

تنبيه : لو ادعى الشفيع على المشتري انه احتال لابطال شفيعته (اي ان صورة البيع الواقع بين البائع والمشتري جعلت حيلة لا بطلان الشفعة) وطلب تحليف المشتري بانه لم يفعل هذا فراراً من الشفعة ليس له ذلك لانه يدعي على المشتري معنى لو اقرب به لا يلزمه شيء (خاتمة)

الكتاب العاشر

في انواع الشركات ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في بعض اصطلاحات فقهية

﴿ المادة ١٠٤٥ ﴾ الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به ، لكن تستعمل ايضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص . وعلى هذا تقسم الشركة مطلقاً الى قسمين : الاول شركة الملك وتحصل بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب ، الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص . وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي اشتراك العامة في حق تملك الاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء باخذها واحرازها

﴿ المادة ١٠٤٦ ﴾ القسمة عبارة عن التقسيم وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها الخاص

﴿ المادة ١٠٤٧ ﴾ الحائط عبارة عن الجدار والطلبة والجيت (وهو ما يعمل من الاغصان) جمعه حيطان

﴿ المادة ١٠٤٨ ﴾ المارّة (على وزن العامة) عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام

﴿ المادة ١٠٤٩ ﴾ القناة (بفتح القاف) مجرى الماء تحت الارض قسلاً او سياقاً تجمع على قنوات

﴿ المادة ١٠٥٠ ﴾ المسنأة (بمضمومة وسين مفتوحة ونون مشددة)
الحد والسد بيني في وجه الماء وحافات فوهات الماء ، جمعها مسنيات
﴿ المادة ١٠٥١ ﴾ الاحياء عبارة عن التعمير وجعل الاراضي
صالحة للزراعة

﴿ المادة ١٠٥٢ ﴾ التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف الاراضي
من واحد حتى لا يضع آخر يده عليها

﴿ المادة ١٠٥٣ ﴾ الانفاق عبارة عن صرف المال وخرجه
﴿ المادة ١٠٥٤ ﴾ النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في
الحوائج والتعيش

﴿ المادة ١٠٥٥ ﴾ التقبل تعهد العمل والتزامه

﴿ المادة ١٠٥٦ ﴾ المفاوضان عاقدان شركة المفاوضة

﴿ المادة ١٠٥٧ ﴾ رأس المال عبارة عن السرمائة

﴿ المادة ١٠٥٨ ﴾ الربح هو الكسب

﴿ المادة ١٠٥٩ ﴾ الابضاع اعطاء رجل لآخر رأس مال على ان
الربح كله . له رأس المال البضاعة والمعطي البضعة والآخذ المستبضع

الباب الاول

في شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في تعريف شركة الملك وتقسيمها

﴿ المادة ١٠٦٠ ﴾ شركة الملك هي ان يكون الشيء مشتركاً بين
اثنين فاكثر اي محتصاً بهما بسبب من اسباب الملك كالشرا والانتهاج
وقبول وصية وتوارث ، او يخلط اموالهما واختلاطهما في صورة لا تقبل
التمييز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبه لهما واحد او يوصي
لهما به ويقبلا او يرثاه منه فيصير ذلك المال مشتركاً بينهما ويكون كل
منهما شريك الاخر فيه كذلك اذا خلط اثنان ذخيرتهما ببعضها بعض او
انخرقت عدولهما بوجه ما واختلطت ذخيرتا الاثنين فتصير هذه الذخيرة
المخلوطة او المختلطة مالاً مشتركاً بين الاثنين

والحاصل ان شركة الملك ان يملك اثنان فاكثر عيناً او ديناً باي سبب كان ولو
متعاقباً . كما لو اشترى شيئاً ثم اشترك فيه اخر . قال في التنوير ومن اشترى عبداً مثلاً
فقال له اخر اشركني فيه فقال فعلت ان قبل القبض لم يصح وان بمده صح ولزمه
نصف الثمن وان لم يعلم بالثمن خير عند العلم به . ولو قال اشركني فيه فقل نعم ثم لقيه
اخر وقال مثله واجيب بنعم فان كان القائل عالماً بمشاركة الاول فله ريعه وان لم يعلم
فله نصفه اهـ . قلت وانما كان له الربع في الصورة الاولى لانه اذا كان عالماً بمشاركة
الاول ثم طلب المشاركة لنفسه يكون قد طلب الاشراك في نصيب المشتري ونصيبه
النصف فيصيبه الربع بخلاف ما لو كان غير عالم بمشاركة الاول لانه حينئذ يكون
طالباً لشراء النصف ، وقد اجابه المشتري اليه . ثم اعلم ان هذه الشركة انما هي عبارة
عن بيع النصف بنصف الثمن الذي اشترى به فيثبت فيه جميع احكام البيع من ثبوت

خيار العيب والرؤية ونحوها ولا بد فيه من علم المشتري بالثمن في المجلس وهو خلاف المتبادر من كلام التنوير (رد مختار) وفيه لو اشرك اثنين صفقة واحدة كان العبد بينهم اثلاثاً اهـ

المادة ١٠٦١ * لو كان لرجل دينار ولا آخر من جنسه ديناران فاختلف دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها وبقي واحد كان الباقي بينهما مشتركاً مثلاً ، ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار

المادة ١٠٦٢ * شركة الملك تنقسم قسمين اختياري وجبري
المادة ١٠٦٣ * الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب وقبول الوصية وبخلط الاموال كما تقدم

المادة ١٠٦٤ * الشركة الجبرية هي الاشتراك الحاصل لافعل المتشاركين بل بسبب آخر ، كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالين

المادة ١٠٦٥ * اشتراك الودعاء المتعدين في حفظ الوديعة من قبيل الشركة الاختيارية . اما اذا هبت الريح فالقت جبة واحد في دار بين جماعة ، فشركة اصحاب الدار في حفظ هذه الجبة هي من قبيل الشركة الجبرية

لأنها حصلت بدون فعلهم ومفاده اشتراك اصحاب الدار في الحفظ وثبوت الحق لجميعهم لا لواحد فقط . قال طحاوي وهنا ليس من قبيل الشركة التي تجرى فيها احكام هذا الباب افاده حلي بل هم بمنزلة الوديعين فيجب عليهما الحفظ اهـ

المادة ١٠٦٦ * شركة الملك تنقسم ايضاً قسمين شركة عين وشركة دين

الظاهر من هذه المادة ومن المادة ١٠٦٨ ترجيح القول بان شركة الدين شركة حقيقية لان الدين يملك شرعاً ولهذا جازت هبته لمن هو عليه خلافاً لمن قال انها مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك . قال في رد المختار والحق ان الدين يملك شرعاً ولهذا لو كان لهما دين على اخر فصالحه احدهما عن نصيبه من الدين على عين كثوب مثلاً ملك الثوب مشتركاً بينه وبين شريكه اهـ بتصرف

المادة ١٠٦٧ * شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاة او في قطع غنم
المادة ١٠٦٨ * شركة الدين هي الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا غرساً في ذمة انسان

كما اذا مات رجل وله دين بذمة اخر فالدين مشترك بين ورثته . وكذا لو باع رجلان مالهما من رجل صفقة واحدة بثمن معلوم فذلك الثمن دين مشترك بينهما انظر المواد ١٠٩٢ و ١٠٩٣ و ١٠٩٥ و ١٠٩٦

الفصل الثاني

في كيفية التصرف في الاعيان المشتركة

المادة ١٠٦٩ * كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه فكذا يتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق

ولكن ليس لاحد منهم ان يتصرف فيه مستقلاً حتى انه لا يجوز لاحد ان يبني على الهواء المشترك الا برضا شركائه (رد مختار عن الجلالية) وكذا ليس له في بعض الاحوال ان يتصرف في حصة نفسه انظر مواد ٢١٥ و ٨٥٨ و ١٠٨٨ فقرتها الاخيرة

﴿ المادة ١٠٧٠ ﴾ يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها معاً ، لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً الى تلك الدار فللاخر منعه لان دخول الاجنبي تصرف في ملك الشريك الاخر بغير اذنه (خيرية) وافق في الحامدية بمنع دخول زوجها الاجنبي الى الدار المشتركة بينها وبين اخر . والمستفاد من لفظ الاجنبي انه لو كان الداخل محرماً فليس للشريك الاخر منعه . ويؤيده ما في الحامدية : دار بين اخوين واختين ولهما زوجتان وللاختين زوجان فلاختين ان يمنعا زوجي الاختين من الدخول في الدار اذا لم يكونا محرمين لزوجتهما اه

﴿ المادة ١٠٧١ ﴾ لا حد اصحاب الحصص . التصرف مستقلاً في الملك المشترك باذن الآخر ، لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك والاذن نوعان : صريح ودلالة ، في الاول يتصرف الشريك بحصة شريكه كما اذنه سواء اضراؤ لم يضر فله ان يرهن ويبيع او يهب . اما في الثاني فانما يتصرف بها على ما هو معروف ومعتاد وليس له ان يتصرف تصرفاً يضر بالشريك . راجع مواد ٤٣ و ١٠٧٥ و ١٠٨٠ و ١٠٨١

﴿ المادة ١٠٧٢ ﴾ ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله له اشتر حصتي او بعني حصتك . غير ان المحل المشترك بينهما ان كان قابلاً للقسمة والشريك ليس بغائب فله ان يطلب القسمة وان كان غير قابل للقسمة فله ان يطلب التهاويء كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني

وفي الحامدية واذا باع الشريك حصصه من الثمرة الا واحداً منهم عناداً والمشتري لا يرضى الا بشراء الجميع او اجرؤا الدار الا واحداً منهم لا يجبر الا بي مع الشريك بل يبيعون حصصهم فقط اذ تجزئ الثمرة وتقسم . وكذلك في الدار الموقوفة لا يجبر على الاجارة بل يؤجر شركاؤه حصصهم والمستاجرون يتهايئون الممتنع في السكنى بقدر انصائبهم

﴿ المادة ١٠٧٣ ﴾ الاموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها

بين اصحابها على قدر حصصهم . فاذا شرط احد الشريكين لنفسه في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن ذلك الحيوان او نتاجه لا يصح وكذا لو باعاً مالاً مشتركاً بينهما وشرطاً لاحدهما من الثمن قدراً زائداً على حصته فالشرط باطل (رد مختار)

ولو اخذ الشريك المشروطة له تلك الزيادة فلشريكه الآخر استردادها لان من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه له استرداده كما في الحامدية حيث مثل عما اذا كان لكل من زيد وعمرو عقار جارٍ في ملكه بمفرده فتوافقا على ان ما يحصل من ريع العقارين بينهما نصفين واستمرا على ذلك تسع سنوات والحال ان ريع عقار زيد اكثر ويريد مطالبة عمرو بالقدر الزائد الذي دفعه له بناء على انه واجب عليه فاجاب بان الشركة المذبورة غير معتبرة وحيث كان ريع عقار زيد اكثر تبين ان ما دفعه عمرو من ذلك كان بناء على ظن انه واجب عليه ومن دفع شيئاً ليس بواجب عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض اه . وخمس اخوة تلقوا تركه وعملوا فيها كل على قدر استطاعته فربحوا كانت التركة وما حصلوا من الربح بينهم بالسوية وان اختلفوا في العمل والرأي اه

﴿ المادة ١٠٧٤ ﴾ الاولاد في الملكية تتبع الام . فاذا كان لواحد حصان فعلا على فرس انثى لا آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس الانثى . كذلك اذا كان لواحد حمام ذكر ولا آخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الانثى

﴿ المادة ١٠٧٥ ﴾ كل من شركا في شركة الملك اجنبي في حصة سائرهم فليس احدهم وكيلاً عن الاخر ولا يجوز له من ثم ان يتصرف في حصة شريكه بدون اذنه . غير ان كل واحد من اصحاب الدار المشتركة يعد صاحب ملك مستقل على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخل والخروج وعلى هذا لو ان احد الشريكين في البرذون

اعاره او اجره بدون اذن الاخر وتلف في يد المستعير او المستأجر فلهذا الاخر ان يضمه حصته . كذا اذا ركب احدهما البرذون المشترك او حمله بلا اذن فملك فانه يضمن حصته الاخر . وكذا اذا استعمله مدة فهزل ونقصت قيمته فانه يضمن حصته شريكه من نقصان القيمة

وكذا لو باع احد الشريكين حصته من الفرس المشتركة وسلمها للمشتري بلا اذن شريكه كلف احضارها او دفع القيمة وان هلكت ارس عند المشتري فالشريك غير بين ان يضمن شريكه او المشتري فان ضمن شريكه جاز بيعه فنصف الثمن له وان ضمن المشتري رجع بنصف الثمن على بائعه والبائع لا يرجع على احد كما هو حكم الغاصب (حامدية) ومبنى الضمان في هذه المسألة هو التسليم الى المشتري بدون اذن الشريك لا بمجرد البيع ووجه الخيار للشريك بين تضمين شريكه او المشتري هو ان شريكه البائع كالفاسد والمشتري كالفاسد (رد مختار بتصرف) . وفي الحامدية لو كوى احد الشركاء الفرس المشتركة لعلة بغير اذن شريكه وبغير معرفة فادى ذلك الى هلاكها فانه يضمن حصته شريكه لانه اجنبي في حصته فليس له ان يعالج الا باذنه صريحاً او دلالةً بحيث انتفى الاذن مطلقاً لكون المعالجة عملاً لتفاوت فيه الناس فانه يضمن حصته شريكه يوم التعدي . ولا يخالف هذا ما في الدر المختار : دابة مشتركة قال البيطارون لا بد من كياها فكواها الشريك الحاضر لا يضمن . ومثله في الحاوي الزاهدية لان هنا اعتمد على قول البيطارين بخلاف ما تقدم وانظر الى قوله بغير معرفة والى قوله صريحاً او دلالةً يظهر لك عدم المخالفة ظهراً شافياً اهـ

اما اذا سكن احد الشريكين مدة في الدار بدون اذن الاخر فيعد ساكناً في ملك نفسه فمن ثم لا تلزمه الاجرة لاجل حصته شريكه الا اذا كان وقفاً او مال يتيم كما مر في المادة ١٠٩٦ . اما لو كان معدداً للاستغلال فلا اجر . راجع المادة ١٠٩٧ . ولو اعطاه الاجرة بناءً على ظنه انها لازمة عليه فله ان يرجع بها على شريكه (خيرية) راجع شرح المادة ١٠٧٣ . ولكن لو حضر الشريك الاخر ونقاضي الاجر من الشريك الساكن فمكن بعده لزمه الاجر عن حصته شريكه لانه يكون التزاماً (حامدية)

ولا يضمن ايضاً لو احترقت هذه الدار بلا تعدٍ ومفاده انها لو احترقت بتعديده كان او قد ناراً لا يوقد مثلها كان ضامناً بويده ما مر في المادة ٦٠٣ من انه لو اوقد المستأجر ناراً از يد من العادة فاحترقت الدار فانه يضمن . وفي الدر المختار دار بين اثنين سكن احدهما وخربت ان خربت بالسكنى ضمن اهـ
* المادة ١٠٧٦ * اذا زرع احد الشركاء الاراضي المشتركة فليس للاخر ان يطلب حصته من الحاصلات غلي عادة البلدة مثل الثلث او الربع

اما لو دفع اليه الشريك الاخر مثل البذر ليكون الزرع بينهما فان بعد النبات جاز وان قبله فلا (طحاوي) راجع شرح الفقرة الاخيرة من المادة ٩٠٧ ولكن اذا نقصت الارض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته

قال في جامع الفصولين ارض بينهما زرع احدهما كلها تقسم الارض بينهما فما وقع في نصيب الزارع اقر وما وقع في نصيب شريكه امر بقلعه وضمن نقصان الارض هذا اذا لم يدرك الزرع فلو ادرك او قرب بغرم الزارع لشريكه نقصان نصفه لو اقتضت لانه غاصب في نصيب شريكه اهـ . قلت وهذا اذا كان الشريك حاضراً كما قيده في الخانية لان قسمة الارض لا تكون مع الغائب ولانه لا يكون غاصباً في صورة الغيبة والا لم يكن له زراعتها ، نعم يمكن ان يكون غاصباً لو كانت الزراعة تنقصها كما سيأتي في المادة ١٠٨٥

* المادة ١٠٧٧ * اذا آجر احد الشريكين من آخر الممال المشتركة وقبض الاجرة ضمن لشريكه حصته منها

وقد افنى في الحامدية بانه لو آجر احد الشريكين جانباً من الدار المشتركة ثم حضر شريكه فله ان يطالبه باجرة نصيبه من الجانب المأجور اهـ . ولعل محله في ما اذا كان المؤجر قد قبض الاجرة كما قيده في متن هذه المادة ومفاده انه اذا لم يقبضها فليس عليه ان يقضي نصيب شريكه من ماله وبويده ما سيأتي في المادة ١٠٥٣ —

وعل يد القابض هنا يد امانة او ضمان فيضمن حصة شريكه من الاجرة التي قبضها اذا ضاعت في يده بدون تدمير ولا نقصير؟ قال حيدر افندي وعندي انها يد امانة الا ان يقيم دليل او دليل على انها يد ضمان .

