشروط به بهره برداری متعارف و عادلانه میباشد و نباید به نحوی از آن استفاده کند که اسباب ضرر به شریک دیگر فراهم شود و اگر مال در اثر انتفاع خلاف معمول و عادلانه هلاک می شود، صاحب نوبت ضامن و مسئول میباشد مانند: اینکه حیوان و یا موتر از حد معمول آن زیاد بار شود.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> روضة الطالبین ۲۱۹/۱۱، مجمع الانهر ۴۹۷/۲.

<sup>۲</sup> فتاوی هندیه ۲۳۰/۵، نهایة المحتاج ۲۸۶/۸.

<sup>۳</sup> شرح زرقانی ۱۹۴/۶.

<sup>۴</sup> المغنی لاین قنامه ۵۱۳/۶.

<sup>۵</sup> تقسیم اموال مشترک صفحه ۷۲.

### نوشتار سوم : تفریعات به تهایو :

الف - اگر در حویلی و یا زمین زراعتی بزرگ که قابلیت تقسیم را داشته باشد تهایو قائم گردد بعداً یکی از شرکاء تقسیم عین آنرا از قاضی طلب نماید، طبق رأی فقهای احناف تهایو باطل می‌گردد، محل تهایو میان شرکاء تقسیم می‌گردد؛ زیرا در تقسیم عین، منفعت به دست شرکاء نسبت به تهایو کامل واقع می‌گردد.<sup>۱</sup>

ب - بعد از تقسیم منافع اگر یکی از شرکاء نوبت خود را سپری نمود و منافع را به دست آورد و در نوبت شریک دیگر قبل از اینکه منافع را به دست بیاورد، مال تلف گردید به نزد شافعی ها، حنبلی ها - رحمهم الله - شریک دوم به شریک اول به بدل حصه اش از منافع رجوع کرده می تواند مگر در صورتیکه نوبت دوم را خودش به رضا و رغبت انتخاب کرده باشد که در این صورت رجوع کرده نمی تواند.<sup>۲</sup>

و به نزد حنفی ها - رحمهم الله - شریک اول ضامن حصه شریک دوم نمی باشد و نه شریک دوم به اول، در این مور جوع کرده میتواند.<sup>۳</sup>

ج - اگر یکی از شرکاء حصه خود را به اجاره داده باشد آیا شریک دیگر میتواند که در همین مدت مهایات را نقض نماید و یا خیر؟

علماء احناف به این شکل جواب دادند که اگر مدت مهایات تکمیل شده باشد شریک دیگر میتواند مهایات را نقض نماید و اگر مدت تعیین شده مهایات، تکمیل نشده باشد شریک دیگر بخاطر صیانت حق مستأجر نمی تواند مهایات را نقض نماید.<sup>۴</sup>

### فرع دوم : حقوق والتزامات شرکاء در تقسیم مهایات در قانون مدنی :

قانون مدنی افغانستان مهایات را از لحاظ حقوق والتزامات، تابع عقد اجاره ساخته است چنانچه در ماده ۱۹۷۷ تصریح نموده: «تقسیم منافع از حیث جواز تمسک به آن بر غیر و از حیث اهلیت متقاسمان، حقوق و تعهدات آنها و طریق اثبات تابع احکام عقد اجاره شناخته میشود، مشروط بر اینکه احکام مذکور با طبیعت این تقسیم معارض نباشد».<sup>۵</sup>

توضیح : ۱- مهایات تابع قواعد عقد اجاره از جهتی دانسته شده است که در عقد اجاره منفعت عین در مدت معین که به اجاره داده شده بدون رقبه آن میباشد - هکذا تقسیم مکانی و زمانی اموال مشترک

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> روضة الطالبین ۲۱۸/۱۱، الانصاف ۳۴۱/۱۱.

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۲۳۰/۵.

<sup>۴</sup> همان مصدر.

<sup>۵</sup> قانون مدنی افغانستان صفحه ۳۰۵.

بین شرکاء به مدت معین بدون رقبه آن میباشد بناً هر دو احکام مشترک دارند .

۲- متقاسمان منافع، باید دارای اهلیت عقد بوده باشد؛ زیرا در مهیایات مکانی هر یک از شرکاء مؤجر منفعت حصه خویش و مستأجر حصص باقی شرکاء می باشد بنابر این ، لازم است تا شرکاء دارای اهلیت عقد اجاره باشند، در عقد اجاره اهلیت عاقدین شرط است .<sup>۱</sup>

۳- محل مهیایات باید قابل نفع باشد؛ زیرا خانه‌که غرض سکونت به مدت معین به اجاره داده میشود باید قابلیت منفعت و سکونت را داشته باشد در غیر آن اجاره اش صحیح نبوده و قابل فسخ میباشد حکم تقسیم منافع نیز چنین است مثلاً تقسیم منافع سرای مشترک از طرف شرکاء بصورت تناوب زمانی صورت میگیرد که قابلیت بهره برداری و منفعت را دارا بوده، خراب نباشد .<sup>۲</sup>

۴- بعضی تعهدات و مکلفیت ها ی عقد اجاره که برخی آنها مربوط به مؤجر و برخی دیگر آنها مربوط به مستأجر میگردد نیز در مورد متقاسمان قابل تطبیق است .

**به موجب عقد اجاره ، مؤجر مکلف به ایفای تعهدات ذیل است :**

۱- نقل منافع عین مستأجره و توابع آن به مستأجر ، ۲ - تعهد به حفظ مستأجره تا زمان تسلیم آن به مستأجر ، ۳ - ضمان تعرض و استحقاق ۴ - ضمان عیوب پنهان مستأجره . این تعهدات در مورد شریکی که مال مشترک را به دسترس شریک خویش قرار می دهد نیز قابل تطبیق است .

**به موجب عقد اجاره مستأجر نیز مکلف به ایفای تعهدات ذیل می باشد:**

۱ - پرداخت اجرت ۲ - استعمال عین مستأجر به نحویکه در عقد تصریح شده است و یا مطابق عرف ۳ عدم ایجاد تغییر در عین مستأجره ۴- حفظ و نگهداری عین مستأجره مانند یک شخص عادی ۵- ترمیمات تأجیریه ۶- رد عین مستأجره با زیادت آن به مؤجر در صورت انتهای عقد اجاره . این تعهدات به استثنای پرداخت اجرت که مخالف طبیعت تقسیم است در مورد شریکی که از مال مشترک به صورت زمانی و یا مکانی انتفاع می گیرد، نیز قابل تطبیق است.<sup>۳</sup>

۴ - از جمله حقوق متقاسمان منافع، این است هرگاه یک حصه مشاع معین مذکور از طرف یکی از شرکاء بالای شخص به فروش برسد، این فروش مذکور طبق احکام اجاره صحت داشته ولی نفاذ آن بعد از انتهای مدت تقسیم منافع زمانی متناوب مذکور، قابل تطبیق است .<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> توضیح و تشریح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۹۷ .

<sup>۲</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی صفحه ۵۰ .

<sup>۳</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۹۷-۹۸ .

<sup>۴</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمنگانی صفحه ۵۱ .

۵ - اثبات تقسیم نیز تابع اثبات عقد اجاره و سایر عقود است که از طریق وسایل اثبات، مانند: اقرار، شهادت، قرائن، و امثال اینها میتوان آن را ثابت نمود.<sup>۱</sup>

۶ - مهایات در حقوق و مکلفیت ها تابع عقداجاره میباشد مشروط به اینکه احکام اجاره باطبیعت تقسیم مهایات معارض نباشد .

تبصره : به ملاحظه ماده (۱۹۷۵) این قانون تقسیم منافع مکانی در بین شرکاء تامدت پنج سال جواز داشته اگر مدت، تعیین نشده باشد موافقه تایک سال دوام میکند و در صورتیکه قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال، شریک عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی میگردد . اگر این تقسیم به همین وضع تامدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهائی شمرده میشود، این حکم به عقد اجاره تطبیق نمیشود؛ زیرا مدت اجاره معین بوده و در صورتیکه مدت آن معین نباشد به مدت پانزده سال بدون تجدید، دوام نمیکند علاوه بر آن، طبیعت تقسیم منافع مکانی، چنین است که از جانب شرکاء تامدت پانزده سال بدون تجدید دوام کند تقسیم نهائی شمرده میشود و هر کدام از شرکاء میتواند در رقبه مقسوم به حیث مالک تصرف انفرادانه نماید و ایجاب تقسیم را بین شرکاء نمی نماید برخلاف عقد اجاره که بدون تعیین مدت و تجدید آن، جواز نداشته و علاوه بر آن مدت پانزده سال نفع گرفتن و بهره برداری سبب ملکیت رقبه عین اجاره شده نمیتواند.<sup>۲</sup>

### فرع سوم مقارنه بین فقه و قانون در حقوق و مکلفیت های شرکا در قسمت منافع .

#### الف- موارد اتفاقی:

۱- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در مورد استعمال مال متهایاً علیه موافق میباشد یعنی : متهایاً علیه که برای هر کار و منفعتی آماده شده باشد، هر یک از متقاسمین منافع مال، شرعاً و قانوناً میتواند که آن را مورد استفاده معتاد و متعارف قرار دهد .

۲- قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در مورد حفاظت متهایاً علیه موافق می باشد فقه و قانون هر دو اسرار میورزند که هر یکی از شرکاء باید در نوبت خود متهایاً علیه را نگهداری نموده و بدون هیچ نوع تغیر و زیادت در آن، صحیح و سالم یکی به دیگری تسلیم نماید .

۳ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی در تابعیت مهایات از برای احکام اجاره که باطبیعت مهایات معارض نباشد موافق میباشد یعنی فقه اسلامی و قانون مدنی هر دو ای ایشان صراحت دارند به اینکه مهایات در مورد اهلیت متقاسمین ، حقوق، التزامات و طرق اثبات، تابع احکام عقد اجاره میباشد.

<sup>۱</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله صفحه ۹۸ .

<sup>۲</sup> تشریح و توضیح قانون مدنی از راجی سمگانی ۵۲/۴ .

## ب- موارد مسکوت عنه:

۱- در مورد به اجاره دادن متهایاً علیه که شخص متهایی در نوبت خود حصه اش را به دیگری به اجاره دهد در فقه اسلامی بین فقهاء اختلاف بوده اما قول راجح، قول امام محمد از علماء احناف میباشد که میگوید: اگر شرکاء و یا یکی آنها در ابتدای عقد شرط مانده باشد که من به شرطی تهایو راقبول دارم که حصه خود را به اجاره دهم، اما در قانون مدنی در مورد به اجاره دادن متهایاً علیه هیچ نوع اشاره نشده بلکه قانون مدنی در مورد ساکت می باشد.

۲ - در فقه اسلامی در مورد ضمانت متهایاً علیه که در نوبت یکی از شرکاء هلاک گردد اختلاف وجود دارد قول راجح این است اگر متهایاً علیه در نوبت یکی از شرکاء هلاک می شود اگر بدون تعدی و تقصیر بوده باشد صاحب نوبت ضامن شمرده نمی شود و اگر در نتیجه تعدی و تقصیر به هلاکت میرسد صاحب نوبت ضامن شمرده میشود اما قانون مدنی در این مورد ساکت بوده هیچ نوع اشاره نکرده است.

### مطلب دوم - آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای مهایات.

مطلب دوم بحث احکام مهایات و آثار آن به سه فرع به قرار ذیل مشتمل می باشد: فرع اول آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای آن در فقه اسلامی، فرع دوم آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای آن در قانون مدنی، فرع سوم مقارنه میان فقه و قانون در آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای آن.

#### فرع اول: آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای آن در فقه اسلامی.

نوشتار اول - آثاریکه به مهایات مرتب میشود:

#### الف - تقسیم مهایات لازمی نیست:

یعنی هر شریک هرگاه خواسته باشد میتواند تقسیم مهایات را نقض نماید، اما نقض آن به نزد احناف ایجاب تحقق شروط ذیل را میکند.

۱- تقسیم، رضایی باشد: بنابراین اگر تقسیم مهایات قضایی باشد، یک شریک به تنهایی نمیتواند تقسیم مهایات را نقض کند ورنه معنای تقسیم قضایی لغو خواهد بود، اما اگر همه شرکاء بر نقض تقسیم توافق نمایند، در این صورت میتوانند آن را نقض کنند.<sup>۱</sup>

۲- پس از تقسیم به حصه یکی از شرکاء حق بیگانه تعلق نگرفته باشد، بنابراین، اگر یکی از شرکاء پس از تقسیم، مال مشاع را در مدت نوبت خود به اجاره دهد و مدت اجاره هم خاتمه نیافته باشد،

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۲۲۹/۵.

در این حالت بخاطر مراعات حق مستأجر، حق نقض تقسیم مہایات را نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

۳- نقض کننده باید دارای عذر باشد: مثلاً هرگاه بخواهد حصه خود را به فروش برساند یا بخواهد حصه خود را تقسیم عینی نماید در این حالت میتواند تقسیم را نقض نماید، اما اگر بخواهد دوباره به مشارکت در منفعت برگردد همانگونه که قبل از مہایات بود، در این صورت حق نقض را ندارد.<sup>۲</sup>

شافعی ها، حنبلی ها - رحمهم الله- به عدم لزوم تقسیم منافع، مطلقاً حکم میکنند برابر است که حق دیگران به آن تعلق گرفته باشد و یا خیر، یعنی: بدون لحاظ هیچ نوع شرط، اگرچه از ابراز نظر شافعی ها که در مسئله شفع دارند که عبارت است از اینکه: وقتیکه مشتری عقر رابه اجاره دهد و شفیع در مورد عقر دعوی شفع نماید اجاره فسخ میگردد، ضمناً دانسته میشود که تعلق حق غیر برای عدم لزوم نزد ایشان نیز شرط میباشد و همچنان ابن تیمیہ -رحمه الله-<sup>۳</sup> که به عدم لزوم تقسیم منافع قول نموده که مدت تہایؤ منقضی شده باشد اما در اثنای مدت تہایؤ به لزوم آن قایل است. پس ظاهر گردید که عدم لزوم، به نزد ایشان نیز مطلق نبوده بلکه مقید میباشد.<sup>۴</sup>

مالکی ها-رحمهم الله- اتفاقاً به لزوم مہایات زمانی قول کردند، اما به مہایات مکانی اصلاً قایل نیستند پس حکم مہایات زمانی لزوم میباشد مادامیکه مدت آن منقضی نشده باشد قسمیکه در اجاره چنین است.<sup>۵</sup>

### ب - تقسیم مہایات بامرگ همه شرکاء و یایکی از آنها خاتمه نمیابد :

تقسیم مہایات بامرگ شرکاء یایکی از آنها خاتمه نمیابد؛ زیرا اگر خاتمه یابد در حین طلب از طرف قاضی دوباره اعاده میشود بعد هیچ گونه فایده و اثر مرتبه در نقض آن نخواهد بود، در این مسئله به جاز از علماء احناف کسی دیگری ابراز نظر نکرده اند.<sup>۶</sup>

### ج - تقسیم مہایات باتلف شدن عین مشترک منتهی میشود :

به عنوان مثال اگر مال مشترک حیوان باشد بمیرد و یا منزل باشد منهدم و یا حریق گردد در این حالت ها به دلیل فوت محل، تقسیم مہایات خاتمه پیدا خواهد کرد.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> همان مصدر.

<sup>۲</sup> ردالمحتار ۴۴۲/۹، فتاوی ہندیہ ۲۳۰/۵.

<sup>۳</sup> احمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن عبد الله ابن ابی الفاسم الخضرى النمیری الحرانی دمشقی، الحنبلی، ابوالعباس تقی الدین ابن تیمیہ الامام الشیخ الاسلام برسنة ۶۶۱ھ در منطقه حران تولد یافته بعداً اورپدرش به دمشق انتقال داد و از وی نابغه جورش، و به مصر جهت منصب افتاء طلب کرده شد و در آنجا به صفت مفتی مقرر گردید و در نتیجه تعصب تعدادی از مردم، داخل محبس گردید و بعد از سپری نمودن مدتی از حبس رها گردید و به اسکندریہ نقل مکان کرد، و در سنہ ۷۲۸ھ در دمشق وفات نمود و اهل دمشق همه شان در جنازه وی شرکت کردند. شذرات الذهب فی اخبار من الذهب، ۱/۱۴۴.