ثم لقد قدمنا في شرح المادة ٩٦ هـ انه لو آجر الغاصب المفضوب فالاجر المسمى له ولا شيء للمالك ، وكذا حكم الفضولي لو اجر ملك غيره وذلك لان المنافع لا تقوم الا بالعقد فكانت الاجرة للعاقد ولم يظهر لي وجه الفرق بين ايجار الفضولي والغاصب وبين ايجار احد الشريكين المال المشترك مع ان القياس يقتضي التسوية بينهما لان كلا من الشركاء اجني في حصة الاخر لعدم تضمن شركة الملك الوكالة حتى لو آجر احد الشركاء المال المشترك بدون اذن شركة كان غاصباً فلو هلك المال في يد المستأجر كان الشريك ضامناً حصة شريكه كما مر في المادة ١٠٧٥ . ولا يمكن ان يقال ان في ايجار الشريك يثبت رضا الشريك الآخر ضمناً لتحصن الاجارة نفعا بحقه لان ذلك يقال ايضاً في ايجار الغاصب والفضولي فضلاً عن ان الرضا لا يوجد دلالة الا في ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدار مثلاً . اما لو كان يختلف به كالدابة فكيف يقال بوجود الرضا دلالة انظر المادة ١٠٨٠ . وسيأتي في المادة ١٠٨١ ان سكنى الدار تعد من قبيل المختلف باختلاف المستعمل اذا كانت عائلة الساكن كثيرة ، تأمل . ولعل الاول قياس والثاني استعسان او قد يفرق بان الشريك له شبهة الملك وحق التصرف في جزء شائع غير معين في المال المشترك فبعد تحقق المنفعة بالايجار تقسم على حصص الملك بخلاف الغاصب والفضولي اما الضمان فلتفويت حق الشريك الآخر بعدم الاستئذان للتحيلولة بين المالك وما يملك كما في الفصب ويؤيد الفرق ما سبق في آخر مادة ١٠٧٥ وما باقي في المواد التالية لهذه المادة

﴿ المادة ١٠٧٨ ﴾ يسوغ للحاضر ان يتففع بقدر حصته من الملك المشترك في غيبة الشريك الاخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي المراد بالغائب هنا الغائب مطلقاً لا المفقود وهو من كانت غيبته منقطعة ولا الغائب مدة سفر

﴿ المادة ١٠٧٩ ﴾ انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه

لا يضر الغائب بعد رضى من الغائب

هذه المادة مفسرة للمادة السابقة والمواد الآتية مفسرة لها . والمقصود ان انتفاع الشريك فيما لا يختلف بالاستعمال كسكنى الدار مثلاً يتضمن رضى الشريك الاخر ضمناً بخلاف الانتفاع بما يختلف بالاستعمال كالدابة وسيأتي بيان ذلك

﴿ المادة ١٠٨٠ ﴾ حيث لا يوجد من الغائب رضى دلالة بالانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لاحد الشريكين في الالبسة المشتركة ان يلبسها في غياب الاخر . وكذا لا يجوز له ركوب البرذون المشترك في غيبة شريكه . اما في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته . وكذا لو غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته

المستفاد من لفظة نوبته ترجيح الرواية المشهورة من ان الشريك في الخادم المشترك يستخدمه يوماً ويتركه يوماً بقدر حصة الغائب وان ليس له ان يستخدمه دائماً

﴿ المادة ١٠٨١ ﴾ السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعمل فبناءً عليه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفة ، فسكن الاخر ستة اشهر وترك ستة اشهر فانه يجوز له الانتفاع على هذا الوجه ومقتضاه انه لو تعطلت الدار بالسكنى لا يلزمه الضمان راجع الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٧٥ وهذا اذا سكن بنفسه اذ ليس له ان يسكن غيره سواً كان شريكه حاضراً او غائباً (حامدية) وفي هذه المادة ترجيح الرواية المشهورة التي اجازت تنصيف الانتفاع زماناً على رواية اخرى اجازت تنصيفه مكاناً وعلى هذا لو اراد الحاضر ان يسكن قسماً معيناً من الدار بصورة دائمة ويترك القسم الاخر فليس له ذلك لكن اذا كانت عياله كثيرة صارت الدار من قبيل المختلف باختلاف المستعمل وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة

﴿ المادة ١٠٨٢ ﴾ لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ومقسومة لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يؤجر هذه الحصة المفترزة ويحفظ اجرها للغائب والظاهر ان المهايأة حكمها حكم القسمة اي انه لو تهايا الشريكان بان يسكن احدهما هذا الجانب من الدار والاخر الجانب الاخر او ان يسكن كل منهما شهراً فليس للحاضر اذا غاب احدهما ان يسكن في نوبة الغائب او في حصته المخصصة له بحكم المهايأة . انظر المواد ١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠

﴿ المادة ١٠٨٣ ﴾ المهايأة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة . فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلاً ولم يدفع اجرة حصة الاخر ، فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما ان تدفع لي اجرة حصتي عن المدة ، واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت ، وانما له القسمة اذا كانت الدار قابلة للقسمة ، او يطلب المهايأة بحيث تبدى من بعد ذلك ان اراد ليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بامر من الاول ان لا يكون الشريك الطالب غائباً اذ لو كان غائباً فله ان يسكن في الدار . ثلثا سكن شريكه كما يظهر من الفقرة الآتية ، الثاني ان لا تكون الحصة الثانية وفقاً او مال بتم اذ يجب حينئذ على الشريك الذي سكن اجر المثل بالغا ما بلغ كما مر في المادة ٩٦ هـ

لكن اذا غاب احد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما مر بيانه انفاً ثم حضر الغائب فانه يجوز له ان يسكن فيها بقدر تلك المدة

﴿ المادة ١٠٨٤ ﴾ احد الشريكين الحاضر اذا اجر الدار المشتركة فاخذ من اجرها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين حضور الغائب ياخذ حصته منه

ولكن لو ضاعت حصة الغائب عند الشريك المؤجر هل يكون

ضامناً ام لا ؟ راجع شرح المادة ١٠٧٧

المادة ١٠٨٥ اذا غاب احد الشريكين في الارض المشتركة كان للآخر ان يزرعها كلها اذا علم ان الزراعة تنفعها ولا تنقصها وللغائب عند حضوره ان يزرع تلك الارض بقدر تلك المدة التي زرعهما الاخر . واذا علم ان تركها بدون زرع نافع لها ومؤدي الى قوتها وان زراعتها توجب نقصانها حينئذ لا يوجد اذن الغائب دلالة في زراعتها وعلى هذا ليس للشريك الحاضر ان يزرع من تلك الارض الا مقدار حصته منها ، فاذا كانت مشتركة مناصفة يزرع نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة فيزرع هذا النصف ايضاً ، والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الجانب وفي السنة الثانية الجانب الاخر . فلو زرع كامل الارض كان للغائب عند حضوره ان يضمه حصته من نقصان الارض منها . وهذه التفصيلات السابقة محلها فيما اذا لم يراجع الحاضر الحاكم في ذلك ، اما اذا راجعه فالحاكم يأذنه في كل حال بزرع الارض كلها لثلاثي العشر والخراج ، وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره ان يدعي بنقصان الارض

يفهم من الفقرة الاولى ان ليس للحاضر ان يزرع كل الارض الا اذا كانت الزراعة تنفعها والحال ان ذلك ليس هو المقصود لان الشرط عدم الضرر لتحقيق النفع كما يفهم من كلام الخانية والهندية

﴿ المادة ١٠٨٦ ﴾ اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك يكون الاخر قائماً على ذلك البستان وعند ادراك الثمرة ياخذ حصته منها ويستهلكها ويبيع حصة الغائب ويحفظ ثمنها لكن يكون الغائب عند

حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ عند شريكه ، وان شاء لم يحجز وضمنه حصته

هذه المسألة منقولة عن الخانية وجامع الفصولين وزاد فيها انه لو ادى الشريك الحاضر الخراج كان متبرعاً فلا يرجع على شريكه لانه قضى دينه بغير امره فانه يتمكن من ان يرفع الى القاضي لياً امره بذلك اه ثم انه لا يشترط في الاجازة هنا ما يشترط لها في بيع الفضولي (رد مختار)

المادة ١٠٨٧ * حصّة احد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر . فاذا اودع احدهما المال المشترك عند آخر بدون اذن فتلف كان ضامناً حصّة شريكه . راجع مادة ٧٩٠

وكذا لو اعار او اجر اورهن فهلك او انتقصت قيمتها كان ضامناً حصّة شريكه . راجع المادة ٧٩٢ . وفي الحامدية لو دفع احد الشريكين الفرس المشتركة لبستاني لترعى في ارض البستان وفارقه بدون اذن شريكه ثم فقدت بدون تعدٍ من البستاني ولا تقصير في حفظها فالشريك الدافع ضامن لخصّة شريكه لان حكمه في حصّة شريكه حكم المودع اه . ومفاده انها لو فقدت بتعدي البستاني او نقصيره كان للشريك حيفئذ ان يضمن من يشأ منهما وقد مر ذلك صريحاً في المادة ٧٩٠ وشرحها . وفي الحامدية : لها مواش غاب احدها فدفع الشريك الاخر المواشي كلها الى الراعي فانه يضمن حصّة شريكه اذ يمكنه حفظها يد اجيره فلا يكون مودعاً غيره . قلت يفهم من عبارة الحامدية ومن تقييد المتن بكون الابداع عند آخر انه اذا اودع الشريك أمينه كاجيره الخاص او من في عياله فلا يضمن راجع المادة ٧٨٠ وفيها ايضاً اذا منع احد الشريكين الفرس المشتركة عن شريكه فهلك ضمن حصّة شريكه لان حكمه في حصّة شريكه حكم المودع والمودع يضمن بالمنع اه راجع المادة ٧٩٤

المادة ١٠٨٨ * الشريك مخير ان شاء باع حصته من شريكه وان شاء باعها من اجنبي بدون اذن شريكه راجع مادة ٢٥٠ . لكن في صور خلط الاموال واختلاطها التي يتناها في الفصل الاول لا

يسوغ لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصته من آخر بدون اذن شريكه

اما لو باعها باذن شريكه او باعها من شريكه جاز كما في الملتقى وغيره . والفرق ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشترى باحطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كان بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة لاحدها بجميع اجزائها ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير اذن الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم (بجمع الانهر) . قلت ومثل الخلط والاختلاط بيع ما فيه ضرر على الشريك او البائع او المشتري كبيع الحصّة الشائعة من البناء او الفراس او الزرع بدون الارض وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٢١٥ ومثله لو باع احد الشريكين بيتاً معيناً باع من دار مشتركة او باع نصيبه من بيت معين منها فالبيع لا يجوز (در مختار) وذلك لتضرر الشريك الاخر عند القسمة اذ لو صح البيع في نصيب البائع لتعين نصيبه فيه فاذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضرراً على الشريك اذ لا سبيل الى جمع نصيب الشريك فيه لان نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لقوات ذلك ببيع النصف واذا سلم الامر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة (خيرية من البيوع)

المادة ١٠٨٩ * اذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة باذن الكبار او وصي الصغار في الاراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم

اما لو بذرها بغير اذن بقية الورثة فالغلة للزارع فقط ولو كان البذر مشتركاً كما صرح به في الحامدية ورد المختار ومفاده انه يضمن لبقية الورثة مثل نصيبهم في الحبوب وحصتهم من نقصان الارض كما يستفاد من الفقرة الآتية

ولكن لو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكنه يضمن لبقية الورثة حصتهم مما نقصت الارض بزراعته . راجع مادة ٩٠٧

وفي الحامدية يقع كثيراً أن يموت الرجل وتبقى تركته بين أيدي ورثته بلا قسمة يعملون فيها وربما تمددت الاموات وهم على ذلك وقد يتوهم انها شركة مفاوضة وذلك باطل لان شركة المفاوضة لها شروط منها العقد بالمفاوضة والواجب في هذه المسألة ان تكون الاكساب بين الورثة بالسوية حيث لا يميز كسب هذا من كسب ذاك ولا يختص احدهما به ولا بزيادة على الاخر اذ التفاوت ساقط كما اجاب الحير الرمي اهـ . ملخصاً

المادة ١٠٩٠ * اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من نقود التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين وعمل فيه وخسر كانت الخسارة عليه كما انه اذا ربح لا يسوغ لبقية الورثة ان يقاسموه الربح وكذا لو باشر العمل والسعي وصي القاصر فليس للام وللورثة الكبار طلب حصتهم من الربح (حامدية) والاصل في هذا ان الغاصب والمستودع اذا تصرف في المغصوب والودعة فالربح له لا للمالك

الفصل الثالث

في الديون المشتركة

المادة ١٠٩١ * اذا كان لاثنين او اكثر في ذمة آخر دين ناشئ من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم اما اذا لم يتحد سببه فليس هو بدين مشترك كما يظهر ويتضح في المواد الآتية

المادة ١٠٩٢ * كما ان اعيان المتوفى المتروكة عنه مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم ، كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركاً بينهم على قدر حصصهم

وكذا لو اوصى المتوفى لرجلين بالدين الذي له على آخر فالدين ايضاً مشترك بينهما (رد مختار) لاتحاد سببه وهو الارث في الصورة الاولى والوصية في الصورة الثانية

المادة ١٠٩٣ * من اتلف مالاً مشتركاً كان المتوجب عليه من بدل الضمان ديناً مشتركاً بين اصحاب ذلك المال

مثال ذلك لو استأجر من اثنين دابة مشتركة بينهما فجاز بها الحمل المعين فهلكت ، فقيمة الدابة الواجبة عليه تكون مشتركة بين المؤجرين . وكذا لو حفر بئراً في طريق العامة فتردى فيها حيوان مشترك بين اثنين فقيمة الحيوان الواجبة على الحافر مشتركة بين صاحبي الحيوان

المادة ١٠٩٤ * اذا اقترض اثنان آخر كذا قروضاً مشتركة بينهما صار الدين الذي في ذمة هذا المستقرض مشتركاً بينهما اما اذا اقترضه على الانفراد كل على حدة فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد دائن على حدة

المادة ١٠٩٥ * اذا بيع مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين مشترك

والمراد ان لا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع كما يعلم من الفقرة الآتية . وقولهم مال مشترك قيد اتفاقي اذ لو كان لكل منهما عين على حدة فباعها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما كان الثمن ايضاً مشتركاً بينهما (رد مختار) انظر المادة ١٠٩٦

ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل شريك من الثمن او تعين نوعها ، كأن يقال مثلاً حصة احدها كذا وحصة الآخر كذا دراهم

وحصة احدهما سكة خالصة وحصة الاخر سكة مفضولة مع تفريق
الحصص وتميزها صار كل واحد دائئاً على حدة ولا يكون ثمن المبيع
مشاركاً بين البائعين . كذلك لو باع احدهما حصة شائعة من رجل ثم باع
الاخر حصته من هذا الرجل فكل واحد منهما دائئ مستقل ولا اشتراك
بينهما في ثمن المبيع

كما لو كان لهما دابة مشتركة فباع احدهما نصيبه من رجل بالف ثم باع الاخر
نصيبه من ذلك الرجل ايضاً بالف وكتبنا عليه صكاً واحداً بالفين فلا شركة في
الدين لان كل دين واجب بسبب على حدة (رد مختار)

المادة ١٠٩٦ * اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة من رجل
كما لو كان لواحد حصان وللاخر فرس فباعاهما معاً بكذا غروش كان
الثمن المذكور ديناً واحداً مشتركاً بين البائعين وان سمي كل واحد منهما
ثمناً معلوماً لحيوانه صار كل واحد منهما دائئاً على حدة ولا يكون ثمن
الحيوانين ديناً مشتركاً . كذلك لو باع اثنان مالهما من آخر كل على حدة
فانما المبيع لا تكون ديناً مشتركاً بل كل منهما دائئ مستقل

المادة ١٠٩٧ * اذا ادعى اثنان دين رجل بسبب كفالتهما
فان ادّياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين مشترك
المادة ١٠٩٨ * رجل امر اثنين بتأدية دينه البالغ كذا فادّياه ،
فان كان من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الآخر يكون ديناً
مشتركاً بينهما ، وان كان ما ادّياه من النقود ليس بمشترك بل كانت
حصة كل منهما مميزة عن حصة الآخر حقيقة فلا يكون مطلوبهما منه
ديناً مشتركاً ولو كانا قد ادّياه دينه معاً

* ١٠٩٩ * اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الدائنين
يستوفي دينه من المديون على حدة وما يقبضه كل واحد يحسب من دين
نفسه ليس للدائن الاخر ان يأخذ منه حصة

ولو لم يكن للمديون مال آخر اذ له في هذه الصورة ان يقدم من اراد وبوخر
من اراد من دائنيه لانه حي له ولاية على نفسه (حامدية) ولان الدين في حياة
المديون يتعلق بذمته لا بامواله

* المادة ١١٠٠ * اذا كان الدين مشتركاً فلكل من الدائنين
طلب حصته من المديون ، واذا غاب احدهما فراجع الدائن الاخر الحاكم
وطلب حصته من المديون يأمر الحاكم ذلك المديون باداء حصته

والقصد ان احد الدائنين في الدين المشترك له ان يطلب حصته من المديون
ولو كان الدائن الاخر غائباً لان غيبته لا تمنع شريكه من استيفاء حقه فاذا حضر
الغائب كان له ان يخاص شريكه فيما اخذ او يتبع الغريم بحصته (تنوير وغيره)

* المادة ١١٠١ * ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين
المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الاخر اخذ حصته منه ولا
يسوغ للقابض ان يختص به وحده

لان ذلك عبارة عن قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز كما سيأتي في المادة ١١٢٣
وللشريك الاخر ايضاً ان يتبع الغريم بحصته كما قدمنا . ولو اتبعه ثم توى نصيبه عنده
بان مات الغريم مأساً فله ان يرجع بحصته على القابض انظر المادة ١١٠٥ . واذا اراد
احد الشريكين قبض حصته من الدين المشترك واختصاه بها بدون ان يقي لشريكه
حق مشاركته فيما قبض فالحيلة في ذلك ان يهبه الغريم قدر حصته ثم هو يبرئ
الغريم من حصته من الدين . وله حيلة اخرى وهي ان يبيع من الغريم صاعاً من تمر
ونحوه بقدر حصته من الدين وبعد قبض الثمن يبرئ الغريم بماله عليه (هندية)