<sup>۴</sup> المہذب ۱/۳۸۲، الانصاف ۱۱/۳۴۰.

<sup>۵</sup> الخرشى ۴/۴۰۰.

<sup>۶</sup> بدائع الصنائع ۴/۴۸۴.

<sup>۷</sup> فتاوی ہندیہ ۲۳۰/۵، مغنی المحتاج ۴/۴۲۶.

#### د - هرگاه تقسیم مهائیات بدون فسخ ، خاتمه یابد ضمانت ندارد :

فقهای حنفی میگویند: هرگاه دوشریک مبنی بر استخدام دوحیوان، مهائیات نمایند یکی از آنها بمیرد ، تقسیم مهائیات خاتمه خواهد یافت ، اگر یک حیوان فرار نماید ولادریک شود، شریک دیگر حیوان دیگری را در طول مدت یک ماه استخدام نماید نه بروی ضمانتی خواهد بود نه اجرتی ، و اگر یکی از دو خادم در خدمت شریکی که آن خادم برای وی شرط کرده شده بود زخمی گردد بروی ضمانتی نخواهد بود و همچنین اگر منزلی در اثر سکونت شریکی که برایش مشخص شده بود منهدم گردد، بروی ضمانتی نخواهد بود.<sup>۱</sup>

شافعی ها و حنبلی ها-رحمهم الله- میگویند: شریکی که در طول یک ماه یکی از دو خادم را مورد استفاده قرار داده است و همچنان شریکی که از یک خانه یک ماه کامل استفاده نموده برای شریک دیگری که خادم او مجروح شده توان خدمت را ندارد و یا خانه مربوطه او منهدم و قابل استفاده نباشد نصف اجوره مثل را بپردازد.<sup>۲</sup>

#### ه - هر شریک حق استعمال آنچه را پس از مهائیات به دست آورده باشد، دارا میباشد:

پس از آنکه مال مشاع بین شرکاء به صورت مهائیات تقسیم شود هر یکی از آنها حق استعمال شی مورد مهائیات را دارد چه مهائیات مکانی باشد چه زمانی اگر مهائیات زمانی باشد ، هر یکی از شرکاء حق سکونت و حق رکوب و امثال اینها را دارد و اگر مهائیات مکانی باشد هر یکی از آنها حق سکونت و امثال آن را دارد.<sup>۳</sup>

#### نوشتار دوم - تطبیق احکام اجاره بالای مهائیات در فقه اسلامی .

قبلاً ذکر گردید که مهائیات بعض اوقات مکانی میباشد و بعض اوقات زمانی، در مهائیات مکانی هر یکی از شرکاء یک جزء مفرز از مال مشترک را که موازی حصه او در مال مشاع بوده باشد در عوض منفعت باقی اجزاء مال مشاع مشترک بدون اینکه باقی شرکاء او را مزاحمت نمایند مورد استفاده قرار دهد، اما در مهائیات زمانی هر شریک در نوبت خود حصص باقی شرکاء را از منافع ، در یک مقطع زمانی خاص در عوض در اختیار گذاشتن حصه اش از منافع در مال مشاع به باقی شرکاء ، به دست می آورد . پس هر دو نوع از مهائیات عبارت است از مبادله منفعت به منفعت ، و مبادله منفعت به منفعت نیست مگر اجاره است؛ زیرا در عقد اجاره مهم نیست که حتماً یک طرف پول نقد باشد پس باعتبار مذکور هر یک از شرکاء مؤجر و مستأجر قرار میگیرد ، مؤجر در مورد حصه خود و مستأجر در مورد حصه باقی شرکاء

<sup>۱</sup> فتاوی هندیه ۲۲۹/۵ .

<sup>۲</sup> مغنی المحتاج ۴۲۶/۲ ، المغنی ۵۵۳/۶ .

<sup>۳</sup> فتاوی هندیه ۲۲۹/۵ .

زمانیکه مهیات از روی حقیقت به عقداجاره برمیگردید پس احکام اجاره نیز بالای آن تطبیق میگردد، فقهاء به شیوه های مختلف این موضوع را واضح نموده اند .

فقهای مالکی تصریح نموده اند که تقسیم منافع در بعض احکام مانند عقداجاره است چنانچه صاحب شرح الکبیر ذکر نموده: «قسمة تهايوكل اجارة ای فی تعین الزمن وفي اللزوم ولا يشترط تساوی المدة.»<sup>۱</sup> ترجمه: تقسیم منافع در تعین زمان و لزوم عقد، مانند اجاره است لیکن مساوات در کمیت مدت شرط نمیباشد.

فقهای شافعی نیز بعض احکام اجاره را بالای مهیات در اجراء درمی آورند مثلاً زمانیکه یکی از شرکاء اولاً در نوبت خود در بدست آوردن منافع اقدام نماید بعد از سپری شدن مدت، از مهیات رجوع نماید چقدر وقتی که مال مشترک را مورد استفاده قرار داده است نصف اجوره مثل آنرا به شریک دیگر پرداخت نماید که این یکی از احکام اجاره است که بالای مهیات نیز قابل تطبیق میباشد.<sup>۲</sup>

فقهای حنبلی نیز مهیات را اجاره قرار داده اند قسمیکه از تعلیل شان که در مورد عدم لزوم مهیات دارند دانسته میشود: «ولنا: انه بذل منافع لیاخذ منافع من غیر، اجارة فلم یلزم.»<sup>۳</sup>

ترجمه: مهیات به نزد حنبلی ها عبارت از به مصرف رساندن منافع است به طریق اجاره تادر عوض آن از دیگران منافع به دست آرد پس این یک عقد معاوضه شد لازمی نخواهد بود .

### نوشتار سوم – فرق میان مهیات و اجاره:

زمانیکه گفته شد که احکام اجاره بالای مهیات تطبیق میگردد در اذهان عامه سوالی خطور کرد که آیا میان اجاره و مهیات فرق چه خواهد بود؟

در پاسخ به این سوال گفته میتوانیم که میان اجاره و مهیات فرق های زیادی وجود دارد که از میان آنها به دو فرق به قرار ذیل اشاره میکنم:

۱ – در عقد اجاره یکی از شرکاء بدون عذر نمیتواند که اجاره را فسخ نماید تا اینکه همه شرکاء به فسخ آن توافق نه نمایند اما در مهیات یکی از شرکاء میتواند که به اساس طلب تقسیم اعیان، مهیات را فسخ نماید.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> الشرح الکبیر ۴۹۹/۳، مواهب الجلیل ۳۳۴/۵، شرح الخرشی ۴۰۰/۴ .

<sup>۲</sup> روضة الطالبین ۲۱۸/۱۱، مغنی المحتاج ۴۲۶/۴ .

<sup>۳</sup> المغنی لابن قدامة ۸۰/۹ .

<sup>۴</sup> احکام القسمة صفحه ۲۶۷ .



۲ - عقد اجاره به سبب مرگ یکی از شرکاء باطل می‌گردد اما مهایات به سبب مرگ یکی از شرکاء باطل نمی‌گردد؛ زیرا اگر مهایات توسط مرگ یکی از شرکاء باطل گردد دوباره به سبب طلب شریک و یا وارث میت اعاده می‌گردد پس به بطلان آن فایده باقی نمی‌ماند.<sup>۱</sup>

### فرع دوم - آثار مهایات و تطبیق احکام اجاره بالای مهایات در قانون مدنی :

قانون مدنی در مورد آثار مهایات ساکت بوده چیزی نه صراحتاً ذکر کرده و نه ضمناً امادرمورد تطبیق احکام اجاره بالای مهایات ماده ۱۹۷۷ قانون مدنی چنین تصریح نموده است: «تقسیم منافع از حیث جواز تمسک به آن بر غیر و از حیث اهلیت متقاسمان حقوق و تعهدات آنها و طرق اثبات تابع احکام عقد اجاره شناخته می‌شود مشروط بر اینکه احکام مذکور با طبیعت این تقسیم معارض نباشد».<sup>۲</sup>

متن این ماده از قانون مدنی مصر گرفته شده است و در این ماده به صراحت بیان گردیده که مهایات در مورد اهلیت متقاسمین، حقوق و التزامات هر دو طرف مهایات، شیوه اثبات تقسیم مهایات، تابع عقد اجاره می‌باشد اگر کسی بخواهد در مورد این نکات معلومات تفصیلی به دست بیاورد به عقد اجاره رجوع نماید، توضیح و تشریح ماده (۱۹۷۷) فوق، در ذیل مطلب اول فرع دوم مبحث چهارم مهایات، به شکل گسترده بیان گردید به اعاده آن ضرورت باقی نمانده است.