* المادة ١١٠٢ * اذا قبض احد الدائنين حصته من الدين

المشترك واستهلكها فلشريكه ان يضمه ما يصيبه منها. مثلاً لو كان الدين المشترك بين اثنين مناصفة الف غرش فقبض احدهما من المديون خمس مئة واستهلكها، فللدائن الآخر ان يضمه مائتين وخمسين، وخمسمائة تبقى بين الاثنين مشتركة

وكذا لو قبض احد الدائنين حصته من الدين المشترك فوجهه من اخر او قضى به دينه او اشترى به شيئاً فلشريكه ان يضمه حصته مما قبض وليس له ان يأخذها من الموهوب له او البائع (هندية) ومفاد قوله (واستهلكها) انه لو هلكت حصة القابض في يده قضاء فليس لشريكه ان يضمه نصيبه منها وانما يتبع المديون بحصته. انظر المادة ١١٠٦

المادة ١١٠٣ * احد الشريكين في الدين المشترك اذا لم يقبض من الدين شيئاً ولكنه اشترى بحصته متاعاً من المديون فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع لان المشتري ملك المتاع بعقد الشراء لا بسبب الدين ولا عقد بين المديون والدائن الاخر

ولكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع، وان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركاً بينهما كان كذلك

المادة ١١٠٤ * اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون عن حقه منه على اثواب بزوقبضها

فشريكه الاخر بالخيار ان شاء اتبع المديون بحصته من الدين لان حصته لم تزل باقية في ذمته (درر) وان شاء اتبع شريكه القابض فان اتبع القابض

فهو (اي القابض) مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب، وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه

اي من الحق الذي صالح عنه وبقي الدين الباقي بذمة المديون مشتركاً بينهما. ولا فرق في هذه المسألة بين ان يكون الصلح عن اقرار او انكار او سكوت (مجمع الانهر). وفيه: ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه ديناً لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببذل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة، بخلاف الدين. الثاني ان يكون المصالح عليه من خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين اه

المادة ١١٠٥ * احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك او بعضه، او اشترى بحصته منه مالا، او صالح المديون على مال بقدر حصته فالدائن الآخر مخير في جميع الصور

اما في صورة قبض الدين كله او بعضه فظاهر ويعلم مما مر في المادة ١١٠١. اما في صورة الشراء فلان القابض صار قابضاً حقه بالمقاصة بلا حط لان مبنى البيع على الماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه ان يرجع عليه بحصته بخلاف الصلح لان بناءه على الحط والاغراض ولهذا لا يملك بيعه مراجمة فكأن المصالح بالصلح ابراه عن بعض نصيبه وقبض بعضه، فاذا الزمناه دفع حصة شريكه من الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه (درر)

فان شاء اجاز معاملة شريكه واخذ حصته منه كما سبق آنفاً ولا خيار حينئذ للقابض. والمراد بحصته، حصته من الدين لا من المبيع. راجع المادة ١١٠٣

وان شاء لم يُجْزَ وطلب حصته من المديون. وان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض، وعدم اجازته من قبل لا يكون مانعاً من الرجوع

المادة ١١٠٦ * احد الدائنين اذا قبض من المديون حصته من الدين المشترك وتلفت في يده بدون تعدي منه لا يضمن حصته

الشريك الآخر من هذا المقبوض، ولكنه يكون قد استوفى حصة نفسه،
والدين الباقي عند المديون يكون لشريكه فقط

المادة ١١٠٧ * إذا استأجر أحد الشركاء المديون بحصته من الدين
المشترك فللاخران يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاجرة
لان الاستئجار بنصيبه قبض. وذلك لان الاجارة بيع المنافع، فصار كما اذا اشترى
بنصيبه شيئاً فعليه لشريكه حصته لانه صار مستوفياً بالمقاصة. راجع شرح المادة
السابقة. ولا يقال ان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لان
قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمناً وانما لا تجوز قصداً، وهنا وقعت القسمة ضمناً اي في
ضمن الاجارة. ثم انه لا فرق فيما اذا استأجر أحد الشريكين المديون نفسه او استأجر
منه داراً بحصته

المادة ١١٠٨ * أحد الشريكين في الدين اذا اخذ من المديون
رهناً بمقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما
اصاب حصته. فلو كان الدين المشترك ماصفاً فالأخذ أحد الدائنين
رهناً بحصته التي هي خمسمائة وهلك في يده سقط نصف الدين وللدائن
الاخران يضمنه المائتين والخمسين العائدة لحصته

المادة ١١٠٩ * اذا اخذ أحد الدائنين كفيلاً من المديون
بحصته من الدين المشترك، او احواله بها المديون على آخر فللدائن الاخر
ان يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل او من المحال عليه

المادة ١١١٠ * اذا وهب أحد الدائنين المديون حصته من
الدين المشترك، او ابرأ ذمته منها، فهبته او ابرأؤه صحيح ولا يضمن
بذلك حصة شريكه

لان البراء اتلاف وليس بقبض، والرجوع انما يكون في المقبوض لا في المتلف.
ولو أبرأ الشريك المديون عن بعض حصته من الدين قسم الباقي على سهامه، فلو كان
لها على المديون عشرون درهماً فابراه أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة
بالخمس وللأست المطالبة بالعشرة (درر)

المادة ١١١١ * اذا اتلف أحد الشركاء في الدين المشترك
مال المديون ونقاصاً بحصته ضمناً، فلشريكه اخذ حصته منه. لكن اذا كان
للمديون عند الدائنين دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت
المقاصة بحصته من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمنه حصته

لانه حينئذ يكون قضي ديناً عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا التقيا
قضاء بصير الاول مقضياً بالثاني والمشاركة انما تثبت في الاقتضاء اي الاستيفاء (درر)
فالفرق ظاهر بين المسألتين لان في الاولى وجب بدل الضمان في ذمة الشريك
المتلف بعد وجوب الدين المشترك فيكون المتلف قد استوفى دينه ببديل الضمان فصار
كأنه قابض فلشريكه اخذ حصته منه، اما في المسألة الثانية فدين المديون سابق على
الدين المشترك فاذا حصلت المقاصة فيكون الشريك المديون قاضياً لا مستوفياً

المادة ١١١٢ * ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين
المشترك بلا اذن الاخر

لانه اذا صح التأجيل في المصتين لصار تصرفاً في حق شريكه بدون اذنه. وان
صح في حصة المؤجل لأدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز. ومفاده انه لو
اجل الشريك حصته فقط من الدين فلا يصح ايضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه.
فبناءً عليه لو اجل أحد الدائنين الدين المشترك كلياً او بعضاً ثم قبض الشريك
الاخر بعض الدين من المديون، فللشريك الذي اجل ان يشاركه فيما قبض وان لم
يجل الاجل لان الاجل باطل

المادة ١١١٣ * اذا باع واحد مالا من اثنين يطالب كل واحد
بحصته من الثمن. واذا لم يكن أحد المشتريين كفيلاً للآخر فلا يطالب بدينه

الباب الثاني

في القسمة

﴿ المادة ١١١٤ ﴾ القسمة هي تعيين الحصة الشائعة . يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل

وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين الانصباء . وشرطها عدم فوت المنفعة . وحكمها تعيين نصيب كل من الشركاء على حدة (تويز) وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع (رد مختار)

﴿ المادة ١١١٥ ﴾ القسمة تكون على وجهين : اما بافراز الاعيان المشتركة اي الاشياء المتعددة المشتركة الى اجزاء تجمع في كل جزء منها الحصص الشائعة من كل فرد من افرادها ، كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشرأً عشرأً ، ويقال لها قسمة الجمع . واما بتقسيم العين الواحدة وتعيين كل حصة شائعة بكل جزء من اجزائها في قسم منها كقسمة العرصة الواحدة بين اثنين ، ويقال لها قسمة تفريق و قسمة فرد

﴿ المادة ١١١٦ ﴾ القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة

اي ان القسمة سواء كانت من المثليات او من القيميات تشتمل على معنى الافراز وهو اخذ عين حقه ، وعلى معنى المبادلة وهو اخذ عوض حقه وذلك ما من جزء معين الا وهو مشتمل على نصيبين فكان ما اخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازاً والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما في يد صاحبه فكان مبادلة (درر)

مثلاً اذا كان كيل حنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة ، فكل حبة منه لكل واحد نصفها ، فاذا قسم قسمة جمع الى قسمين واعطى احدهما القسم

الواحد والثاني القسم الآخر يكون كل واحد منهما قد افزر نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته . ومثل ذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فكل جزء منها لكل واحد نصفه . فاذا قسمت الى قسمين قسمة تفريق ، واعطى كل واحد منهما قسماً ، يكون كل واحد قد افزر نصف حصته وبادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته

﴿ المادة ١١١٧ ﴾ جهة الافراز في المثليات راجحة

وكذا ما كان في حكم المثليات كالعدديات المتقاربة فان معنى الافراز غالب فيها ايضاً ، وانما غلبت جهة الافراز في المثليات لان ما ياخذها احدها ، نصفه ملكه حقيقة ، ونصفه الاخر بدل النصف الذي بيد الاخر ، فباستبار الاول افراز و باعتبار الثاني مبادلة ، الا ان المثلي اذا اخذ بعضه كان الماخوذ عين الماخوذ عنه حكماً لوجود المائلة بخلاف القيمي (رد مختار)

فلكل واحد من الشريكين في المثليات اخذ حصته في غية الآخر بدون اذنه ، ولكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه ، فلو تلفت حصة الغائب قبل التسليم كانت الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما ولو تلفت الحصة التي اخذها القابض تلفت عليه وسلمت الحصة الباقية للغائب والاصل ان هلاك حصة المكيل في يده قبل قبض الاخر نصيبه لا يوجب انتقاض القسمة وهلاك حصة من لم يكن المكيل في يده قبل قبض حصته يوجب انتقاضها (بزازية)

﴿ المادة ١١١٨ ﴾ جهة المبادلة في القيميات راجحة

لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ حقه (درر) ولا يتافي ذلك ان القيميات يجبر على قسمتها في متحد الجنس عند طلب الخصم لانه انما يجبر على القسمة لما فيها من معنى الانراز . وان نظرنا الى معنى المبادلة فلا منافاة ايضاً لان المبادلة قد يجري فيها الجبر ايضاً عند تعلق حق الغير كما في الشفعة ويبيع ملك المديون لوفاء

دينه ، وهذه مبادلة تعلق فيها حتى الغير لان الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجري فيها الجبر ايضاً (در مختار بتصرف)

ولما كانت المبادلة لا تجوز الا بالتراضي او بحكم القاضي لم يكن لاحد الشر يكتن في القيمات المشتركة ان يأخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه

المادة ١١١٩ * المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالآنية المشغولة باليد بقيمة . وكذلك كل مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتميز كخطة خلطت بشعير قيمي . والذريعات ايضاً قيمة اما المزروعات التي تباع كل ذراع بكذا ولا تفاوت بين افرادها كالجوخ من جنس واحد والاقمشة من مصنوعات العامل فثلية . والعدييات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت بالقيمة كالحيوانات والبطيخ الاخضر والاصفر قيمة . وكتب الخط قيمة ، وكتب الطبع مثلية

اذا تساوت طبعاً وورقاً وتجليداً والا فقيمة . فان كتب الفقه وغيرها المطبوعة في الاستانة لا تساوي امثالها المطبوعة في مطبعة بولاق

ومن المثليات ايضاً اللحم والكثيرى والشمش والخواخوخ والتمر والعنب والزبيب والخل والدقيق والنخالة والقطن والصوف وغزله والتبن من جميع انواعه والكتان والابرسم والنحاس والرصاص والحديد والحناء والزياحين اليابسة والكاغد والنعم واللبن والزيت والزيتون والغزل المصبوغ . ومن القيمات الصابون واللبس لاختلافها في الطبخ حتى لو كانا على السواء بان كانا من دن واحد فثليات . ومن القيمات العدييات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والقشاة ومنها ايضاً السرقين والخطب واوراق الشجر كلها والبسطة والحصر والبواري والادم والصرم والجلود والتراب . والحاصل ان المثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد به بين اجزائه وما لا يكون كذلك فهو قيمي (حامدية) ملخصاً . راجع المادتين ١٤٥ و ١٤٦

المادة ١١٢٠ * ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين : قسمة الرضا وقسمة القضا

المادة ١١٢١ * قسمة الرضا القسمة التي تجري برضا المتقاسمين اي اصحاب الملك المشترك اما بالتراضي بينهم او برضى الكل عند القاضي

المادة ١١٢٢ * قسمة القضا تقسم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم وهم اصحاب الملك المشترك

الفصل الثاني

في شرائط القسمة

المادة ١١٢٣ * يشترط ان يكون المقسوم عيناً . فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلاً لو كان للمتوفى ديون في ذمة اشخاص متعددين واقتسمها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث ، وما في ذمة فلان منه للوارث الآخر لا يصح . وما يحصله احد الورثة في هذه الصورة يشاركه فيه الوارث الآخر . انظر الفصل الثالث من الباب الاول

وكذا لو كان للمتوفى دين وعين فاقسم الورثة العين والدين جملة فجملوا الدين لهذا الوارث ، والعين للوارث الآخر . او جملوا بعض الدين وبعض العين لهذا ، والبعض الآخر منهما لذلك ، فالقسمة باطلة ، وان اقتسموا الاعيان اولاً ثم الديون ، فقسمة الاعيان صحيحة ، وقسمة الديون باطلة ، لان الدين معدوم حقيقة لكن اعطي له حكم الموجود في حق الشراء واشباهه لحاجة الناس فيها فيبقى على عدم في حق القسمة وقسمة المعدوم باطلة (حامدية وانقروى ملخصاً)

﴿المادة ٢١٢٤﴾ لا تصح القسمة الا بافراز الحصص وتميزها
فلو قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الخنطة للآخر خذ انت ذلك
الجانب من الصبرة ولكن هذا الجانب لي لا يكون ذلك قسمة

اذ القسمة حكمها تعيين نصيب كل من الشركاء على حدة لان ذلك هو الاثر المترتب
عليها . بل ولو افرز كل جانب على حدة فلا تصح القسمة ايضاً ، لان الخنطة من المثليات
ومن الاموال الربوية فلا تصح قسمتها جزأً بل بالكيل كما سيأتي في المادة ١١٤٧

﴿المادة ١١٢٥﴾ شرط المقسوم ان يكون ملك الشركاء حين
القسمة . فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت . وكذا اذا ظهر
مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلاثة بطلت القسمة ايضاً ويلزم ان تعاد
وانما بطلت القسمة في هذه الصورة لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفريق
نصيبه في النصيبين (رد مختار)

كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وعاد الباقي
مشتركاً بين اصحاب الحصص ، وان ظهر مستحق لمقدار معين من حصة
او لجزء شائع منها فصاحب الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة
دفعاً لتضرر التوقيص (رد مختار) وهذا اذا لم يكن باع شيئاً مما في يده قبل
الاستحقاق والا فله الرجوع فقط بنقصان حصته (رد مختار عن الهداية)

وان شاء لم يفسخ ورجع بمقدار ما نقصت حصته على صاحب الحصة
ال اخرى . كما لو قسمت عرصة قدرها مائة وستون ذراعاً بين اثنين مناصفة ،
ثم ظهر مستحق لنصف حصة فصاحب هذه الحصة مخير ان شاء فسخ
القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه فيأخذ من حصته
عشرين ذراعاً . ولو ظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان
على التساوي لا تفسخ القسمة

ولا يرجع احدهما على الاخر كما لو استحق من نصيب كل خمسة اذرع مثلاً
وان كان على التفاضل فالعبرة لمقدار الزيادة والحكم حينئذ كالحكم
فيما لو ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة فمن اصاب حصته
اكثرية الاستحقاق يكون مخيراً كما مر ان شاء فسخ القسمة وان شاء
رجع على شريكه بمقدار النقصان

بقي لو استحق بعض شائع من كلتا الحصتين فان القسمة تفسخ سواء كان
الاستحقاق على التساوي كاستحقاق النصف مما في يد كل منهما او على التفاوت
كنصف حصة احدهما وربع حصة الاخر (رد مختار) وفيه اذا جرت القسمة في
دارين او ارضين واخذ كل واحدة ثم استحق احدهما بعد ما بنى فيها صاحبها يرجع
على صاحبه بنصف قيمة البناء . قيل هذا قول الامام لان عنده قسمة الجبر لا تجري في
الدارين فكانت في معنى البيع والاصح انه قول الكل كما في الخانية ، ولو في دار لم يرجع
(تاترخانية) اهـ اي لان قسمة الجبر تجري في الدار الواحدة كما سيأتي في الفصل الرابع فذ
نكن في معنى البيع فلا رجوع سواء وقعت القسمة بالرضا او بالقضاء . قلت ولكن يرد عليه
ما مر في المادة ١١١٨ وشرحها من ان جهة المبادلة في اقيميات راجحة وان اجبر على
قسمتها في متحد الجنس منها لان المبادلة قد يجري فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما في
الشفعة ومقتضاه التسوية بين المسالتين لوجود الغرور في كل منهما ضمن عقد المعاوضة
وهو يوجب الرجوع . راجع شرح المادة ٦٥٨

﴿المادة ١١٢٦﴾ قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً
الا انه يشترط لصحة الاجازة قيام العين المقسومة والمتقاسمين والمجيز ، فلو توفي
الغائب قبل الاجازة لا تصح اجازة وارثه من بعده لان خيار الاجازة لا يورث (راجع
المادة ٣٧٨ وشرحها)