### فرع سوم - مقارنه میان فقه و قانون در مورد آثار و اتباع مهایات احکام اجاره را.

الف- مورد اتفاقی:

قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافقت دارند در اینکه مهایات در اهلیت متقاسمین، حقوق و التزامات، تابع عقد اجاره می‌باشد تنها قیدی در قانون مدنی اضافه گردیده که آن عبارت است از اینکه احکام مذکور با طبیعت مهایات منافات نداشته باشد مثلاً: در عقد اجاره پرداخت اجوره بالای مستأجر لازمی است اما در مهایات مسئله اجوره مطرح نمی‌باشد در اینجا منافع در مقابل منافع قرار می‌گیرد.

### ب- موارد مسکوت عنه:

۱- آثار مهایات در فقه اسلامی به شکل گسترده ذکر گردیده اما قانون مدنی از ذکر آثار مهایات مطلقاً ساکت می‌باشد هیچ نوع یادآوری از آن نکرده نه صراحتاً و نه اشاره.<sup>۱</sup>

۲- مسئله اثبات عقد اجاره از طریق و سایل اثبات مانند: اقرار، شهادت، قراین و امثال اینها در قانون مدنی زیر عنوان (طرق اثبات) به آن اشاره صورت گرفته، امادرفقه اسلامی در مسئله مهایات از طرق اثبات چیزی یادآوری صورت نگرفته است.

<sup>۱</sup> میسوط للسرخی ۶۴/۸ .

<sup>۲</sup> قانون مدنی صفحه ۳۰۵ .

## نتیجه گیری

با توجه به مجموعه بررسی های انجام شده و تحلیل های گوناگون فقهی و قانونی که از احکام تقسیم اموال مشترک، به عمل آوردیم به نتایج ذیل دست یافته ایم :

۱ - کمی ها و کاستی های قانون وضعی در برابر فقه اسلامی نمایان گر این است که نخست مصدر اساسی و منبع صافی از برای احکام تقسیم ، فقه اسلامی بوده و در قدم دوم قانون مدنی میباشد .

۲ - تقسیم اموال مشترک با اعتبار ماهیت نوعی اش افزاز حقوق میباشد البته به اعتبار دیگر عبارت است از مبادله و معاوضه مانند بیع .

۳ - قانون مدنی همراه با قول راجح در فقه اسلامی در اینکه توسط تقسیم اموال مشترک، شفعه از برای شفیع ثابت نمی شود موافقت دارد.

۴ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی متفق است در اینکه تقسیم امر لازمی است و بعد از تکمیل آن بدون موجب شرعی و قانونی هیچ یکی از متقاسمین نمیتواند از آن رجوع نماید .

۵ - قانون مدنی در تقسیم قسمت به اعتبارات مختلف به انواع متعدد، همراه با فقه اسلامی متفق می باشد اگرچه به آن میزانی که فقهاء، موضوع را به شکل وسیع زیر بحث گرفته، مقننین قانون مدنی نتوانسته اند.

۶ - بعض اوقات قاسم از طرف قاضی تعیین میگردد و بعض اوقات از طرف شرکاء، یکی از متقاسمین نیز میتواند به صفت قاسم مال مشترک رامیان خود تقسیم نماید، همچنان شرکاء میتوانند از قاضی تقاضا نمایند تا قاسمی را جهت تقسیم اموال شان، مقرر نماید ولی قاضی نمی تواند مردم را به پذیرش قاسم معین، مجبور نماید .

۷ - فقه اسلامی، بلوغ، عقل، عدالت، آشنایی با علم مساحت و حساب را در قاسم شرط میداند در حالیکه قانون مدنی از ذکر شروط قاسم ساکت میباشد .

۸ - بهتر خواهد بود که اجوره قاسم از بیت المال پرداخته شود اگر در ذخیره بیت المال چیزی موجود نباشد برای قاسم جائز است که اجوره خود را از متقاسمین طلب نماید، گرفتن اجوره برای قاسم از نگاه شرع حلال میباشد؛ زیرا این اجوره در عوض تکلیف و تلاش است که در اثنا تقسیم اموال متقاسمین، متحمل شده است.

۹ - اگر دولت حاضر نشود که اجوره قاسم را تأدیه نماید ، در این صورت تأدیه اجوره قاسم به قدر حصص بالای همه متقاسمین می باشد، برابر است که تقسیم را طلب کرده باشند و یاخیر .

۱۰ - اگر مال توسط تقسیم تلف گردد و یا از منفعت و قیمت آن کاسته شود ، تقسیم آن جائز نخواهد بود، این درحالی است که ضرر اش برای همه متقاسمین عاید گردد و اگر ضرر اش برای یکی از شرکاء عاید میگردد نه به همه شان، در این صورت مال جبراً تقسیم میگردد برابر است که طالب تقسیم، شخص متضرر باشد و یا غیر آن ، قانون مدنی تصریح نموده : در صورتیکه توسط تقسیم مال تلف گردد و یا در قیمت آن نقصان واقع شود، عین مال تقسیم نمی شود بلکه مال به فروش رسانیده می شود ثمن آن (قیمت آن) میان شرکاء تقسیم میگردد.

۱۱ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافق است که در حین تقسیم رضای مقسوم لهم و یا نایبین آنها و همچنان حضور مقسوم لهم و نایبین آنها شرط میباشد ، بدون رضاء و حضور شرکاء و نایبین آنها تقسیم درست نمی باشد .

۱۲ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافقت دارد در اینکه: اگر یکی از شرکاء محجور علیه یعنی: صغیر، مجنون یا معتوه باشد ولی یا وصی او به مشوره قاضی قایم مقام او در تقسیم قرار گرفته می تواند و همچنان در صورتیکه یکی از شرکاء غایب باشد وکیل او میتواند در مسئله تقسیم قایم مقام او باشد، قاضی نیز میتواند در مسئله تقسیم از طرف اشخاص ذکر شده نمایندگی نماید.

۱۳ - قرعه در فقه اسلامی در همه انواع تقسیم مستحب میباشد، اما قانون مدنی در تقسیم قضایی، قرعه را لازمی و حتمی قرار داده و بدون قرعه تقسیم را درست نمی داند .

۱۴ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافقت دارد در اینکه: بیع در تقسیم تصفیه باید به طریق مزایده صورت گیرد و قول دیگر در فقه اسلامی نیز موجود است که عبارت است از اینکه: بیع عین، باید از طریق قیمت گذاری اهل خبره صورت گیرد .

۱۵ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی متفق است در اینکه: بعد از تکمیل قسمت، لزوم از جمله آثار مهمی تقسیم اعیان به شمار میرود برای هیچ یکی از متقاسمین جایز نخواهد بود که به اراده فردی خود از تقسیم رجوع نماید .

۱۶ - اگر بعضی از مقسوم، به استحقاق برده شود ، تقسیم نقض میگردد و در مابقیه از سرنو تقسیم قایم گردد و این در صورتی است که استحقاق بر جزء معین حصه یک شریک و یا اجزای معین حصص همه شرکاء وارد گردد اما حصص شرکاء که به استحقاق برده شده، با هم متفاوت بوده باشد و همچنین حکم است زمانی که استحقاق به جزء مشاع حصه یک شریک و یا همه شرکاء وارد گردد، و اگر استحقاق به جزء معین همه حصها وارد گردد و حصها با هم مساوی باشند در این صورت تقسیم نقض نمیشود .

آنچه در مورد استحقاق گفته شد در فقه اسلامی بود اما در قانون مدنی زمانیکه بالای مال مقسوم استحقاق وارد گردد تقسیم نقض نمی شود بلکه متقاسمین مطابق با سهام شان عوض نقدی را برای مستحق پرداخت نمایند .

۱۷ - زمانیکه دین بالای میت ظاهر گردد و مال متروکه تقسیم شده باشد، فقه اسلامی میگوید: اگر ورثه حاضر شوند تادین میت را اداء نمایند، تقسیم نقض نمیشود و اگر در ترکه مالی باشد که تا الحال تقسیم نشده باشد و دائن حق خود را از آن مال عوض نماید و یا اینکه دائن از دین ابراء دهد، در این صورت ها نیز تقسیم نقض نمیشود اما قانون مدنی مطلقاً حکم میکند که تقسیم نقض نمیشود بلکه دائین طبق سهام ورثه به پرداخت عوض به ورثه رجوع نمایند.

۱۸ - محل مہایات، منافع میباشد نه اعیان، پس مہایات در اموالیکه در حین استفاده تلف گردد جائز نخواهد بود بلکه بعد از استفاده بقای عین آنها ضروری میباشد بناءً تہایؤ در مثلیات جایز نمی باشد بلکه محل آن، اموال قیمی است، در این حکم قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافق میباشد .

۱۹ - قسمیکه مہایات بخاطر استفاده جایز می باشد بخاطر اغتال (اجاره دادن حصه) نیز جایز است . در این مورد قانون مدنی همراه با فقه اسلامی موافق میباشد .

۲۰ - مہایات به دو نوع می باشد مہایات زمانی و مہایات مکانی، مہایات زمانی در منافع کل اعیان جریان پیدا کرده میتواند برابر است که عین آن قابلیت تقسیم رداشته باشد و یاخیر، اما مہایات مکانی صرف در منافع اعیانی جریان پیدا کرده میتواند که عین آن قابلیت تقسیم رداشته باشد و همچنان در مہایات زمانی ذکر مدت اتفاقاً شرط میباشد اما در مہایات مکانی ذکر مدت مختلف فیه است.

۲۱ - قانون مدنی همراه با فقه اسلامی متفق است در اینکه: مہایات مانند عقد اجاره است و احکام عقد اجاره بالای آن تطبیق میگردد .

۲۲ - شرکاء در تقسیم مہایات به آن چیزی که در دست شان است به حفظ آن و به نفقه آن مکلف میشوند، در صورت تلف شدن به سبب افراط و تعدی در استعمال، ضامن شمرده می شوند.

## پیشنهادهات

بعد از اینکه نوشتن این رساله را به توفیق الله متعال به پایان رساندم لازم دیدم چند نکات را به طور توصیه و پیشنهاد به جناح های مربوطه، تذکر نمایم، که فشرده آن قرار ذیل میباشد :

۱ - به مقامات ذی ربط چنین پیشنهاد می نمایم: زمانی ماصاحب یک دولت قوی اسلامی عامه شمول، قانون مند میشویم که علماء جید کشور ما استخدام شوند تا در رابطه هر موضوع اقوال راجح فقهاء راجع آوری نموده بعد از ترتیب ماده وار، به شکل قوانین نافذ کشور، الزاماً پذیرفته گردد .

۲ - در تشکیل اداری محاکم ولسوالی ها باید مدیریتی داشته باشیم به عنوان (مدیریت تقسیم اموال مشترک ) که تقسیم شرکت ها، ترکها، اعیان مشترک غیر قابل قسمت، تقسیم منافع را به شکل شرعی اش، مدیریت نماید و اعضای آن از قبیل قاسم، معاون قاسم اهل خبره و غیره باشند .

۳ - قانون مدنی در مورد نحوه استقراع جهت تخصیص سهام برای متقاسمین، ساکت می باشد حالانکه تدوین مواد خاص قانونی در مورد چگونگی قرع اندازی میان شرکاء ضروری میباشد .

۴ - فقره دوم ماده ۱۹۷۵ قانون مدنی که عبارت است از «اگر این تقسیم به همین وضع تامدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می شود» مخالف شرع است باید تعدیل شود؛ زیرا این تقدیر به سکوت و اراده ضمنی شرکاء مبتنی است، سکوت و اراده ضمنی وقتی معتبر است که اراده صریح روی یک مانع شرعی یا وضعی متعذر باشد اما در مهایات دوام دار، مانع شرعی و قانونی به اقدام تقسیم اموال مشترک وجود ندارد پس روی کدام اساس اراده ضمنی شرکارا در تقسیم مؤثر بدانیم.

# فهرست ها

## فهرست آیات

شماره	آیات	سوره	شماره آیت	صفحه
١	وإذا حضر القسمة أولو القربى والمساكين...	نساء	٨	١٢
٢	واعلموا انما غنمتم من شئ فان الله خمسه...	انفال	٤١	١٣
٣	وان يونس لمن المرسلين إذأبق إلى الفلك المشحون	الصفوات	١٣٩	١١٥
٤	ورسولاً إلى بنى اسرائيل أنى قدجنتكم بأية من ربكم أنى اخلق ...	آل عمران	٤٩	١٧١
٥	ولا تبطلوا اعمالكم ...	محمد	٣٣	٢٠
٦	قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ...	الشعراء	١٥٥	١٧٢
٧	لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً...	نساء	١٤١	٥٠
٨	من بعد وصية يوصى بها اودين...	نساء	١١	١٤٨-٧١
٩	وماكنت لديهم إذيلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم	آل عمران	٤٤	١١٥
١٠	مماقل منه اوكثر نصيباً مفروضاً...	نساء	٧	٢٨
١١	ونبئهم ان الماء قسمة بينهم ...	قمر	٢٨	١٣
١٢	يا ايهاالذين آمنوا لاتأكلواالموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون...	نساء	٢٩	١٥١
١٣	يوصيكم الله فى اولادكم ...	نساء	١١	١٣
١٤	يحكم به ذوا عدل منكم ...	مائدة	٩٥	٥٤
١٥				
١٦				
١٧				
١٨				
١٩				
٢٠				
٢١				
٢٣				
٢٤				
٢٥				
٢٦				
٢٧				

## فهرست احاديث وآثار

شماره	احاديث وآثار	صفحه
١	اذا قسمت الدار وحدثت فلاشفعة ...	١٤
٢	ان رجلاً سئل النبي -صلى الله عليه وسلم - ان يعطيه من الصدقة...	١٥
٣	انه نهى عن قيل وقال وكثرت السؤال واضاعة المال...	٧٨
٤	انطلق نفرٌ من اصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فى سفرة ...	١٦
٥	سئل ابو موسى عن ابنه وابنة ابن واخت ...	١٥
٦	الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ...	١٤
٧	عرض النبي -صلى الله عليه وسلم- على قوم اليمين فأسرعوا...	١١٦
٨	فقال ما عندك؟ قال: ما عندى شئ قال اذهب فالتمس ...	١٧٢
٩	كان تقسيم الغنائم بين المسلمين ...	١٥
١٠	كانو يوم بدر بين كل ثلاثة نفر بغير وكان زميل النبي -صلى الله عليه وسلم- ...	١٧٢
١١	كان رسول الله -صلى الله عليه وسلم - اذا اراد سفراً أقرع بين نسائه...	١١٦
١٢	لويعلم الناس ما فى النداء والصف الاول ثم لم يجدوا...	١١٦
١٣	لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ...	١٨٤، ١٤٠، ٢٥
١٤	من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ...	١٣٢
١٥	من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين ...	١
١٦	المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً...	٧٢



فهرست اعلام

شماره	اعلام	صفحات
۱	ابن ابی لیلی	۲۷ - ۷۹ - ۱۴۰
۲	ابن تیمیه	۲۰۲
۳	ابن حزم	۷۶، ۱۳
۴	ابن الرشد	۲۸
۵	ابن عابدین	۱۳۷، ۹۲
۶	ابن قیم	۳۹
۷	ابن قاسم	۲۸
۸	ابن ماجشون	۱۳۶، ۲۸
۹	ابن نجیم	۶۰
۱۰	علامه باجی	۱۱۴
۱۱	حصکفی	۴۸
۱۲	علامه خرشی	۹۷، ۶۵، ۶۴، ۳۳
۱۳	خطیب شربینی	۶۲، ۶۴، ۶۱، ۵۹، ۵۶، ۵۳
۱۴	سرخسی	۱۳۴
۱۵	شرف الدین	۳۵، ۳۴
۱۶	الضوینی	۴۷
۱۷	طرابلسی مغربی	۵۴
۱۸	علی الخفیف	۱۲۹
۱۹	علی بن سلیمان	۶۲، ۶۱
۲۰	امام قدوری	۱۹۵، ۱۴۰
۲۱	کاسانی	۱۳۷، ۹۷، ۷۷، ۷۶، ۶۱، ۵۴، ۴۹، ۴۸، ۳۰
۲۲	مرغینانی	۶۴
۲۳	نسفی	۵۹
۲۴	یوسف بن ابراهیم	۳۹
۲۵		
۲۶		
۲۷		