فاذا قسم واحد المال المشترك بنفسه لا تكون القسمة جائزة ولكن اذا اجاز
اصحابه قولاً بان قالوا احسنت او تصرفوا بالحصص المفروزة تصرف
الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع واجارة فالقسمة صحيحة نافذة

قال في الحامدية اذا قسم الورثة التركة بينهم بغير امر القاضي وفي الورثة صغير او غائب او شريك لميت لاتصح الا اجازة الغائب او ولي الصغير او اجازة الصبي بعد البلوغ او باجازة القاضي قبل ذلك . ولو وقعت القسمة بين الشركاء وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لارضى لغبن فاحش فيها ، ثم زرع نصيبه او اذن لورثته في زراعة نصيبه لا يكون هذا رضى بتلك القسمة بعد ما ردها لان القسمة ترتد بالرد اه ملخصاً

المادة ١١٢٧ * يجب ان تكون القسمة عادلة بمعنى انه

يلزم تعديل الحصص بحسب استحقاقها بحيث لا يكون فيها نقصان فاحش فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع

اما دعوى الغبن اليسير فلا تسمع ولا تقبل عليها البينة (رد مختار) ثم انه اذا ثبت الغبن الفاحش بطلت القسمة اذا كانت بالقضا اتفاقاً لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ، ولو وقعت بالتراضي تبطل ايضاً في الاصح (تنوير) لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد وبه جزم اصحاب المتون وصححه الشروح واختاره في المنع تبعاً للكافي وقاضيجان والملاقى المادة في سماع دعوى الغبن الفاحش والمعادلة في القسمة يؤيده ايضاً اما اذا اقر المقسوم لهم باستيفاء الحق ثم ادعوا الغبن فلا تسمع دعواهم

ولكن لو ادعى المقر ان اقراره باستيفاء الحق كان كاذباً كان له تحليف خصمه بمقتضى المادة ١٥٨٩ وهذا بخلاف ما لو ادعى اعدم الغلط حيث تسمع دعواه ولو اقر بالاستيفاء كما في التنوير خلافاً للثانية لكنه لا يصدق الا ببرهان او اقرار الخصم او نكوله (درر) والاصح ما في التنوير حيث صرح في الكنز والملتقى والوقاية والفرر وغيرها بان دعوى الغلط تسمع ولو اقر بالاستيفاء ، واعتمده في رد المختار وغيره لان عامة المتون عليه وبه افق في الحامدية لان ما في المتون مقدم على ما في الفتاوى

تمة: وفي التنوير والفرر: وان قال احد الشريكين قبضت نصيبى فاخذ شريكي بنفسه ، وانكر شريكه ذلك حلف لانه منكر والاخر يدعي عليه الغصب ، وان قال قبل اقراره بالاستيفاء اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه اليّ تمخالفاً وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ولو

اقسما داراً واصاب كلا طائفة واشهدوا على الاستيفاء (رد مختار) فادعى احدهما بيتاً في يد الاخر انه من نصيبه وانكر الاخر فعلى المدعي البينة لانه يدعي على الاخر حقاً وان اقامها فالمبرة لبينة المدعي لانه خارج اه . وان كان ذلك قبل الاشهاد على القبض تمخالفاً وفسخت ، وكذا لو اختلفا في الحدود (در مختار) اي بان قل احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبى وقال الاخر كذلك واقاما البينة ، يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما مر من انه خارج ، وان قامت لاحدهما بينة قضى له ، وان لم تقم لواحد تمخالفاً كما في البيع (رد مختار عن الهداية)

تنبيه : اذا اطلع احد المتقاسمين على الغبن الفاحش في القسمة ثم تصرف في نصيبه تصرف المالك سقطت دعواه راجع المادة ٣٥٩ وفي الحامدية ان دعوى الغبن لا تسمع بعد البراء العام اه انظر الفصل الاخير من كتاب الصلح

المادة ١١٢٨ * يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من المتقاسمين . فاذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضى ، واذا كان في جملتهم صغير فوليه او وصيه يقوم مقامه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي توقفت القسمة على امر الحاكم فينصب وصياً يقاسم الشركاء والمجنون حكمه حكم الصغير فان كان له ولي فوليه يقوم مقامه والا توقفت القسمة على اجازة القاضي (در مختار)

المادة ١١٢٩ * الطلب في قسمة القضا شرط فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد الشركاء

ثم انه اذا طلب احد اصحاب الحصص من الحاكم قسمة الاعيان المشتركة فلا يخلو من ان تكون تلك الاعيان عقاراً او منقولاً فان كانت عقاراً فان ادعى الشركاء ملكيتها مطلقاً او بسبب كالشركاء والهبة قسمها القاضي بمجرد اعترافهم بالشركة وان ادعوا بالارث لا يقسمها حتى يبرهنوا على موت المورث وعدد الورثة (تنوير) وهذا قول الامام وعليه عامة المتون وقال صاحباه نقسم بمجرد اعترافهم ولا حاجة لاثبات البرهان على ما ذكر لان وجود العين في ايديهم دليل على الملك ولا منازع لهم وله اي للإمام ان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كالولاد

ملكه وارباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حقه عنها (درر) فكانت قضاء عليه باقرارهم وهو حجة قاصرة فلا بد من البينة بخلاف العقار المشتري لانه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير وبخلاف المدعى ملكيته المطلقة لانهم لم يقرؤا بالملكية لاحد (رد مختار) وان كانت الاعيان المشتركة نقلية كالثياب والدواب يتسمها القاضي اتفاقاً بمجرد اعترافهم بالشركة سواء ادعوا بالارث او بسبب آخر او ملكاً مطلقاً (در مختار) وان يبرهن الشريكان ان العقار في ايديهما لا يقسمه القاضي حتى يبرهنوا انها اتفاقاً (ملتقى) لانه يحتمل ان يكون معها باجارة او اعادة فتكون قسمة حفظ ، والعقار محفوظ بنفسه (در منتهى) ومفاده انه لو كان منقولاً وبرهنوا انه معها يقسمه القاضي لانه وان كان قسمة حفظ فالمنقول تجوز قسمته لاجل حفظه كما مر في المادة ٧٨٣. ولو حضر اثنان من الورثة وطلبا قسمة التركة وبرهنوا على موت الوارث وعدد الورثة والعين عقاراً كانت او منقولا معها وفيهم صغير او غائب فللحاكم ان يقسم التركة بينهم وينصب قابضاً للصغير والغائب هو وصي عن الطفل ووكيل عن الغائب (تنوير ودرر) ولا بد في هذه الصورة من شرطين : الاول البينة على جهة الارث كالأبوة والأخوة ونحوهما (رد مختار) ، الثاني ان لا تكون العين او بعضها في يد الغائب او يد مودعه او مع الصغير او في يده اذ حينئذ لا تجوز القسمة لانه يلزم منها القضاء على الطفل او الغائب باخراج شيء مما في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما (مجمع الانهر) وكذا لا تجوز القسمة ايضاً لو برهن وارث واحد على الموت وعدد الورثة لان الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً مقاسماً ومقاسماً (حموي) بل لا بد من حضور اثنين ولو احدهما صغيراً او موصياً له (در مختار) لان الموصى له شريك بمنزلة الوارث والصغير يمكن للقاضي ان ينصب عنه وصياً (طحطاوي) ثم ان ههنا مسألة لا بد من معرفتها وهي انما ينصب القاضي وصياً عن الصغير اذا كان حاضراً فلو غائباً فلا لان الخصم لا ينصب عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صدياً ووقع العجز عن جوابه لم يقع عن احضاره لانه يمكن للقاضي ان يأمر باحضاره اذ ليس المraz من الغيبة السفر فلا ينصب خصماً عنه في حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لانها من غير مدعى عليه حاضر ، وليس كذلك اذا حضر لانه انما عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه . ثم ان اشتراط حضور الصغير لنصب وصي عنه خاص بما اذا كان الوارث الحاضر واحداً لانه لتصحیح الدعوى . اما اذا كانا اثنين فالنصب للقبض فيجوز بغياب

الطفل لان صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله يجعل احدهما خصماً (هندية ملخصاً) ثم ان كل ما قدمناه فيما اذا كانت الشركة بالارث كما هو ظاهر اما لو كانت الشركة بنغير الارث كما لو اشترى جماعة عقاراً وغاب احدهم فلا تجوز القسمة بنفيه لان في الشرا لا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف الارث لان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب احدهم خصماً عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين . واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فهو ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بانه فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيثبت تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا يقبل (درر) انظر المادتين ١٦٤٢ و ١٦٤٣

نقطة : قال في الخانية ولو كان اصل الشركة بالميراث فباع بعضهم نصيبه ثم حضر البعض وطلب القسمة قسم القاضي بينهم وان كان اصل الشركة بالشرا فجري فيها الميراث بان مات واحد من المشترين لا يقسم القاضي وينظر في هذا الى اصل الشركة اهـ . وفيها مات رجل عن ورثة وامرأة حامل تحقق حملها وطلب الورثة القسمة فان كانت الولادة قريبة لا يقسمها وان بعيدة قسمها ، والقرب والبعد مفوض الى رأي القاضي . واذا قسمت التركة يوقف نصيب الحمل وهو نصيب ابن واحد على المفتى به . وهذا اذا كانت الورثة من يرثون مع الحمل ، اما اذا كانوا لا يرثون معه فيوقف جميع التركة ولا يقسم مطلقاً اهـ . وفيها وان خرج رأس الولد بالولادة وهو يصيح ثم مات قبل ان يخرج الباقي فلا ميراث له الا ان يخرج اكثر البدن وهو حي اهـ

المادة ١٣٠ * اذا طلب احد الشركاء القسمة وامتنع الآخر فعلى ما سيدين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسمه الحاكم جبراً والا فلا يقسمه

بل يحكم بالمهاياة ولو لم يطلبها المدعى فللمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٣ تشرين الثاني ٣١١ مؤداه اذا طلب المدعي قسمة عقار مشترك وتبين اثناء المحاكمة ان هذا العقار غير قابل للقسمة فللمحكمة ان تحكم بوجوب المهاياة وان تجزئها بالقرعة الشرعية ولا يرد على ذلك ان المدعي طلب القسمة ولم يطلب المهاياة (ج ٢٠٠٠ عد ٨٨٤)

وما يجب الانتباه اليه هو انه اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة فلا يجوز ان تكتفي المحكمة باعطاء الحكم بوجود القسمة بل يلزم ان تجري القسمة فعلاً وان تحكم بتفريق الحصص واعطاء كل شريك حصته وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٦ نيسان ٣١٠ (ج.م.٠ عد ٧٧١)

المادة ١١٣١ * قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم

بحيث لا تفوت بالقسمة المنفعة المقصودة منه

والمنفعة المقصودة هي ما كانت قبل القسمة وهي المنفعة المقصودة من المين فالمنفعة المقصودة من الحمام مثلاً الاستحمام ، والمنفعة المقصودة من البيت الصغير السكنى فاذا قسم الحمام والبيت الصغير فانت المنفعة المقصودة منهما لانهما بعد القسمة لا يصلحان لما كان يقصد منهما اذ لا يصلح الحمام بعد ذلك للاستحمام ولا البيت الصغير للسكنى ولا يقال ان الاول يصلح للسكنى والثاني لربط الدواب فالمنفعة باقية لان هذه المنفعة ليست هي المقصودة من الحمام والبيت وليست هي المنفعة المعهودة التي كانت قبل القسمة وبناء على ذلك اذا طلب احد الشركاء قسمة الخزن المشترك فيجب على المحكمة ان تقصص عما اذا كان الخزن المذكور بعد قسمته لا تفوت المنفعة المقصودة منه بنوع ان يتمكن الشركاء من الانتفاع بمقتضىهم ننس الانتفاع المقصود من الخزن وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١١ تموز ٣١٣ (ج.م.٠ عد ٩٦٣)

الفصل الثالث

في قسمة الجمع

المادة ١١٣٢ * تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة المتحددة

الجنس . يعني ان الحاكم يقسمها حكماً بطلب احد الشركاء سواء كانت من المثليات او القيميات

لان القسمة تميز الحقوق وذلك ممكن في الصنف الواحد كالابل او البقر او الغنم او اليباب او الدواب او الخنطة او الشعير يقسم كل جنس من ذلك على حدة ولو كان

فيها ذكور واناث بل ولو خرج الذكر بنصيب هذا والانثى في نصيب ذلك لان الذكر والانثى من الحيوان جنس واحد (رد مختار عن الجوهرية)

المادة ١١٣٣ * لما كان لافرق ولا تفاوت بين افراد المثليات

المتحدة الجنس كانت قسمتها غير مضرّة باحد الشركاء ، وفضلاً عن ذلك يكون كل واحد منهم قد استوفى حقه وحصل على تمام ملكه بها . فلو قسمت خنطة مشتركة بين اثنين على حسب الحصص صار كل منهما مستوفياً حقه ومالكاً بالاستقلال ما اصاب حصته من الخنطة . ومن هذا القبيل سبيكة ذهب وزنها كذا درهماً ، او سبيكة فضة وزنها كذا اوقية ، او قطعة نحاس او حديد وزنها كذا وكذا ، او عدة من اثواب جوخ او بز متحدة الجنس ، او عدد كذا من البيض

والمراد ان المثليات المتحدة الجنس يمكن للقاضي ان يقسمها جبراً بطلب احد الشركاء لعدم التفاوت ولوجود المعادلة بالمالية والمنفعة فكانت قسمته على هذا الوجه تمييزاً للحقوق وولاية الاجبار للقاضي ثبت بمعنى التمييز ، كذا يفهم من تعليل الدرر وجمع الانهر

المادة ١١٣٤ * القيميات المتحدة الجنس وان وجد فرق وتفاوت

بين افرادها لكنه لما كان جزئياً صار كأنه لم يكن وعدت قابلة القسمة ايضاً على ما مر . فان خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكان كل واحد منهما اخذ عين حقه . ومن هذا القبيل ايضاً مائة جل ومائة بقرة

المادة ١١٣٥ * لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة . يعني

في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات او من

القيمت. يعني لا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب احد الشركاء بان يعطي احدهم مثلاً مقدار كذا حنطة ويعطي الآخر في مقابل مقدار كذا شعيراً او يعطي احدهم غنماً ويعطي الآخر في مقابله كذا ابلاً او بقرراً ، او يعطي الواحد سيفاً والآخر سرجاً ، او احدهما داراً والآخر دكاناً او ضيعة ، فذلك لا يجوز بطريق قسمة القضاء

اذ لا اختلاط بين الجندين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضي ثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة (درر)

اما اذا تراضوا على ذلك فيجوز ان تقسم بينهم على الوجه المشروح قسمة رضى

المادة ١١٣٦ * الاواني المختلفة باختلاف الصنعة تعد مختلفة الجنس ولو كانت مصنوعة من جنس او معدن واحد

فلو كان لها قيمتان من فضة بوزن واحد ولكن الصنعة فيهما مختلفة فلا يقسمها القاضي جبراً . والظاهر انه لو اتحدت الصنعة فيها فيجوز قسمتها جبراً لعدم التفاوت في القيمة قياساً على المادة ١١٣٤ . ولم ار من نبه على ذلك

المادة ١١٣٧ * الحلى وكبار اللؤلؤ والجواهر هي ايضا من الاعيان المختلفة الجنس

لفحش التفاوت بين افرادها فلا تقسم جبراً لان الجنس لا يختلف لم يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة (درر)

اما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الماس الصغيرة فانها تعد متحدة الجنس

فيجوز من ثم قسمة اثني عشرة لؤلؤة صغيرة بين اربعة ، ولكنه لا يجوز في حال من الاحوال ان يعطى احدهما باقوتاً والآخر لؤلؤاً لاختلاف الجنس حتى في الصغير منهما

المادة ١١٣٨ * المتعدد من الدور والدكاكين او الضياع يعد ايضا مختلف الجنس ، فلا يقسم قسمة جمع

سواء كانت متفرقة او متلازمة في محلة او محلاتين او مصر او مصرين (در مختار) وذلك لان المقصود من الدور مختلف باختلاف الجيران والمحال والقرب الى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة (طحاوي)

فلا يجوز قسمة القضاء بان يعطى احد الشركاء داراً من الدور المتعددة ويعطى الآخر داراً اخرى بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على الوجه الاتي

ومثل الدور ، الاراضي فتقسم كل دار وكل ارض على حدة ، ولا يجمع نصيب احدهم في دار واحدة ولا ارض واحدة ، سواء كانتا في مصرين او مصر واحدة (خانية) اما البيوت اي الحجر فتقسم قسماً قسمة جمع سواء كانت في محلة او اكثر لان التفاوت بينها يسير (درر وجمع الانهر)

الفصل الرابع

في قسمة التفريق

المادة ١١٣٩ * ان العين المشتركة اذا لم يكن تفريقها وتبعيضها مضراً باحد الشركاء فهي قابلة للقسمة . فلو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار كانت المنفعة المقصودة من العرصة باقية . ومثلها دار فيها منزلان واحد للرجال وآخر للعزم في تفريقها وتقسيمها الى منزلين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من الدار وكل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً ولذلك تجري قسمة

القضاء في العرصه والمنزل ، بمعنى انه لو طلب احد الشركاء القسمة وامتنع الآخر فالحاكم يقسمها جبراً

بمعنى اذا انتفع كل من الشركاء بصيبه فالحاكم يقسم جبراً لان في القسمة تكيل المنفعة وكانت حتماً لازماً فيما يحتملها اذا طلب احدهم (درر)