## فهرست مراجع

### اول - قرآن كريم وتفسير:

- ١ - قرآن كريم .
- ٢- أحكام القرآن ، لحجة الاسلام ابى بكر أحمد بن على الرازى، الجصاص، الحنفى، متوفى سنة ٣٧٠ هـ طبع :مكتبة دارالمصنف .
- ٣-أحسن الكلام تأليف ابوزكريا، عبد السلام (الرسيمى) ناشر: دارالتفسير جامعه عربيه سفين چوك كوهات پشاور، تاريخ طبع ١٤٣١ هـ .
- ٤- الجامع لأحكام القرآن ، مشهور به تفسير قرطبي ، تأليف ابى عبدالله محمد بن احمد الأصارى، القرطبي ، متوفى سنة ٦٧١ هـ ، طبع دارالريان للتراث - القاهرة .

### دوم - كتب حديث وشروح آن :

١. سنن ابى داود ،الحافظ ابى داود سليمان بن اشعث السحبستانى الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ طبع: المكتبة العصرية لبنان .
٢. سنن ابن ماجه، للحافظ ابى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى بن ماجه، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ طبع المكتبة العلميه بيروت .
٣. سنن الدارقطنى ، لشيخ الاسلام على بن عمر الدارقطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ طبع دارالمحاسن للطباعة .
٤. صحيح البخارى ، للإمام ابى عبدالله محمد بن إسماعيل البخارى، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ طبع: دارالدعوة وطبعة اخرى مع شرحه فتح البارى طبع دارالريان للتراث .
٥. صحيح مسلم ، للإمام ابن الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، متوفى سنة ٢٦١ هـ طبع: دارالدعوة- القاهرة .
٦. فتح البارى شرح صحيح البخارى تأليف ابن حجر عسقلانى- المتوفى سنة ٨٥٢ هـ طبع دارالريان للتراث- القاهرة .
٧. المستدرک على صحيحين للإمام الحافظ ابن عبدالله الحاكم النيسابورى، طبع: دارالمعرفة- بيروت.
٨. مسند احمد بن محمد بن حنبل، الشيبانى، المتوفى سنة ٢٤١ هـ طبع المكتب الاسلامى- بيروت.

### سوم - اصول فقه:

- ١ - تيسير التحرير، لمحمد امين، المعروف به اميرپادشاه، طبع :مصطفى الحلبي - القاهرة سنة ١٣٥١ هـ .

### چهارم - كتب فقه اسلامى:

#### الف: فقه احناف:

١. بدائع الصنائع، تأليف علاءالدين، ابوبكر بن مسعود، كاسانى، المتوفى ٥٨٧ هـ .
- ٢-البحر الرائق شرح كنزالدقائق تأليف زين الدين الشهيربه ابن نجيم الحنفى، المتوفى ٩٧٠ هـ ناشر: دارالمعرفة - بيروت .

٣- تبيين الحقايق شرح كنزالدقائق- تاليف علامه فخر الدين عثمان بن علي الزيعلى الحنفى طبع: دارالمعرفة -بيروت .

٤-حاشيه الطحطاوى بالاي درمختارتاليف سيد احمد الطحاوى الحنفى متوفى سنه ١٢١١ هـ طبع: دارالمعرفة -بيروت .

١.درمختار - تاليف علاء الدين محمد بن علي حصكفى متوفى سنه ١٠٨٨ هـ ، شرح تنوير الأبصار تاليف محمد بن عبدالله التمرتاشى متوفى سنه ٩٦٩ هـ ، طبع دوم سنه ١٩٦٦ هـ .

٢.درالحكام شرح مجلة الاحكام العدليه تاليف على حيدروزير عدليه دولت عثمانى، طبع اول ١٤١٧ هـ ق- ناشر: المكتبة الطارق كابل افغانستان .

٣.ردالمختار على درمختارمشهوربه حاشيه ابن عابدين تاليف محمد امين مشهوربه ابن عابدين متوفى سنه ١٢٥٢ هـ تاريخ طبع ١٩٦٦ م مطبعه: المكتبة الحقانيه محله جنگى پشاورپاكستان .

٤.العنايه به هامش تكملة فتح القدير تاليف امام اكمل الدين محمد بن محمدالبابرتى متوفى سنه ٧٨٦ هـ طبع: مكتبه اشرفيه كويته پاكستان .

٥.فتح القدير تاليف امام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسى معروف بابن الهمام حنفى متوفى سنه ٨٤١ هـ ، شرح هدايه طبع مكتبة اشرفيه كويته پاكستان .

١٠- الفتاوى الهنديه - تاليف مولانا الشيخ نظام وجماعة من العلماء الهند طبع: مكتبة الحقانيه محله جنگى پشاور .

١١-فتاوى الأنقرويه تاليف محمدبن الحسن الأنقروى الحنفى مطبعه بولاق مصرتاريخ طبع: ١٢٨١هـ.

١٢كنز الدقايق- تاليف ابوالبركات عبدالله بن أحمد بن محمد حافظ الدين النسفى- متوفى ٧١٠ هـ ناشر: دارالمعرفة مكان نشربيروت .

١٣-المبسوط لشمس الدين ابى بكرمحمد بن أحمد بن ابى سهل السرخسى متوفى سنه ٤٩٠ هـ طبع: مكتبة حبيبيه كويته پاكستان تاريخ طبع ١٤٢١هـ ٢٠٠١ م.

١٤- مجلة الاحكام العدليه تاليف تعدادى ازفقهائى احناف دردوران خلافت عثمانى- طبع: مطبعة الادبيه بيروت تاريخ طبع ١٣٠٢ .

١٥ - هدايه شرح بدايه المبتدى تاليف شيخ الاسلام برهان الدين على بن ابى بكرالمرغانى متوفى ٥٩٣ هـ ناشر: خبيركتاب پلورنخى كابل افغانستان .

### ب - فقه مالكى ها:

١ - الإتيقان والإحكام، تاليف محمد بن أحمد مباره الفاسى شرح تحفة الحكام تاليف قاضى ابى بكرمحمد بن عاصم، المكتبة التجاربه الكبرى -مصر -مطبعة الإستقامة .

٢.بداية المجتهد ونهاية المقتصد تاليف امام حافظ ابى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبى متوفى سنه ٥٩٥ هـ، مطبعه : دارالحديث -القاهره تاريخ نشر: ١٤٢٥ هـ ق .

٣- البهجة شرح التحفه تاليف ابن الحسن على بن عبدالسلام المالكى، طبع : مصطفى الحلبي ١٩٥١ م.

٤- التاج والإكليل بهامش مواهب جليل، تاليف عبدالله بن يوسف العبرى، الشهيربالمولوق، المالكى، المتوفى سنه ٨٩٧ هـ طبع دارالفكر-بيروت .

- ٥- جواهر الإكليل لشيخ صالح عبدالسميع الأزهرى شرح مختصر الخليل طبع دار الكتب العربية - القاهرة .
- ٦- حاشية دسوقي على شرح الكبير للعلامة الشيخ محمد عرفة الدسوقي طبع: عيسى الحلبي - القاهرة .
- ٧.٥ الذخير للقرافي تأليف إمام فقيه أبي العباس أحمد بن إدريس، المشهور بالقرافي المالكي متوفى سنة ٦٤٨ طبع دار الغرب الاسلامى .
- ٨- شرح الخرشي لسيدي ابن عبدالله محمد الخرشي-المالكي على مختصر خليل، المطبعة العامرة الشريفه طبع اولى سنة ١٣١٦ هـ مصر.
- ٩- الشرح الصغير على اقرب المسالك للعلامة ابي البركات سيدي احمد بن محمد الدردير طبع: عيسى الحلبي .
- ١٠- شرح زرقاني بالاي موطا إمام مالك، تأليف محمد بن عبد الباقي بن يوسف زرقاني متوفى سنة ١١٢٢ هـ ناشر: دار الكتب العلمية-بيروت تاريخ نشر: ١٤١١ هـ ق.
- ١١- الفواكه الدواني تأليف أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى، متوفى سنة ١١٢٠ هـ ، شرح است بالاي رساله ابن ابي زيد القيروانى طبع مصطفى الحلبي، محل طبع قاهره، طبع سوم مؤرخ ١٣٧٤ هـ.
- ١٢- قسمة الأملاك المشتركة مجلة كلية الحقوق بالجامعة الاسكندرية للدكتور أحمد فراج حسين تاريخ نشر ١٩٧٧ م.
- ١٣- مواهب الجليل شرح مختصر خليل تأليف ابن عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمان المغربي، المالكي، المتوفى سنة ٩٥٤ هـ طبع دار الفكر-بيروت .
- ١٤- المنتقى شرح موطا امام مالك ، تأليف القاضي ابي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي متوفى ٣٩٤ هـ طبع مطبعة السعادة- القاهرة .
- ١٥- المعونه على مذهب عالم المدينة، تأليف القاضي ابن محمد عبدالوهاب على بن نضر المالكي متوفى سنة ٤٢٢ هـ ناشر: دار الكتب العلمية -بيروت لبنان تاريخ طبع: ١٤١٨- ١٩٩٨ .
- ١٦ - معين الحكام على القضايا والأحكام-لقاضى الجماعة بتونس ابي اسحاق ابراهيم بن حسن بن عبدالرفيع، المتوفى سنة ٧٣٣ هـ طبع دار الغرب الاسلامى .
- ج - فقه شافعى ها:**
- ١ - أدب القضاء، للحموى، تأليف شهاب الدين ابن اسحاق ابراهيم ابن عبدالله الهمدانى الحموى المعروف بابن ابي دم، الشافعى المتوفى سنة ٤٦٢ هـ مطبعة الإرشاد -بغداد .
- ٢- اسنى المطالب شرح روضة الطالب لشيخ زكريا الأنصارى طبع: المكتبة الميمنيه - مصر.
- ٣- الأشباه والنظائر، تأليف إمام جلال الدين سيوطى، طبع، دار الفكر.
- ٤- الأنوار لأعمال الأبرار، تأليف يوسف بن ابراهيم الاردبيلي متوفى ٧٧٩ هـ ناشر: دار الضبا تاريخ طبع اولى سنة ١٩١٠ م .

٥- تحفة المحتاج شرح المنهاج للإمام احمد بن حجرالهيثمي بهامش حاشيتالشروانى ابن القاسم  
طبع: دارالفكر-بيروت.

٦- حاشيه الباجورى على شرح ابن قاسم الغربى، تأليف ابراهيم بن احمد الباجورى، الشافعى طبع:  
مصطفى الحلبي سنة ١٣٤٣ هـ .

٧- حاشيه الشروانى على تحفة المحتاج درفقه اسلامى تأليف عبدالحميد المكي الشروانى متوفى  
١٣٠ هـ طبع: دارالفكر بيروت .

٨- الحاوى الكبير لابي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى، الشافعى، البصرى طبع: دارالكتب  
العلميه -بيروت .

٩- حلية العلماء فى معرفة المذاهب الفقهاء لسيف الدين ابى بكر محمد بن احمد الشاشى القفال طبع:  
مكتبة الرسالة الحديث -الأردن .

١٠- روضة الطالبين- للإمام ابى زكريا يحيى بن شرف النووى طبع: المكتب اسلامى بيروت .

١١- فتح العزيز شرح الوجيز فى فقه شافعى، تأليف: إمام الرافعى المسمى بالشرح الكبير طبع :  
دارالكتب العلميه .

١٢ - المجموع شرح المذهب تأليف ابوزكريا محى الدين يحيى بن شرف النووى متوفى ٦٧٤ هـ .

١٣- معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب  
متوفى سنة ٩٧٧ هـ طبع: مصطفى الحلبي .

١٤- المذهب للإمام ابى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى، مطبوع مع المجموع  
وتكملتيه مطبعة الإمام -مصر.

١٥- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن العباس احمد ابن حمزه ابن شهاب  
الدين رملى، مصرى، المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ طبع مصطفى الحلبي .

#### د - فقه حنبلى ها :

١- إعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين ابى عبدالله محمد بن محمد بن ابى  
بكر مشهور به ابن قيم جوزيه متوفى سنة ٧٥١ هـ طبع: دار الحديث .

٢- الإقناع - درفقه حنابله تأليف شرف الدين موسى بن احمد بن موسى ابوالنجا الحجاوى المقدسى  
متوفى سنة ٩٦٠ هـ ناشر: دارالمعرفة -بيروت .

٣- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف تأليف علاء الدين ابوالحسن على بن سليمان المرداوى  
الدمشقى، الحنبلى متوفى ٨٨٤ هـ ناشر: دارالحياء التراث بيروت لبنان تاريخ نشر ١٤١٩- هـ ق .

٤- الشرح الكبير تأليف شمس الدين ابى الفرج ابى عبدالرحمان بن ابى عمر محمد بن احمد بن  
قدامه المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ طبع دارالفكر.

٥- الفروع: شمس الدين المقدسى ابى عبدالله محمد بن مفلح - المتوفى سنة ٧٦٣ هـ طبع- بيروت.

٦- القواعد لإبن رجب، تأليف حافظ ابى الفرج عبدالرحمان بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ  
طبع: دارالمعرفة بيورت .

٧- الكافي فى الفقه، تاليف موفق الدين بن قدامه المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠ هـ دار إحياء الكتب العربى .

٨- كشف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يوسف بن ادريس البهوتى حنبلى، متوفى سنة ١٠٥١ هـ طبع: مكتبة النصر الحديثة .

٩- المبدع فى شرح المقنع تاليف ابى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح الحنبلى المتوفى سنة ٨٨٤ هـ المكتب الاسلامى- بيروت .

١٠- المغنى لابن قدامه، تاليف الامام موفق الدين ابى عبدالله بن احمد بن قدامه متوفى سنة ٦٢٠ هـ طبع : مطبعة النور الاسلاميه - القاهرة .

### هـ - فقه جديد:

١. بحوث فى البيع، تاليف دكتور على احمد مرعى طبع: دار الطباعة المحمديه سنة ١٩٩٣ طبع اول

٢. تقسيم اموال مشترك فى فقه اسلامى، تاليف على سرخسى، كتاب خانه ملى ايران سال طبع ١٣٩٣ .

٣. حقوق عينى داد محمد نذير- تاليف پوهاند داد محمد نذير ناشر: انتشارات حامد رسالت مطبعة الفاروق تاريخ طبع ١٣٩٦ .

٤. الفقه الاسلامى وأدلته، تاليف دكتور وهبه الزحيلى ناشر: مكتبه حنفيه كويته پاكستان .

٥. القسمة، تاليف دكتور ابراهيم عبدالحميد ابراهيم سلامة، ناشر: وزارت اوقاف والشؤون الإسلاميه كويت تاريخ نشر ١٤٣٢ هـ اين يك بحث است كه در ضمن مجلة (الوعى الإسلامى ) نشر شده .

٦. قسمة الاملاك المشتركة للدكتور احمد فراج حسين مجلة كلية الحقوق بالاسكندريه تاريخ نشر ١٩٧٧ م الناشر دار المطبوع الجامعيه .

٧. القرعة وبعض استعمالاتها، تاليف دكتور خالد بن احمد الصمعى بابطين استاذ فقه مشاركات بكلية الشرعيه والدراسات الاسلامى جامعه أم القراء مكة المكرمة

٨. الملكية فى الشريعة الاسلاميه مع مقارنتها بالقوانين العربيه تاليف شيخ على الخفيف طبع: دار النهضة العربى - بيروت .

### پنجم - كتب لغت :

١- تاج العروس من جواهر القاموس، للإمام اللغوى السيد محمد مرتضى الزبيدى المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ طبع: دار ليبيا للنشر والتوزيع - بنغازى .

٢- الصحاح- تاليف اسماعيل بن حماد الجوهري طبع: دار العلم للملايين - بيروت .