المادة ١١٤٠ * اذا كان تبعض العين المشتركة وتفريقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالآخر ، بمعنى انه تفوت عليه المنفعة المقصودة ، ينظر ، فاذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالحاكم يقسمها حكماً

مفهومه ان طلب القسمة ذو القليل الذي لا ينتفع واني ذو الكثير فلا تقسم . وقد صرح بذلك في الملتقى والدرر وغيرها ، ووجهه ان الاول منتفع فاعتبر طلبه ، والآخر امتنع في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا ينفعه فلم يعتبر طلبه (مجمع الانهر)

مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد القسمة بالسكنى فيها وصاحب الحصه الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاء

غير انه يستثنى من ذلك الطريق والمسيل على ما يأتي في المادتين ١١٤٣ و ١١٤٤ . والارض الاميرية اذا لا تقسم اذا فانت المنفعة على احد الشركاء ومثلها ارض الوقف المتصرف بها بالاجارين . قال حيدر افندي انه يشترط لقسمتها ثلاثة شروط . الاول ان يتمكن كل شريك بعد القسمة من الانتفاع بحصته الثاني ان تكون القسمة انفع للوقف ، فلو قسمت الى قطعات صغيرة ونقصت بذلك غلتها ، او تدنت قيمتها فلا تصح القسمة . الثالث رضا المتولي فان وجدت هذه الشروط صحه القسمة سواء كانت بالرضاء او القضاء

المادة ١١٤١ * لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة اذا كان تبعضها وقسمتها يضر بكل واحد من الشركاء

لان الجبر على القسمة لتكامل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض (درر)

فان الطاحونة مثلاً اذا قسمت لا يبقى في الامكان ان تستعمل كطاحونة وبذلك تفوت المنفعة المتقودة منها فلا يسوغ للحاكم ان يقسمها بطلب احد الشركاء وحده

وكذا لو طلب الشركاء كلهم . قال في رد المحتار عن الزيلعي لكن القاضي لا مباشر القسمة اذا تضرر الكل وان طلبوا منه لانه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ، ولا يمنعهم منه لان القاضي لا يمنع من اقدم على ائلاف ملكه في الحكم اه

اما بالتراضي فتقسم وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير ينبغي تقييد ذلك كله بما اذا كان صغيراً لا يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان ، فلو كبيراً بان كان الحمام ذا خزانين والرحى ذات حجرين يقسم . وقد افنى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنتين مناصفة وهي مشتملة على هودين ومطحنين وبدرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر مستدلاً بما في خزانه الفتاوى والخلاصة والبرازية لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير اذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل موضع ليعمل فيه وان كان فيقسم اه

والحائط بين الدارين ايضاً . وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرجه والعجلة والجبّة وحجر الخاتم فلا تجري قسمة القضاء في واحد منها

بل ان القاضي حينئذ يأمر الشركاء بوجه من اثنين ، اما ان يستأجر احدهم حصه البقية ، واما ان يتهابثوا (حامدية)

المادة ١١٤٢ * كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك لا يجوز ايضاً تقسيم الكتاب المتعدد الاجزاء او الجلود جلدًا جلدًا

ولكن ينتفع كل بالمهاية . ولو تراضيا ان ياخذ كل بعضها بالقيمة ، لو كانت بالتراضي جاز والا لا ، ولا تقسم بالاوراق ولو بروضام (در مختار)

المادة ١١٤٣ * اذا كان الطريق مشتركاً بين اثنين فاكثر وليس

لغيرهم فيه حق أصلاً فطلب أحدهم قسمته وامتنع الآخر ينظر فإن كان بعد القسمة بقي لكل ، واحد طريق يقسم والا فلا يقسم جبراً
سواء كان الطريق بين الشراكا على السواء أو على التفاضل . وقال بعضهم ان هذا محمول على ما اذا كان الطريق بينهم على السواء ، اما لو كان على التفاضل بحيث لو قسم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منف . ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ فالقاضي يقسم بينهم اذا طلب صاحب الكثير القسمة كما في مسألة البيت ، ومنهم من قال الطريق لا يقسم في الحالين (هندية) والظاهر ان هذا المقصود من اطلاق المادة . ثم ان المراد بالطريق هنا غير الطريق الخاص الآتي الكلام عليه في المادة ١٢٢٣ لان ذلك الطريق لا يباع ولا يقسم أصلاً ولهذا احرز عنه في المتن بقوله « وليس يغيرهم فيه حق أصلاً »

الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال يقسم
* المادة ١١٤٤ * المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك اي
اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر ينظر فإن كان بعد القسمة بقي لكل واحد مجرى للماء او كان لكل ان يتخذ مسيلاً في محل آخر فيقسم والا فلا

ومثل المثليل ساحة الدار فانها ان كانت قابلة القسمة قسمت والا لا (حامدية)
وذويت من الدار كذي بيوت منها في حق ساحتها (تنوير) فلو كانت الدار مشتملة على ساحة وثلاثة بيوت منها بيت لزيد وبيتان لبكر فان الساحة تقسم بينهما نصفين لاستوائهما في استئصالها وهو المرور فيها وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك (حامدية)

* المادة ١١٤٥ * كما انه يجوز ان يبيع الانسان طريقاً يملكه على ان يبقى له حق المرور ، يجوز ايضاً ان يقسم اثنان عقارهما المشترك على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لاحدهما ، والثاني حق المرور فيه فقط

ولو شرطوا ان يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت جاز ، وان كان مهامهم في الدار متساوية ، لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة (تنوير)

* المادة ١١٤٦ * كما يجوز في قسمة الدار ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركاً بين الشريكين تجوز ايضاً القسمة على ان يجعل ملكاً لاحدهما خاصة

الفصل الخامس

في كيفية القسمة

* المادة ١١٤٧ * المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل يقسم ، او من الموزونات فبالوزن ، او من العدديات فبالعدد ، او من الذرعات فبالذراع

* المادة ١١٤٨ * حيث كانت العرصه والاراضي من الذرعات فتقسم بالذراع

وان كانت جوانبها متفاوتة في الجودة والرداءة وقيمة عشرة اذرع مثلاً من جانب تساوي قيمة عشرين ذراعاً من الجانب الآخر ، واجرة الرديئة تعادل نصف اجرة الجيدة ، فاقسمها على ان يكون لاحدهما هذه العشرة وللآخر عشرون فهذه القسمة جائزة ، ويكتفي فيها بالمعادلة من حيث المعنى وهو المالية عند تعذر المعادلة من حيث الصورة بالذرعان (حامدية عن الذخيرة)

واما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة
* المادة ١١٤٩ * في تقسيم الدار اذا كانت ابنة احدى الحصتين

اغلى ثمناً من الحصة الاخرى وامكن تعديلها باعطاء مقدار من العرصة فيها ،
والا فتعدل بالنقود

الا انه اذا كان بعض الدار وقفاً وبعضها ملكاً فان كانت الدرام من الواقف
جاز وحصة الوقف تبقى وقفاً وما قابل الدرام يبقى ملكاً له كأنه اشتراه من شريكه
بدرام لان الوقف شروطاً لم يوجد شيء منها في ذلك فلا يصير وقفاً بمجرد ذلك كما
قالوا لو اشترى مستغلاً للوقف من مال الوقف لا يصير وقفاً وان كانت الدرام من
المالك لا يجوز لانه يلزم منه نقض الوقف (حامدية عن الاسعاف)

المادة ١١٥٠ * اذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على ان يكون
علوها واحد وسفلها لآخر ، فيقوم العلو والسفل وتقسم باعتبار القيمة
اي يقسم البناء والساحة والقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر
الماء او سرداباً او اصطبلًا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة (رد مختار)

المادة ١١٥١ * ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على
قرطاس ويمسح بالذراع عرصتها ويقوم ابنتها ويعادل بين الحصص
بحسب انصباء اصحابها ويفرز حق الشرب والمسيل والطريق بحيث
لا يبقى لكل حصة تعلق بالاخرى اذا امكن

هذا بيان للافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز (عداية) انظر مادة ١١٦٦

ويلقب السهام بالاول والثاني والثالث ثم يقرع

اي القسام . اما القاضي فيقرع ايضاً تطيباً للقلوب (در مختار) قال في الجوهره
والقرعة ليست بواجبة وانما هي لتطيب الانفس وسكون القلب ولتفي نعمة الميل حتى
ان القاضي لو عين لكل واحد نصيباً من غير اقرار جاز لانه في معنى القضا فيملك
الالزام (طحاوي) قلت وليس في المادة ما يخالفه اذ ليس فيها ما يستفاد منه ان القرعة
واجبة على القاضي لاسيما وان الكلام فيها على القسام لا على القاضي

فيكون السهم الاول لمن خرج اسمه اولاً والثاني لمن خرج اسمه

ثانياً والثالث لمن خرج اسمه ثالثاً ويسير على هذا الترتيب اذا وجد زيادة
خصص

بيان ذلك ارض بين جماعة لاحدم سدمها ، ولاخر نصفها ، ولاخر ثلثها يجعلها
اسداساً اعتباراً بالاقبل ثم يلقب السهام بالاول والثاني الى السادس ويكتب اسمي
الشركا ويضعها في كفه فنخرج اسمه اولاً اعطي السهم الاول ، فان كان صاحب
السدس فله الاول وان كان صاحب الثلث فله الاول والذي يليه ، وان كان صاحب
النصف فله الاول والليذان يليانه (رد مختار عن العناية) ومثله في الخانية حيث قال
ارض بين ثلاثة واحد عشرة امهم ، ولثاني خمسة ، وللآخر مهم واحد ، فطلبوا قسمتها
واراد صاحب العشرة ان تقع سهامه متصلة في موضع واحد ولا يرضى بذلك الذي
له سهم واحد قسمت الاراضي على قدر سهامهم ثم يقرع فنخرج اسمه اولاً اعطي
السهم الاول ، فان كان صاحب العشرة فله الاول والتسعة التي تليه ، وان خرج بعد
ذلك اسم صاحب الخمسة فله السهم الذي بعد العشرة والاربعة التي تليه ، والسهم
الاخير لصاحب السهم الواحد اه ملخصاً

واذا كان الشركا اكثر من اثنين بان كانوا اربعة مثلاً فينبغي للحاكم ان يقسم
الارض الى اربع حصص وليس له ان يضم نصيب بعض الشركا الى بعض الا اذا
رضوا (حيدر افندي عن البدائع)

المادة ١١٥٢ * التكاليف الاميرية ان كانت لاجل حفظ

النفوس فتقسم على عدد الرؤوس

ومن لم يكن ساكناً في القرية لا يلزمه من هذه التكاليف اي الغرامات المتعلقة
بتحصين الابدان شيء لان بدنه ليس في القرية (حامدية) وفيها ليس لاهل القرية
ادخال المزرعة الخارجة عن قريتهم في غرامات قريتهم اه

ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان

لان الغرامات اذا كانت لتحصين الابدان تقسم على عدد الرؤوس الذين يتعرض
لهم لانها مؤنة الراس ولا شيء من ذلك على النساء والصبيان لانه لا يتعرض
لهم (خانية)

وان كانت لمحافظة الاملاك فتقسم على مقدار الاملاك لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧

وحينئذ يدخل الصبيان والنساء كما يرشد اليه تعليل الخانية وغيرها. وفي الحامدية وما يؤخذ من جريمة القتل والمنازعات انما هو لحفظ الابدان لتركهم النصره وقطع النزاع كما تؤخذ الدية من عاقلة القاتل اهـ. وبما يفرع على هذه المادة انه لو خاف المذنبون الفرار فاتفقوا على القاء امتعة ليخف حمل السفينة، فان قصدوا بذلك حفظ الانفس خاصة فالغرم بعدد الرؤوس لانها لحفظ الانفس، وان قصدوا حفظ الامتعة فقط كما اذا لم يخش على الانفس وخشي على الامتعة بان كان الموضع لا تفرق فيه الانفس وتختلف فيه الامتعة فهي على قدر الاموال، واذا خشي على الانفس والاموال معاً فالفوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما فمن كان غائباً واذن بالالقاء اذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه ومن كان حاضراً بما له ماله ونفسه ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط (رمي على الاشياء) واقره الحموي وغيره. وفي رد المحتار: ويفهم منه انهم اذا لم يتفقوا على الالقاء لا يكون كذلك بل على الملقى وحده. وبه صرح الزاهد في حوايه حيث قال اشرفت السفينة على الفرق فالتقى بعضهم حنطة غيره في البحر حتى خفت بضمن قيمتها في تلك الحال اهـ. وقوله في تلك الحال متعلق بقيمتها اي بضمن قيمتها مشرفة على الفرق. ثم قال الرمي ويفهم منه انه لا شيء على الغائب الذي له مال فيها ولم يأذن بالالقاء فلو اذن بان قال اذا تحققت هذه الحالة فالفوا اعتبر اذنه اهـ

الفصل السادس

في الخيارات

المادة ١١٥٣ * كما ثبتت خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في البيع ثبت ايضاً في تقسيم الاجناس المختلفة الجنس. مثلاً اذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على ان يكون لواحد كذا كيلة من الحنطة ولا آخر كذا كيلة من شعير او لواحد كذا شاة ولا آخر في

مقابله كذا بقرة وشرط الخيار لاحد من ايام معلومة كان له في هذه المدة اما ان يقبل القسمة واما ان يفسخها. وان كان احدهم لم ير المال المقسوم فهو بالخيار اذا رآه وان ظهرت حصه بعضهم معيبة قبلها اذا شاء والا ردّها * المادة ١١٥٤ * خيار الشرط والرؤية والعيب ثبت ايضاً في قسمة القيمات المتحدة الجنس. فلو ان مائة شاة مشتركة قسمت بين اصحابها على قدر حصصهم وكان احدهم قد شرط الخيار لنفسه الى كذا يوماً كان في هذه المدة مخيراً بين القبول وعدمه. وان كان لم ير الغنم فهو بالخيار حين يراها. وان ظهر عيب قديم في الغنم التي خرجت بنصيبه كان ايضاً مخيراً فان شاء قبلها وان شاء ردّها

المادة ١١٥٥ * خيار الشرط والرؤية لا تثبت في قسمة المثليات المتحدة الجنس وانما تثبت فيها خيار العيب. فاذا قسمت صبرة حنطة مشتركة بين اثنين على ان احدهما بالخيار كذا يوماً لا يصح الشرط. واذا كان احد الشريكين لم ير الحنطة فلا خيار له متى رآها. اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والاخر من اسفلها فظهر اسفلها معيباً فصاحبه بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد

والحاصل ان الخيارات ثلاثة: شرط ورؤية وعيب. ففي قسمة الاجناس المختلفة سواء كانت من القيمات او المثليات وفي قسمة القيمات المتحدة الجنس تثبت الثلاثة وفي قسمة المثليات المتحدة الجنس ثبت خيار العيب فقط

ومن وجد من الشر كاعيباً في شيء من قسمه فان كان قبل القبض رد جميع نصيبه سواء كان المقسوم شيئاً واحداً او اشياء مختلفة كما في البيع، وان كان بعد القبض فان كان المقسوم شيئاً واحداً حقيقة او حكماً كالدار الواحدة او حكماً لا حقيقة كالكميل والموزون يرد جميع نصيبه وليس له ان يرد البعض دون البعض كما في

البيع وان كان المقسوم اشياء مختلفة كالغنم يرد الميب خاصة كما في البيع وما يبطل به خيار العيب في البيع يبطل به في القسمة واذا داوم على سكنى الدار بعد ما علم بالعيب بالدار ردها بالعيب استحساناً واذا داوم على ركوب الدابة لا يردها بالعيب صاكياً واستحساناً. واذا باع ما اصابه بالقسمة من الدار ولم يعلم بالعيب فرده المشتري عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء قاض فليس له ان ينقض القسمة وان قبله بقضاء قاض فله ان ينقض القسمة وان هدم الشريك شيئاً من الدار ثم وجد به عيباً رجع بنقصان العيب في انصاء شركائه الا ان يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوماً (هندية ملخصاً)

الفصل السابع

في فسخ القسمة واقلاتها

المادة ١١٥٦ * متى سحبت القرعة تماماً تمت القسمة

المادة ١١٥٧ * بعد تمام القسمة لا يسوغ الرجوع عنها

ولكن لو اقتسم الموقوف عليهم الارض الموقوفة بتراضيمهم ثم اراد احدهم بعد سنين ابطال القسمة له ذلك لان قسمتها بين الموقوف عليهم لا تصح عند الجميع (رد مختار)

المادة ١١٥٨ * في اثناء القسمة اذا خرج اكثر السهام مثلاً

وبقي سهم واحد فاراد احد الشركاء الرجوع ينظر ان كانت قسمة رضى

له الرجوع وان كانت قسمة قضا فلا يرجع

ولكن نقل في رد المختار عن النهاية ما يخالفه حيث قال ولو كانت القسمة بالتراضي

له الرجوع الا اذا خرج جميع السهام الا واحد لتعين نصيب ذلك الواحد وان لم

يخرج اهـ ثم رأيت في هامش مرآة المحلة ما يؤيده حيث قال صاحبها ما خلاصته

والصحيح انه اذا خرجت سهام البعض وبقي اكثر من واحد وطلب احدهم الرجوع

فان كانت قسمة رضا له ذلك وان كانت قسمة قضا لا اما لو خرج سهام الاكثر ولم

يبقى سوى سهام واحد فلا رجوع سواء كانت قسمة قضا او رضا وقد عرضت هذه

المسألة على جمعية المحلة فاستصوبت كلها ما قلته وقالت لي ان هذا هو مرادنا الا انه وضعت لفظة واحد عوض لفظة البعض مبهماً فنبهت انك على ذلك في هامش الكتاب ليعلم ان هذا هو المراد اهـ

المادة ١١٥٩ * لجميع اصحاب الحصص ان يقللوا القسمة ويقسموها

برضاهم بعد تمامها وان يعيدوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق

الظاهر ان هذا في قسمة القيمات والمثلثات المختلفة الجنس فقط . وقد نبه على

ذلك في رد المختار حيث قال وعلى في الذخيرة بان القسمة في غير المكمل والموزون

في معنى المبادلة فكان نقضها بمنزلة الاقالة . اقول والظاهر منه ان القسمة في المثلي لا

تنتقض بمجرد التراضي لانها ليست بعقد مبادلة لان الراجح فيها جانب الافراز كما مر .

نم اذا خلطوا ما قسموه من المثلي برضاهم تجددت شركة اخرى اهـ

المادة ١١٦٠ * اذا ظهر الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم

ثانية قسمة عادلة

المادة ١١٦١ * اذا ظهر دين على الميت بعد قسمة التركة

تفسخ القسمة .

سواء كان الدين محيطاً بالتركة او لا . اما الاول فظاهر لانه يمنع الملك فيمنع

التصرف ، واما الثاني فلتعلق حق الفرما بالتركة شائعاً ولان القسمة مؤخره عن قضا

الدين لحق الميت (حامدية) ومثله اذا ظهر موصى له بالف مرسله تفسخ الا اذا

قضاها الورثة لتعلق حق الموصى له مرسله بمالية التركة بخلاف ما اذا ظهر وارث اخر

او موصى له بالثلث او الربع فقال الورثة تقضي حقه ولا تفسخ القسمة فليس لم ذلك

بل تفسخ القسمة لتعلق حق الوارث والموصى له بعين التركة فلا ينتقل الى مال

آخر الا برضاها لكن هذا اذا كانت القسمة بغير قاض فلو به فظهر وارث وقد عزل

القاضي نصيبه لا تنقض وكذا لو ظهر موصى له في الاصم (ناتر خانية)

الا اذا ادعى الورثة الدين او ابرأهم الدائنون منه او ترك الميت مالا

سوى المقسوم يفي بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة

لزوال المانع (در مختار) ولو اقتسم الورثة التركة وضمنوا الدين للدائن كلهم او بعضهم ان كان الضمان مشروطاً في القسمة فسدت والا فان ضمن اقدم بشرط الرجوع في التركة او سكت ولم يقل على ان لا يرجع فسدت ايضاً وان ضمن على ان لا يرجع في التركة صححت القسمة اذا ادى (حامدية) لان التركة في هذه الصورة تكون قد خلت من الدين بخلاف ما لو بقي للوارث الضامن حتى الرجوع فيها. وفي رد المختار اجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين له نقضها وكذا اذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم فللغريم نقضها ايضاً الا اذا ضمن الدين احد الورثة بشرط برآة الميت لانها نصير حوالة فينتقل الدين على الوارث وتحل التركة عنه وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين كما بسطه في البرازية وغيرها. وفي الخانية لو طلب الورثة من القاضي قسمة التركة واقاموا البينة على موت مورثهم والميراث وعلى الميت دين لدائب فان القاضي لا يقسم فان كان الدين اقل من التركة وسألوا القاضي ان يعزل شيئاً لاجل الدين ويقسم الباقي فالقاضي يفعل ذلك استحياساً الا انه اذا فعل ثم هلك ما عزل لاجل الدين ردت القسمة الا ان يقضي الورثة الدين من حصصهم. وفيها ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات احد الورثة وعلى الميت الثاني دين او وصى بوصية او كان له وارث غائب او صغير فاقسم الورثة ميراث الميت الاول بغير قضاء كان لغرما الميت الثاني ان يطلبوا القسمة وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير لان ورثة الميت الثاني قاموا مقامه ولو كان هو حياً غائباً لم تنفذ قسمتهم عليه فكذا اذا كان ميتاً. وفيها اقتسم الورثة التركة ثم باع اقدم نصيبه من الاخر او من اجنبي ثم ظهر دين على الميت بطلت القسمة والشرا لانه تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين على الموروث اهـ

ولو ظهر الدائن بعد القسمة بكل الورثة امام الحاكم اخذ دينه من الجميع وان لم يظهر الا باحدهم اخذ مما في يده ما بقي بدينه (انقروي) اي ويرجع هذا الوارث على باقي الورثة بمثل ما يصيبهم من الدين

الفصل الثامن

في احكام القسمة

المادة ١١٦٢ * كل واحد من الشركاء يصبح بعد القسمة مالكا لحصته بالاستقلال ولا يبقى لاحد منهم علاقة في حصة الآخر هذا لو كانت القسمة صحيحة. اما الفاسدة فلا تفيد الملك الا بالقبض والمقبوض فيها مضمون بالقيمة كالمقبوض بالشرأ الفاسد (تنوير)

ولكل واحد منهم ان يتصرف في حصته كيفما شاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث. فلو قسمت دار بين اثنين فاصاب حصة اقدم البناء وحصة آخر العرصه الخالية، فصاحبها يفعل بعرضته ما يشاء من حفر البئر والسياق وانشاء الابنية وتعليقها الى حيث شاء ولا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سد عليه الهواء او الشمس

لان سد الهواء والشمس لا بعد ضرراً فاحشاً لانهما ليسا من الحوائج الاصلية انظر المادتين ١١٩٤ و ١٢٠١. اما لو كان الضرر فاحشاً كسد الضوء بالكلية فانه يمنع انظر المادتين ١٢٠٠ و ١٢٠١

المادة ١١٦٣ * تدخل الاشجار في قسمة الارض من غير ذكر وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الضيعة. يعني في اية حصة وجدت الاشجار والابنية فهي لصاحب تلك الحصة ولا حاجة الى ادخالها بالذكر الصريح حين القسمة او بالتعبير العام كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها.

ولهذا لو اقتسموا داراً او ارضاً، ثم ادعى اقدم في قسم الاخر بناء او نخلاً زعم انه بناء او غرسه لا تسمع دعواه كما في الخانية لدخول البناء والنخل تبعاً. اما لو اقتسموا

شجراً وبنياً فادعى احدهم الارض كلها او بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركاً دون الارض . ففي الخلاصة وغيرها او ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره او اشترى مني لا يكون دفناً لجواز كون الشجر له والثمر لغيره وهي واقعة الفتوى (رد مختار عن الرمي)

المادة ١١٦٤ * الزرع والفاكهة لا يدخلان في قسمة الارض والضيعة الا بصريح الذكر بل ببيان مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر

لان الثمر والزرع ليسا من الحقوق . وهل المقصود بالتعبير العام جميع حقوقها فقط او غيره ايضا الظاهر الاول لما قدمناه في شرح المادة ٢٣٥ من انه لو قال بكل قليل او كثير هو فيها او منها دخل الزرع والثمر . وبوأيده ما في الهندية والخاصية ونحوه : ولو ذكروا في القسمة بكل قليل او كثير هو فيها او منها ان قال بعد ذلك من حقوقها لا يدخل الثمر والزرع ، وان لم يقل من حقوقها تدخل اه . اذ يفهم حينئذ ان القليل والكثير مما سوى الحقوق فيتناول حينئذ الثمر والزرع بخلاف ما لو قال من حقوقها اذ المراد حينئذ القليل والكثير من الحقوق وهي لا تتناول الثمر والزرع

المادة ١١٦٥ * حق الطريق والمسيل في الارض المجاورة للمقسوم داخل في القسمة على كل حال . يعني في اية حصّة وقع فهو من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة او لم يقل

المادة ١١٦٦ * اذا شرط حين القسمة ان تكون طريق حصته او مسيلها في الحصّة الاخرى فالشرط معتبر

وكذا اذا شرط ايضا ان يبقى الطريق مشتركاً بينهما جاز . واذا اقسما الدار وابقيا الطريق مشتركاً بينهما فينبغي ان يترك قدر علو الباب من الهواء مشتركاً ويقسم ما فوق علو الباب حتى لو خرج في نصيب احدهما البناء الذي فوق الباب فاخرج فيه جناحاً جاز له ذلك لانه مقسوم بينهم فصار بائناً في خالص حقه . بخلاف ما لو بني فيما دون علو الباب اذ لا يجوز لان قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء

المشترك لا يجوز الا برضا الشركاء . ثم انه اذا اختلفا في مقدار عرض الطريق المشترك ففي الارض بقدر بقدر عمر الثور ، وفي الدار بقدر عرض باب الدار الاعظم بارتفاعه اي يترك للطريق من الهواء بقدر ارتفاع الباب فيبني فيما فوقه لا فيما دونه كما تقدم (تنوير ورد المختار)

المادة ١١٦٧ * اذا كان طريق حصّة في حصّة اخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة ، فان امكن صرفه وتحويله الى جانب آخر صرف وحول اليه سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها او لم يقل . اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى جانب آخر فينظر ان قيل حين القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبقى على حاله ، وان لم يذكر التعبير العام كقولهم بجميع حقوقها تنفسخ القسمة . والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه انما تنفسخ القسمة لان الحصّة بقيت بدون طريق لعدم ادخاله بالنص او بذكر الحقوق وهذا اذا لم يكن صاحب الحصّة عالماً به وقت القسمة . اما لو كان عالماً ان حصته لا طريق لها فلا تنفسخ القسمة لانه علم باليب ورضي به (هندية) ثم اذا فسخت القسمة تستأنف على وجه يتمكن كل منهما من ان يجعل لنفسه طريقاً ومسلاً لقطع الشركة . بقي ما اذا لم يمكن ذاك اصلاً وان استؤثقت فكيف يفعل الحاكم الظاهر انها تستأنف ايضا لشرط فيها (رد مختار)

المادة ١١٦٨ * دار مشتركة بين اثنين وفيها طريق لصاحب دار اخرى فاراد قسمتها ليس لصاحب الطريق منعها لكنهما يتركان طريقه حين القسمة على حاله . واذا بيعت هذه الدار المشتركة مع طريقها ايضا باتفاق الثلاثة وكان هذا الطريق مشتركاً بينهم فثمّة ايضا يقسم اثلاثاً بينهم . وان كانت رقة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حقه هكذا : تقوم العرصّة مع حق المرور

وخالية عنه فالفضل بين الوجهين لصاحب حق المرور والباقي لصاحبي الدار . والمسيل ايضاً كالطريق : يعني اذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة فعند قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله

واذا أسقط صاحب المسيل او صاحب الطريق حقه بنظر فان كان له حق التسييل وحق المرور فقط سقط حقه . اما اذا كان له رقة المسيل او رقة الطريق فلا يسقط لان ملك العين لا يبطل بالابطال (خانية)

المادة ١١٦٩ * اذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر فيها فاراد اصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم منها ولكنهم يتركون له حين القسمة طريقاً يقدر عرضه بقدر عرض باب المنزل

هذا اذا لم يكن له طريق معلوم في مكان معين اذ يلزمهم حينئذ ترك هذا الطريق على حاله ضاق او اتسع (خانية)

المادة ١١٧٠ * دار قسمت بين اثنين وبين الحصتين حائط مشترك عليه رؤوس جذوع لاحدهما ورؤوسها الاخرى على حائط اخر فان شرط حين القسمة رفعها عن الحائط المشترك ترفع والا فلا . وكذا الحكم في حائط بين قسمين وعليه رؤوس جذوع فاقسماه على ان يكون لاحدهما وللآخر الجذوع ، اي ان شرطاً رفع الرؤوس حيناً تقاسما ترفع والا تبقى على الحائط الذي خرج بنصيب الاخر

لان الذي خرجت الجذوع في حصته استحقها بالقسمة على هذا الوجه اي ورؤوسها على الحائط حتى لو حرق او تلفت كان لصاحبها ان يضع غيرها

المادة ١١٧١ * اغصان الاشجار الواقعة في حصته اذا كانت مدلاة على الحصة الاخرى فان لم يكن قد شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع .

جبراً على صاحبها لانه استحق الشجرة باغصانها على هذه الحالة (مخطاوي)
* المادة ١١٧٢ * قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من اصحاب ا- صص ان يفتح شباكاً وباباً الى ذلك الطريق وليس لسائر اصحاب الطريق منعه

نقل هذه المسألة في رد المحتار عن منية المفتي ثم قال ينبغي تقييده فيما اذا اراد الشر كافتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفاً عن الخيرية من التعويل على ما في المتون نعم على القول الثاني المصحح ايضاً لا تفصيل اهـ . وما قدمه عن الخيرية سند كره في شرح المادة ١٢١٩ . قلت ومبنى الخلاف ان الذي له حق المرور في الطريق الخاص انما يملك المرور من اول الطريق حتى باب داره وليس له ان يتجاوز الى اسفل من ذلك لجهة منتهى الطريق ولهذا لو اراد ان يفتح لداره باباً آخر اسفل من بابها الاول ليس له ذلك . وعلى هذا مشى اصحاب المتون واعتمده بعض المحققين كقاضينان والخير الرمي وقال انه ظاهر الرواية ، وقال غيرهم بل له ذلك وصحح . وانما المعتمد القول الاول كما ستري في شرح المادة ١٢١٩ غير انه يمكن ان يقال ان اطلاق المادة بقولها « ان يفتح شباكاً وباباً الى ذلك الطريق » يشعر باختيار القول الثاني والله تعالى اعلم

(المادة ١١٧٣) اذا بنى احد الشركاء لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الاخرين ثم طلب الاخرون القسمة تقسم ، فان خرج ذلك البناء في نصيب بانيه فيها ، وان خرج في نصيب الاخر فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعها والفرس مثل البناء (رد مختار) . وكذا الحكم لو بنى باذن شركائه لنفسه لانه مستعير لخصتهم وللمعير الرجوع متى شاء . اما لو بنى باذنه للشركة فانه يرجع بحصته عليهم بلا شبهة (رمي) راجع المادة ٨٣١ ثم انه اذا تقصت الارض بالقلع هل يضمن الباني او الفارس نقصان الارض ؟ في فتاوى قارىء الهداية نعم . ولكن نقدهم في كتاب الغصب متناً ان من بنى او غرس في ارض غيره امر بالقلع والمالك ان يضمن له قيمة بنا او غرس امر بقلعه ان تقصت الارض به . والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك (رد مختار)
راجع المادة ٩٠٦ وشرحها

الفصل التاسع

في المهايأة

المادة ١١٧٤ * المهايأة هي قسمة المنافع

والقياس انها لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها، لكن جازت استحساناً بالاجماع والفرق بينها وبين القسمة ان في القسمة تجمع المنافع في زمان واحد، وفي المهايأة تجمع على التعاقب (جمع الانهر) وفي رد المختار افاد في التاترخانية ان تهايو المستاجرين صحيح غير لازم اهـ. ومثله في الحامدية حيث قال عن السائحاني ما نصه: مستاجر حصه في عقار يريد التهايو لزوماً على المالك او المستاجر الاخر ليس له ذلك كما افاده الخبير الرملي. ثم قال بعد ذلك وحاصله ان تهايو المستاجرين او المستأجر مع المالك بان استأجر بعض عقار شائعاً صحيح ولكن لا يكون على طريق الجبر والازوم اذا امتنع عنه احدهما واذا تراضيا فهو صحيح غير لازم بمعنى ان لكل منهما فسخ المهايأة ولو بلا عذراه. قلت ولكن للعلامة الشهير المرحوم محمود افندي حمزه مفتي دمشق سابقاً رسالة سماها كشف الستور عن صحة المهايأة في المأجور استظهر فيها بالاستناد الى عدة نقول، جواز المهايأة في المأجور جبراً بحكم الحاكم. وقال في كل موضع يجبر على قسمة الاعيان يجبر ايضاً على قسمة المنافع، وفي كل موضع لا يجبر على قسمة الاعيان لا يجبر على قسمة المنافع. روي ذلك حيدر افندي وابده

المادة ١١٧٥ * المهايأة لا تجري في المثليات

اذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ولانها قابلة القسمة فلا حاجة الى المهايأة

بل في القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها

كالدار والارض والحيوان. خرج التي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثر ولبن الحيوانات وصوفها كما يأتي في المادة ١١٨٧

المادة ١١٧٦ * المهايأة نوعان: النوع الاول المهايأة زماناً كما لو تهاياً اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة والاخر سنة

او على ان يسكننا الدار المشتركة كل منهما سنة بطريق المناوبة وهذا النوع متعين حتماً في الجنس الواحد الذي لا يمكن تجزئته كالداية الواحدة والبيت الصغير اذ لا يمكن المهايأة في ذلك مكاناً كما لا يخفى

النوع الثاني المهايأة مكاناً. كما لو تهاياً اثنان في الارض المشتركة على ان يزرع احدهما نصفها والاخر نصفها الاخر. او في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما في جانب والاخر في الجانب الاخر. او احدهما في علوها والاخر في السفلى. او في الدارين المشتركين على ان يسكن احدهما في الواحدة والاخر في الاخرى

ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحملها بامر القاضي بان يتفقا لانه في المكان اعدل لانتفاع كل في زمان واحد وفي الزمان اكل لانتفاع كل بالكل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نقياً للتهمة (رد مختار). قال حيدر افندي وقد استظهر محمود افندي حمزه من الكتب الفقهية جواز الاجبار على التهايو زماناً لا مكاناً عند عدم اتفاقهما اهـ. قال الرملي ولو تشاحا في تعيين المدة مثلاً بان قال احدهما سنة بسنة وقال الاخر شهراً بشهر، لم اره والظاهر تفويضه للقاضي. ولا يقال بامرهما بالاتفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان لان مع كل وجهاً بخلافه هنا. وان قيل يقدم الاقل حيث لا ضرر بالاخر لانه اسرع وصولاً الى الحق فله وجه تأمل (رد مختار لمختصاً)