٣- غياث اللغات- تاليف محمد غياث الدين بن جلال الدين بن شرف الدين ساكن شهر مصطفى آباد لکنو .

٤- فرهنگ عميد- تاليف حسن عميد فارسى- تاريخ طبع ١٣٦٣ هـ ش مطبعة سپر، تهران .

٥- القاموس المحيط، للامام محمد بن يعقوب الفيروز آبادى، المتوفى سنة ٨١٧ هـ طبع المكتبة التجارية الكبرى، مصر .

٦- مختار الصحاح، محمد بن ابى بكر بن عبدالقادر الرازى، ناشر: مكتبة لبنان - بيروت الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ ق

٧- مصباح المنير، تاليف علامة احمد بن محمد بن على القيومى المقرئ متوفى سنة ٧٧٠ هـ مكتبة الحبيب لبنان .

- ۸- المخصص لابن سیده - ناشردار احياء التراث العربی، بیروت تالیف ابوالحسن علی بن اسماعیل بن سیرة المرسی، تاریخ تولد ۴۵۸ تاریخ طبع ۲۰۰۵ میلادی، در هشت جلد تنظیم شده است.
- ۹ - منتخب اللغات به حاشیه غیاث اللغات.
- ششم - کتب تراجم و اعلام :**
- ۲- الأعلام، تالیف خیرالدین بن محمود بن محمد بن علی بن فارس الزرکلی، الدمشقی المتوفی ۱۳۹۶، الناشر دار العلم للملایین الطبعة الخامسة عشره .
- ۳- الجواهر المضية فی طبقات الحنفیه ، تالیف: عبد القادر بن ابی الوفاء ابو محمد، القرشی، الحنفی تاریخ ولادت ۶۹۶ تاریخ وفات ۷۷۵ هجری ناشر: میر محمد کتب خانه - مکان نشر کراچی پاکستان .
- ۴- سیر اعلام النبلاء ، تالیف شمس الدین ابو عبد الله محمد بن احمد بن عثمان بن قایماز الذهبی، المتوفی ۷۴۷هـ الناشر: مؤسسة الرساله، الطبعة الثالثة ۱۴۰۵ .
- ۵- شجرة النور الزکیه فی طبقات المالکیه، تالیف محمد بن محمد بن عمر بن علی ابن سالم تاریخ وفات: ۱۲۶۰ هجری، ناشر: دار الکتب العلمیه ، لبنان ف تاریخ طبع : ۱۴۲۴ هجری .
- ۶- شذرات الذهب فی اخبار من الذهب، تالیف: عبد الحی بن احمد العکری الدمشقی، الحنبلی تاریخ ولادت ۱۰۳۲ هجری وفات ۱۰۸۹ ناشر: دار الکتب العلمیه- لبنان .
- ۷- ظفر المحصلین باحوال المصنفین، تالیف حضرت مولانا محمد حنیف گنگوهی، حنفی فاضل دارالعلوم دیوبند ، ناشر کتب خانه میر محمد آرام باغ کراچی پاکستان ، تاریخ نشر ۱۹۸۶ میلادی.
- هفتم - قانون مدنی و شروح آن :**
- ۳ - تشریح وتوضیح قانون مدنی تالیف قضاوت پوه (راجی) سمنگانی ناشر: انتشارات سعید سال چاپ اول زمستان ۱۴۹۷ هـ ش .
- ۲ - شرح قانون مدنی از نظام الدین عبدالله، تالیف نظام الدین فرزند عبدالرحیم - کابلی، استاد حقوق و علوم سیاسی ناشر: انتشارات سعید تاریخ چاپ ۱۳۹۷ هـ ش .
- ۱ - قانون مدنی افغانستان .
- هشتم - رساله های دکتورا و ماستری:**
- ۱ - احکام القسمة، تالیف دکتور محمد عبدالرحمان الضوینی ناشردار الفکر الجامعی سنه طبع: ۲۰۰۱ مطبوعه دار السلام - القاہرہ .
- ۲ - الغبن و اثره فی العقود، تالیف دکتور سعد الدین مسعد هلالی - رساله دکتورا بکلیة الشرعیة القاہرہ.

In the second topic judicial division is discussed, which includes the following: Conditions of judicial division, division law suits in Islamic jurisprudence and civil law, special court for division, resolution of disputes, quality of the judicial division in Islamic jurisprudence and civil law.

In the third topic, the effects and complication of division are discussed, which include the following:

The effects of division in Islamic jurisprudence and civil law, the complications of division in Islamic jurisprudence and civil law, the discovery of a will after division in Islamic jurisprudence and civil law.

Third chapter deals with the profit sharing (Muhayaat) and includes the following four topics:

The first topic includes the following subjects:

The definition of Muhayaat in Islamic jurisprudence and civil law; the legitimacy of Muhayaat and the reasons being mentioned from the Qur'an, Sunnah, consensus of scholars and the logic.

The second topic includes the following issues:

Place of Muhayaat in Islamic jurisprudence and civil law; things in which Tahayoo is not allowed; deception according to the jurists; nature of Muhayaat; necessity or permissibility of Muhayaat.

Third topic includes issues as under:

Types of Muhayaat in Islamic jurisprudence and civil law; types of Muhayaat in terms of time and place; types of Muhayaat in terms of mutual consent and / or coercion, and comparison between temporal Muhayaat and spatial Muhayaat.

Fourth topic includes the following issues:

Rights, obligations and effects of the Muhayaat; obligations of the partners in the division of profit (Muhayaat); the effects of Muhayaat and the implementation of rent rules over them.

Finally, my conclusions and suggestions are written and I hope that it will be accepted by Allah and I will be rewarded for it.



## Abstract

In this academic research entitled as “Rules of division in jurisprudence and law”, I have discussed issues related to the division of common property. Briefly, we can say that this thesis consists of an introduction, three chapters, and finally a conclusion and a few Recommendations which are as under:

The Introduction of the research includes Hamad Sana, the importance of the topic, the reasons for choosing the topic, the main and sub-questions of the research, the background of it, research methods, its objectives, plan and synopsis of the research.

The first chapter explains the concept and nature of the division which includes the following four topics.

The first topic covers such issues: the definition of the division in Islamic jurisprudence and civil law; comparison between jurisprudence and law, mentioning the evidence from the Qur'an, and Sunnah; consensus of scholars and analogical reasoning on the legitimacy of the division, the wisdom of its legitimacy, the quality of the division in terms of being binding and non-binding.

The second topic includes such issues: returning division, adjusting division, types of division according to the validity of the divisors, types of division according to the unity of the place and its number, types of division according to the nature of the place, types of division according to the necessity and non-necessity of price fixing in Islamic jurisprudence and civil law.

The third topic is dedicated to the principles and conditions of the division, which includes the following issues: pillars and conditions of distributor in Islamic jurisprudence and civil law; a comparison between jurisprudence and law in this regard; rules and conditions of the distributed property in Islamic jurisprudence and civil law; Comparison between jurisprudence and law in this regard.

The second chapter is about the division of notable properties and consists of the three topics as under:

In the first topic, the morbidity division is discussed, which includes the following:

Morbidity division Modalities in Islamic jurisprudence and civil law, Ways of real estate division, ways dead or uncultivated land division, ways of dividing agricultural land, ways of dividing built land, ways of dividing up and floor of a house, ways of dividing movable objects, Lottery and its usage, Cancellation of division due to fraud and error in Islamic jurisprudence and civil law, Options in division in Islamic jurisprudence and civil law; defect option, optional condition, the option of inspection.



**Salam University**  
**Faculty of Sharia & Law**  
**Master Program in Jurisprudence & law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**  
**Ministry of Higher Education**  
**DM of Academic Affairs**

# **Rules of Division in jurisprudence and law**

**A Master's Thesis**

**Student: Abdul Wahid Hujjat**  
**Supervisor: Dr. Mohammad Younus (Ibrahimi)**

**Year 2021= 1442**



**Salam University**

**Faculty of Shari'a & Law**

**Master Program in Jurisprudence & law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**

**Ministry of Higher Education**

**DM of Academic Affairs**

# **Rules of Division in jurisprudence and law**

**A Master's Thesis**

**Student: Abdul Wahid Hujar**

**Supervisor: Dr. Mohammad Yousof (Ibrahim)**

**Year 2021= 1442**