المادة ١١٧٧ * كما تجوز المهايأة في الحيوان المشترك على استعماله

بالمناوبة كذلك تجوز ايضاً في الحيوانين المشتركين، على ان يستعمل احدهما هذا والاخر الاخر

يجوز ذلك برضا الشركاء. وللقاضي ايضاً ان يجبرهم عليه بطلب احدهم انظر المادة ١١٨١. والظاهر ان تخصيص المهايأة بالاستعمال احتراز عن المهايأة للاستغلال، فانها في الحيوان الواحد غير جائزة بالاتفاق، وفي الحيوانين غير جائزة على قول الامام (هندية ورد مختار)

﴿ المادة ١١٧٨ ﴾ المهايأة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة احد الشركاء في نوبته قد أبدلت بمنفعة حصه الاخر في نوبته . فالمهايأة زماناً هي من هذه الجهة في حكم الاجارة ولذا يلزم فيها ذكر المدة وتعيينها مثل كذا يوماً او كذا شهراً

﴿ المادة ١١٧٩ ﴾ المهايأة مكاناً نوع افراز فمنفعة الشريكين في دار مشتركة شائعة يعني شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهايأة تجمع منفعة احدها في قطعة من تلك الدار ومنفعة الاخر في قطعة اخرى ولهذا لا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مكاناً ويجوز لكل منهما ان يؤجر ما اصابه بالمهايأة ، شرط ذلك في العقد او لا لحدوث المنافع على ملكه (درر)

﴿ المادة ١١٨٠ ﴾ كما انه ينبغي اجراء القرعة في المهايأة زماناً لمعرفة من يجب ان يتدئ بالانتفاع من اصحاب الحصص كذلك في المهايأة مكاناً ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً

﴿ المادة ١١٨١ ﴾ اذا طلب المهايأة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر ، فان كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهايأة جبرية ، وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر . مثلاً داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهايأة على ان يسكن هو احدها والاخر الاخرى ، او حيوانان على ان يستعمل احدهما واحداً والاخر الاخر وامتنع شريكه فالمهايأة جبرية

وكذا لو طلب احدهما المهايأة في غلة الدار او الدارين زماناً بان ياخذ كل منهما غلة شهر ، او مكاناً بان ياخذ هذا غلة هذه الدار والاخر غلة تلك فالمهايأة جبرية على

الاصح (در مختار) بخلاف مالوتهايأ في غلة الحيوان او الحيوانين فانها لا تجوز ولو بالتراضي (درر)

اما لو طلب احدهما المهايأة على ان يسكن هو الدار والاخر يؤجر الحمام ، او على ان يسكن هو الدار ويزرع الاخر الارض ، وابى شريكه فلا يجبر . اما لو تراضيا على ذلك جاز

﴿ المادة ١١٨٢ ﴾ اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة وطلب الاخر المهايأة تقبل دعوى القسمة . ولو لم يطلب احدهم القسمة وانما طلب المهايأة واحد منهم وامتنع الاخر فانه يجبر على المهايأة . والمضى انه عند الاختلاف في الطلب يرجع طالب القسمة لانها اقوى من المهايأة في استكمال المنفعة

﴿ المادة ١١٨٣ ﴾ اذا طلب المهايأة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الاخر يجبر على المهايأة هذا لا ينافي ما مر في المادة ١١٨١ من انه لو كانت الاعيان المشتركة مختلفة المنفعة لا يجبر الشريك الا على المهايأة لان الكلام هناك فيما اذا كانت الاعيان المشتركة متعددة وهنا فيما اذا كانت العين واحدة

﴿ المادة ١١٨٤ ﴾ كل ما ينتفع الناس به من سفينة مشتركة او عقار مشترك كالطاحون وبيت القهوة والحان والحمام يؤجر من طالبيه وتقسم اجرته بين الشركاء على قدر سهامهم وان امتنع احدهم عن ايجار حصته يجبر على المايأة . ولكن اذا زادت غلة الماحور اي اجرته في نوبة احدهم فتقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص

لان المهايأة هنا حصلت ابتداء على الاستغلال لا على استيفاء المنافع انظر مادة ١١٨٦

المادة ١١٨٥ * كما يجوز لكل واحد من الشركاء بعد المهايأة زماناً ان يستعمل بنفسه العقار المشترك في نوبته او يستعمل بعد المهايأة مكاناً القطعة التي خرجت في حصته يجوز له ايضاً ان يؤجر ذلك من آخر وياخذ الاجرة لنفسه

وليس لشريكه ان يقاسمه الاجرة. ولكن اذا نقصت الدار بالسكنى هل لشريكه ان يضمه حصته من قيمة النقصان؟ لم اره صريحاً والظاهر ان ليس له ذلك لانه لا يجوز له ان يؤجرها لم يكن متمدياً ثم رأت في رد المختار عن التاترخانية ما يؤيده حيث قال ولو تمهاياً في منزل او في خادمين فعطب احد الخادمين او انهدم المنزل من السكنى او احترق من ناره او قدها فلا ضمان اه

المادة ١١٨٦ * اذا حصلت المهايأة على استيفاء المنافع ابتداءً فأجر الشركاء في نوبتهم وكانت غلة احدهم في نوبته اكثر من غلة الآخر فليس لباقي الشركاء مشاركتة في الزيادة

لان التعديل فيما وقع عليه التهايو حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال (جمع الانهر) ونقل مثله في رد المختار عن الهداية ثم قال اقول ظهر من هذا ان زيادة الغلة في نوبة احدهما لا تنافي صحة المهايأة والجبر عليها اه

اما اذا كانت المهايأة على الاستغلال من اول الامر كما اذا تمهاياً على ان يأخذ كل منهما اجرة الدار المشتركة شهراً فالزيادة مشتركة بينهما. لكن اذا حصلت المهايأة على ان يأخذ احدهما غلة هذه الدار والاخر غلة الدار الاخرى وكانت غلة احدى الدارين اكثر فلا يشاركه الآخر وانما كانت الزيادة مشتركة في صورة التهايو على الاستغلال لتحقيق التعديل (جمع الانهر) راجع شرح المادة ١١٨١

المادة ١١٨٧ * لا تجوز المهايأة على الاعيان

وذلك لان التهايو مختص بالمنافع لا امتناع قسمتها بعد وجودها بسرعة فنانها بخلاف الاعيان فانها قابلة للقسمة (درر)

فلا تصح المهايأة على ثمر الاشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها، على ان يتناول احد الشريكين ثمرة كذا شجرة والاخر ثمرة كذا وكذا منها، او يأخذ احدهما لبن قطع من الغنم المشترك وصوفه والاخر لبن قطع آخر وصوفه لان الثمر واللبن والصوف من الاعيان

وكذا لو تمهاياً في بقرة على ان تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنها كان باطلاً (خانية). والحيلة في المهايأة في الاعيان التي لا تصح فيها المهايأة ان يشتري احد الشريكين حظاً شريكه من الشجرة والشاة مثلاً، وبعد مضي نوبته يبيع حصته وما اشتراه من شريكه لشريكه. والانتفاع بلبن الشاة حيلة ثانية وهي ان ينتفع بلبنها بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه اذ فرض المشاع جائز وذلك بان يزن ما يحلبه كل يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفي صاحبه مقداره في نوبته — كذا في الدر المختار وحاشيته رد المختار

المادة ١١٨٨ * وان جاز لاحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي الا انه اذا أجر احدهما في نوبته من آخر فلا يبقى لشريكه ان يفسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الاجارة

اي انه يجوز لاحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي بعذر وبدونه كما هو ظاهر الرواية نص عليه في الخانية. الا انه لو اجر احدهما نوبته لآخر فليس لشريكه فسخ المهايأة قبل بانقضاء مدة الاجارة لتعلق حق المستأجر راجع المادة ٤٦

المادة ١١٨٩ * وان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي

المادة ١١٩٠ * اذا اراد احد الشركاء ان يبيع حصته او يقسمها

فله فسخ المهايأة

إذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة وهذا إذا كانت المهايأة بقضاء الحاكم أما لو كانت بالتراضي فله فسخها بدون عذر كما قدمنا في شرح المادة ١١٨٨
أما لو أراد فسخها ليعيد المال المشترك إلى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يسمح له بذلك
لأنه لو فعل ثم جاء الآخر يطلب المهايأة كان على القاضي أن يجيبه فلا فائدة من فسخها ثم استئنافها

المادة ١١٩١ * لا تبطل المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف (جمع الأنهر)

الباب الثالث

في المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول

في بعض قواعد في أحكام الأملاك

المادة ١١٩٢ * كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال. فلو كان السفلى لواحد، والعلو لآخر، فلصاحب العلو حق القرار على السفلى ولصاحب السفلى حق السقف في العلو. يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرّاً إلا باذن الآخر

راجع المادة ٤٦٠. وعليه فليس لذي العلو أن يبني على العلو شيئاً أو يضع عليه جذوعاً أو يحدث كنيفاً إذا كان ذلك يضر بالسفل، وإن فعل يهدم ما أحدثه كما في الحامدية والخيرية. وكذا ليس لذي السفلى أن يفتح فيه باباً أو كوة إذا كان ذلك

يضر بالعلو. والحاصل أن لكل منهما فعل ما لا يضر بالآخر، وهذا قول الإمامين وعليه جرت جمعية المجلة. وقال الإمام يمنع مطلقاً إلا إذا كانت تصرفاً لا يشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط ١٠١٤. إذا اشكل أنه يضر أم لا فعند الإمام يمنع وهو المختار كما في الخانية وجامع الفصولين

ولا أن يهدم بناء نفسه

فلو هدم ذو العلو علوه أجبر على بنائه إذا طالبه ذو السفلى بذلك (حامدية). وإذا هدم ذو السفلى سفله أجبر على بنائه أيضاً لأنه تمدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو (رد مختار). قلت وقرار العلو ليس بشرط إذ لو كان لرجل حق الانتفاع فقط بسطح السفلى كالاستطراق والمروور ونشر الامتعة فليس لصاحبه أن يهدمه وإن فعل وطالبه الآخر ببنائه أجبر عليه كما في الحامدية عن جامع الفصولين، كذلك انظر شرح المادة ١١٩٨، وفي الخانية رجل هدم داره وامتنع عن العماره وذلك يضر بالجيران فإن قدر على بنائه فله أخذه ليرد الضرر عنهم اهـ. وفي جامع الفصولين له دار في محلة عامرة فاراد أن يخرّبها فله ذلك قياساً لا استحساناً وبه ائقي حي وقال فاش الفتوى اليوم على القياس. ولو هدم بيته ولم يبنه وجيرانه يتضررون به فلم يجبره على البناء قادراً على البناء. وقال حش المختار أنه لا يجبر إذا المرء لا يجبر على بناء ملكه

المادة ١١٩٣ * إذا كان باب العلو والسفل على الجادة واحداً فصاحباهما يستعملان الباب مشتركاً وليس لأحدهما أن يمنع الآخر من الخروج والدخول

أذ لكل أن يتصرف بملكه كيف شاء وإن كان ممر صاحب العلو في عرصة السفلى فليس لذي السفلى أن يمنع عن المروور بها كما سيأتي في المادة ١٢٢٥. وكذا لو شري بيتاً في منزل فليس للبائع أن يمنع عن الدخول من باب المنزل ويقول له افتح ليبتك باباً على الجادة (معين الحكم)

المادة ١١٩٤ * كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته أيضاً. يعني أنه يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والتعلي عليه كما يشاء وسائر

التصرفات كحفر ارضها لاقامة المخزن والتعمق في حفرها كما يشاء لانشاء البئر وليس لجاره ان يمد قناة تحت ارضه او يحفر فيها سياقا وان لم يضر بها لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه راجع للمادتين ١٦٤٩ و ١٦٥٠

المادة ١١٩٥ * من احدث في داره بيتا ليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره ، فان ابرزه يقطع منه ما جاء على هواء تلك الدار وان لم يضر به لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه . وكذا ليس ايضا لاحد الشريكين ان يبرز رفرافه على الهواء المشترك ، او ان يبني فيه شيئا بدون اذن شريكه راجع المادة ١١٦٦

المادة ١١٩٦ * من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره او بستانه فلجاره ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القطع

اي اذا امكن تفريغ الهواء من الاغصان وربطها فللجار ان يطالب صاحب الشجرة بالربط لا بالقطع ، والا طالبه بالقطع ، وان امكنه مد بعض الاغصان الى الشجرة وربطها فليس له ان يطالبه بقطع ذلك البعض كذا في فتاوى علي افندي . وكذا لو شري بستانا وكانت اغصان شجر بستان آخر للبائع مدلاة فوق البستان المبيع فللشري ان يكلف البائع ربط الاغصان المدلاة او قطعها (جامع الفصولين) ولا تقاس هذه المسئلة على المسئلة الواردة في المادة ١١٧١ . ونقل علي افندي عن المادية والبرزازية ما خلاصته « واذا قطع صاحب الدار اغصان الشجرة بدون اذن مالكيها او امر القاضي ، فان كان يمكن تفريغ الدار من الاغصان بشدها وربطها ضمن القاطع ، وان كانت الاغصان غليظة لا يمكن ربطها فان قطع من موضع لا يكون القطع من موضع اخر اعلى منه او اسفل انفع في حق المالك فلا ضمان ، وان قطع من موضع اخر اعلى منه او اسفل انفع في حق المالك فهو ضمان اهـ . وفي الخاتمة له اشجار على ضفة نهر له في دار رجل فدخلت عروق الشجرة في دار الجار فعليه قطعها ، فان لم يقطعها كان للجار قطعها من غير ان يرفع الامر الى القاضي اهـ

اما اذا ادعى الجار ان ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه فلا تقطع الشجرة

وفي الخاتمة ما خلاصته . ولو كانت لرجل شجرة على ضفة نهر له فدخلت الماء في عروق الشجرة من هذا النهر الى دار جاره ، قالوا ان لم يضر الشجرة في حريم النهر لا يؤمر بقلمها اهـ . ولعل هذا فيما اذا كان لا يخشى الضرر على البناء لانه سياقي في المادتين ١١٩٧ و ١١٩٩ انه يمنع المالك من التصرف في ملكه اذا اضر بغيره ضررا فاحشا وان من جملة الضرر الفاحش ما يضر بالبناء ويوجب عليه وهنا ويكون سببا في انهدامه

المادة ١١٩٧ * لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابدأ الا اذا اضر بغيره ضررا فاحشا كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني

هذا استحسن ، والقياس ان من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه وان اضر بغيره لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا (رد مختار) . قال في الدر المختار بقي لو اشكل هل يضر ام لا وقد حرر محشي الاشياء (اي الشيخ صالح) المنع قياسا على مسألة السفل والعلوانه لا يتبد اذا اضر وكذا ان اشكل على المختار للفتوى فكذا تصرفه في ملكه ان اضر او اشكل يمنع وان لم يضر لا يمنع اهـ . ولكن اعترضه في رد المختار بقوله ان هذا غير مسلم لانك علمت ان اصل المذهب في هذه المسئلة عدم المنع مطلقا لكونه تصرفا في خالص ملكه . وخالف المشايخ اصل المذهب فيما اذا كان الضرر بينا ولا يخفى ان التقييد بالبين مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل في مسألة العلو والسفل غير صحيح لان المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسالتنا . وذكر بعض المشايخ ان المختار تقييد المنع بالضرر او المشكل وما ذاك الا لكونه تصرفا فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالاصل فيه عدم جواز التصرف الا باذنه بخلاف مسالتنا هذه فان الاصل فيها الجواز لكونه تصرفا في خالص حقه فالحاق المشكل فيها بالمشكل في الاولى غير صحيح اهـ

فرع : دار الى جنب ارض رجل فبني صاحب الارض في ارضه واراد ان يلزق حائطه بجائط الدار ومنعه صاحب الدار عن ذلك فان الزقه بالدار بحيث لو سقط حائط الدار لا يسقط حائط الثاني كان لصاحب الارض ان يلزق حائطه به وان كان لو سقط حائط الدار يسقط حائط الثاني لم يكن لصاحب الارض ان يلزقه بجائط الدار وان كان اصل حائط الدار ذراعين واعلاه شبرا لم يكن لصاحب الارض ان يبني ويلزقه بالدار (خاتمة)

الفصل الثاني

في المعاملات الجوارية

﴿ المادة ١١٩٨ ﴾ لكل واحد التعلّي على حائط يملكه و بناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً

قال في الحامدية : لرجل مسيل على سطح جاره فاراد جاره ان يعلي السطح او يبني عليه له ذلك وليس للجار الذي له المسيل منعه لكن بطالبه حتى يسيل مائه الى طرف الميزاب وان هدم السطح او هدمه المالك ليس لجاره ان يكلفه بالعارة لاجل اسالة المياه لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع (خلاصة و بزاوية) . اقول ، تقدم ان صاحب السفلى لو هدم سفله فلنذي العلو ان يجبره على البناء لانه فوت عليه حق الانتفاع المحقق بالملك بخلاف ما اذا انهدم السفلى بدون فعله فقولاه هنا " او هدمه المالك الخ " مخالف لما مر حيث سوى هنا بين الهدم والانهدام فاما ان يكون ما هنا قولاً اخر او يخص ما مر بغير المسيل فتأمل اه راجع ايضاً شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١١٩٢

﴿ المادة ١١٩٩ ﴾ الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى او يضر البناء بان يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه

فيعد ضرراً فاحشاً ما تضر رأبته الجيران فلو نصب منوالاً لاستخراج الابريسم من الفيلق للجيران المنع اذا تضرروا بالدخان ورائحة الديدان (علي افندي عن القنية)

﴿ المادة ١٢٠٠ ﴾ يدفع الضرر الفاحش باي وجه كان . مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء او احدث في جانبها فرن او معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال باي وجه كان

يراد بالفرن هنا الفرن الدائم نبيه عليه في رد المختار نقلاً عن الرازي وذلك احترازاً عن التنور المعتاد في البيوت فانه لا يمنع . وكذا لو دبح في داره وتأذى الجيران ان على الدوام يمنع وعلى النذرة يتحمل منه (در مختار) . وكذا لو اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلم يمنع منه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران (جامع الفصولين) . وفي رد المختار لو كان الحمام لا يضر الا بالندوة فلا يمنع صاحبه من اتخاذه لانه يمكن لجاره ان يبني حائطاً بين ملكه وبين الحمام . وصحح النسفي في الحمام ان الضرر لو فاحشاً يمنع ، والا لا اه

وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها خرقة الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار او اتخذ واحد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر بالجدار فلصاحب الجدار ان يكلفه رفع الضرر وكذا اذا اتخذ في ملكه بئراً او بالوعة فنز منها حائط جاره فلجاره ان يجبره على رفع الضرر اي لو كان يمتنع الضرر باحكام البناء بالمؤن والكسكس ينبغي ان يؤمر به فلو لم يفعل او لم يمكن امر برفعه (حامدية) ولكن لو لم يمنعه جاره حتى سقط حائطه فلا ضمان على حافر البئر والبالوعة (تنوير) لانه متسبب غير متعدي لكونه حفر في ملكه والمتسبب لا يضمن الا بالتعدي لكن اذا تقدم اليه جاره باحكام البناء حتى لا يسري الماء ولم يفعل ضمن كالا شهاد على الحائط المائل والا لا قال الخير الرمي وهو حادثه الفتوى . ومثل ذلك لو اجرى الماء في ارضه اجراء لا يستقر فيها فتعدت الى ارض جاره فانه يضمن ولو يستقر ثم يتعدى الى ارض الجار فلو تقدم اليه جاره بالسكرو الاحكام ولم يفعل ضمن كالا شهاد على الحائط والا لم يضمن (رد مختار) وفي الحامدية ولو اراد ان يتخذ داره بستاناً فان كانت ارضه صلبة لا يتعدى ضرر الماء الى جدار جاره فليس لجاره منعه وان كانت الارض رخوة يتعدى ضرر الماء اليها فللجار منعه ولا عبءة للقرب والبعد . ولو غرس يجنب دار جاره فعليه ان يباعد عن حائط الجار قدر ما لا يضره ولا يقدر بمقدار معين اه . وفي الخانية ولو ان رجلاً زرع في ارضه ارزاً فان كان يخرج ماؤه الى ارض جاره ويفسدها بذلك كان للجار منعه ولو اراد ان يتخذ داره حظيرة للغنم في سكة غير نافذة ويتأذى الجيران ببن السرقين ولا يأمنون على الرعاة قال ابو قاسم للجيران منعه عن ذلك اه

وكذلك لو احدث رجل ييدراً في قرب دار لا آخر وبجى القبار منه
يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها فله ان يكلفه رفع ضرره .
كما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب ييدراً لا آخر وسد مهب ريحه فانه
يكلفه رفعه للضرر الفاحش . كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق
البزازين وكان الدخان يصيب امتعة الجار ويضرها فانه يكلفه رفع ضرره .
وكذلك لو كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره من جري مائه
ضرراً فاحشاً فيلزمه اذا طالبه جاره ترميم ذلك السياق واصلاحه

وكذا لو كانت جماعة نهر جارٍ في ارض قوم فانبتق وخرب بعض الاراضي
فلاصحابها مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة الاراضي (حامدية عن
البزازية)

المادة ١٢٠١ * منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد
الهواء والنظارة او منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش ، لكن سد الضياء
بالكلية ضرر فاحش . فاذا احدث رجل بناء فسد به شباك بيت جاره
وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها على القراءة فله ان يكلفه رفعه للضرر
الفاحش ، ولا يقال ان الضياء من الباب كاف لان باب البيت يحتاج الى
خلقه للبرد وغيره من الاسباب . وان كان لهذا المثل شباك كان فسد احدهما
باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً

وكذا لو اراد احد ان يطي سطحه ومانعه جاره بذلك متعللاً بان تعلية السطح
تسهل الطلوع الى سطح الجار فله ذلك ولا يلتفت الى تعليل الجار (حامدية) وفيها
لو بنى بجانب دار جاره وسد نصف شباكه فقل الضوء ولم يكن الضرر بيناً لا يمنع اه
المادة ١٢٠٢ * رؤية المثل الذي هو مقر النساء كصحن الدار
والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً

جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المثل الذي هو مقر النساء جاره
سواء كان ملاصقاً او بينها طريق فاصل فانه يؤمر برفع الضرر ويجبر
على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طيلة لكن لا
يجبر على سد الشباك بالكلية . كما انه اذا عمل ساتراً من الاغصان وكان يرى
من بينها مقر نساء جاره فانه يؤمر بسد محلات ما فيه من الفراغ ولا يجبر
على رفعه واقامة حائط عوضاً عنه . راجع مادة ٢٢

ولا فرق هنا بان يكون الضرر دائماً او غير دائم كما لو احدث شباكاً يطل على
حجرة من الدار يسكنها النساء في الشتاء فقط دون الصيف او في الليل دون
النهار (حامدية)

وفي الاقروى عن البزازية داران متلاصقتان جعل احدهما في داره اصطبلًا
وكان في القدم مسكنًا فخرّب جدار الجار وعلم ان خرابه بسبب الاصطبل قال ظهير
الدين لا يضمن لان فعل الدابة لا يضاف اليه والمسبب انما يضمن اذا كان متعدياً
وهو في ادخال الدابة في ملكه غير متعدي فاندفع ما اذا ساق الدابة الى زرع غيره
لانه متعدي بالسوق اه

المادة ١٢٠٣ * اذا كان لواحد شباك اعلى من قامة الانسان فليس
لجاره ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سبلاً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار
راجع مادة ٧٤

ولكن لو كان صاحب الشباك يصعد اليه غالباً بسلم او بغيره ليكشف على نساء جاره
وراجع الجار الحاكم بذلك فهل يأمره بسد الشباك على الوجه الذي مر في المادة السابقة ؟
لم اره صريحاً والظاهر ان هذه المسألة تقاس على مسألة الشجرة والسطح الآتية في
المادة ١٢٠٥ وشرحها

المادة ١٢٠٤ * لا تعد الجنيئة مقراً للنساء فاذا كان لرجل دار
لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنيته فليس لجاره ان يكلفه منع

نظارتها عن تلك، الجنيئة لان نساءه يخرجن اليها في بعض الاحيان
هذا ظاهر في ان تردد النساء الى الجنيئة احياناً لا يجعلها مقرّاً للنساء والظاهر
ان المراد بمقر النساء المحل الذي لا يمكن لمن الاستغناء عنه غالباً كصحن الدار والبئر
والمطبخ وفيما عدا ذلك كالقصر والمشرقة ينظر ان كان جلوسهن فيه غالباً فهو كصحن
الدار والا لا قال في الحامدية ما خلاصته لو احدث زيد شباكاً يشرف على مشرفة
دار جاره او على قصر في الدار ان لم تكن المشرفة والقصر مقرّاً للنساء اصلاً لا يجبر
زيد على سد شبابه اما لو كانت النساء يسكن في القصر او المشرفة في الصيف مثلاً
او في الليل دون النهار فالظاهر انه من الضرر البين اهـ

المادة ١٢٠٥ * اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنيته وعند
صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اخبار النساء
لاجل التستر فان لم يخبرهن يمنعه الحاكم من الصعود بلا اخبارهن
وكذا الحكم فيما لو باع هذا الرجل ورق شجرته او ثمرتها لرجل فاراد المشتري
الارتفاع عليها لقطع الثمر وبذلك يطاع على عورات الجار (خانية) وفيها اشترى
حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذه جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره
ليس له ذلك لان الانسان لا يجبر على البناء في ملكه ولو اراد الجار ان يمنعه من
صعود السطح حتى يتخذ سترة قالوا ان كان في صعوده يقع نظره في دار الجار كان
للجار ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة وان كان لا يقع بصره في دار جاره لكن
يقع بصره على عوراته اذا كن على السطح لا يمنعه عن الصعود لانه بتضرر هو كما
يتضرر جاره اهـ

المادة ١٢٠٦ * اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما وكان يرى
من الحصة التي اصابتهما مقرر نساء الاخر يؤولان ان يتخذوا سترة
مشتركة بينهما

والنفقة عليها كل بقدر حصته : كذا في الخانية والحامدية راجع المادتين ٢٠ و ٨٧

المادة ١٢٠٧ * رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء

آخر وحدث عنده بناء فان كان هذا المحدث متضرراً فعليه هو دفع
الضرر عن نفسه مثلاً اذا كان له رقدية شباك مشرف على مقر النساء
في دار محدثة فيلزم صاحب هذه الدار المحدث ان يدفع هو الضرر عن نفسه
وليس له ان يدعي صاحب الدار القديمة وكذا لو احدث داراً في
عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه
يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد وكذا اذا احدث رجل داراً
في القرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية
قائلاً ان غبار البيدر يجيء على داري

وكذا لو احدث بيتاً بجانب تنور غيره او حمامه، اي ليس له يعطل التنور والحمام
بسبب تضرره من الدخان بل عليه هو نفسه رفع المضرة عن نفسه لانه هو المتسبب
في هذا الضرر ولم يكن صاحب التنور او صاحب الحمام متعدياً

المادة ١٢٠٨ * اذا كانت شبابيك منزل قديم مشرفة على عرصة
خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً وبعد ذلك
اعاد صاحب المنزل منزله على وضعه القديم فصارت شبابيكه مشرفة على
مقر النساء في الدار المحدثه كان على صاحب هذه الدار ان يرفع هو الضرر
عن نفسه وليس له ان يجبر صاحب المنزل ويقول امنع النظر من منزلك

المادة ١٢٠٩ * اذا احدث رجل في داره شبابيك يمنع اشرافها
على مقر نساء جاره بناءً مرتفعاً لذلك الجار فهدم الجار هذا البناء المرتفع
حتى صارت تلك الشبائيك مشرفة على مقر نساءه فليس له ان يطلب
سد الشبائيك او منع نظارتها المجرد كونها محدثة بل يلزم الجار ان يدفع
هو الضرر عن نفسه

والظاهر انه اذا انهدم الحائط بدون فعل صاحبه فالحكم فيه كذلك. وفي الخانية جدار بين دارين انهدم ولا حدها بنات ونسوة فاراد صاحب العيال ان يبنياه وابني الاخر فان كان اصل الجدار يحتمل القسمة ويمكن لكل واحد منهما ان يبنى في نصيبه سترة لا يجبر الابي على البناء وان كان اصل الحائط لا يحتمل القسمة على هذا الوجه يؤمر الابي بالبناء اه. قلت والمراد بكون الحائط قابلاً للقسمة ان يكون عرضه كافياً لبني كل منهما فيه حائطاً

المادة ١٢١٠ * ليس لاحد الشريكين في الحائط ان يعليه ولا ان يتعلّى عليه بقصر او بغيره بدون اذن الاخر سواء كان ما يفعله مضراً بشريكه او لا

اي ليس له ان يبنى عليه شيئاً ولا ان يزيد في حمولاته الا باذن شريكه سواء اضر ذلك بالحائط او لا لانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه، راجع المادتين ١٠٦٩ و ١٠٧٥. وفي الانقروي لا يملك احد الشريكين وضع السلم على الحائط بدون رضا شريكه الا ان يكون في القديم كذلك اه

اما اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله ان يضع رؤوس جذوعه على الحائط وليس لشريكه منعه بل يقال له ضع انت مثل ذلك ان شئت لكن ان وضع عشرة جذوع كان لشريكه ايضاً ان يضع قدرها غير انه لا يضع الا نصف ما يتحملة الحائط من الجذوع فليس اه ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحائط جذوع لها على التساوي في الاصل واراد احدهما ان يزيد في جذوعه فللاخر منعه

وان كانت جذوعهما على التفاوت فعلى من كانت جذوعه اكثر ان يرفع منها ما زاد على نصف ما يتحملة الحائط لئتمكن شريكه من الانتفاع مثله. قال في الخانية حائط بين رجلين لاحدهما عليه جذوع فاراد الاخر ان يضع عليه جذوعاً مثله فتمعه صاحبه لان الجدار لا يحتمل ذلك يقال لصاحب الجذوع ان شئت فخط عنه ما يمكن لشريكك من الحمل وان شئت فارفع حملك حتى يستويا لان صاحب الحمل

ان كان وضع بغير اذن الشريك فهو ظالم وان وضع باذنه فهو عارية والعارية غير لازمة اه. ولعل هذا فيما اذا كانت الجذوع الكثيرة محدثة اما لو كانت قديمة فالظاهر انها تبقى على ما كانت عليه. ولكن قال في الحامدية عن العمارية بانهم لم يفصلوا بين الحديث والقديم في هذه المسألة فتدبر

المادة ١٢١١ * ليس لاحد الشريكين في الحائط المشترك ان يحول اخشابته التي على الحائط يميناً او شمالاً ولا من اسفل الى اعلى اما اذا كانت رؤوس اخشابته عالية واراد تسفيلها فله ذلك

والفرق ان تسفيل الجذوع اقل ضرراً من تعليتها لان اس الحائط يحتمل ما لا يتحملة راس الحائط (خانية) وظاهر التعايل انه اذا لم يكن في تعلية الجذوع ضرر بان كان الحائط قوياً لا يمنع صاحبها من ذلك وبالعكس اذا كان في تسفيلها ضرر يمنع وهذا لا يخالف منطوق هذه المادة لان المنع في صورة التعلية مبني على وقوع الضرر غالباً والجواز في صورة التسفيل مبني على عدمه فاذا خيف الضرر في الصورة الثانية وجب المنع وان امن الضرر في الصورة الاولى لا يمنع ويؤيده ما في الحامدية ونصه اذا اراد صاحب الاعلى ان يسفل جذوعه فان لم يكن فيه ضرر بالحائط له ذلك والا فلا اه ومثله في جامع الفصولين

المادة ١٢١٢ * اذا كان لواحد بئر ماء حلو واراد جاره ان يبنى في قربه كنيفاً او سياقاً مالخاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فان ضرره يدفع وان كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكنيف او السياق يسد. كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبني آخر عنده سياقاً مالخاً وقدره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره الا بسده فانه يسد وفي الخانية وينبغي ان يكون بين بئر البالوعة وبين بئر الماء مقدار ما لا يصل النجاسة الى بئر الماء وقد روي الكتاب بخمسة اذرع او سبعة وذلك غير لازم لان المعتبر عدم وصول النجاسة وذلك يختلف بصلابة الارض ورخاوتها اه

الفصل الثالث

في الطريق

المادة ١٢١٣ * اذا كان لواحد على طرفي الطريق داران فاراد

انشاء جسر من الواحدة الى الاخرى فانه يمنع

سواء اضر ذلك بالمارين او لم يضر. قال في التنوير والمقتضى اخرج الى طريق العامة كنيفاً او ميزاباً او جرسنا كبرج وجذع وممر علو وحوض طاقة ونحوها فلكل من اهل الخصوصية ولو ذمياً منعه ابتداء ومطالبته بنقضه بعد البناء سواء اضر ام لم يضر. هذا اذا بنى بغير اذن الامام اما لو بنى باذنه فلا ينقض اهـ. وهذا قول الامام وقال ابو يوسف يمنع مطلقاً ولا ينقض ان لم يضر. وقال محمد ان لم يضر لا يمنع ولا ينقض اي ليس لاحد منعه ابتداء ولا مطالبته بنقضه بعد البناء اذا لم يضر فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع احرى وولايته اولى (اطحطاوي). قلت وصريح المادة يفيد اختيار قول الامامين في المنع ابتداء سواء اضر ام لا ومثل ذلك لو حفر تحت طريق العامة مجرى ماء لطاحونه مثلاً فانه يمنع ولو لم يضر (علي افندي) ولكنه لا يهدم الجسر بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر بالمارين

راجع المادة ٥٦ وهذا صريح في اختيار قول ابي يوسف ومحمد في عدم جواز الهدم عند عدم الضرر ومفاده انه اضر ذلك بالمارين بهدم وهو قول الثلاثة

ومع هذا ليس لاحد حق القرار في الجسر وما ابرز على الطريق العام على الوجه المشروح فاذا انهدم الجسر المبني فوق الطريق العام فاراد صاحبه اعادته فانه يمنع

ولو لم يكن مضرراً بالمارين كما هو ظاهر وهذا مؤيد لما قدمناه في شرح الفقرة الاولى ومن انه يمنع من انشاء جسر فوق الطريق سواء اضر او لا لان الكلام هنا على الجسر الذي لا يضر بالمارين اذ معنى هذه الفقرة واذا انهدم الجسر الذي ترك على الطريق لعدم الضرر منه فاراد صاحبه اعادته فانه يمنع

المادة ١٢١٤ * ترفع الاشياء المضرّة بالمارين ضرراً فاجشاً

ولو قديمة كالشرفة والبروز على الطريق العام الواطئين بخلاف الشرفة والبروز العالين فانهما لا يضران بالمارين فلا يجوز نقضهما بعد البناء ولو كان ذلك حديثاً كما مر في المادة السابقة وشرحها

المادة ١٢١٥ * اذا اراد واحد وضع الطين في الطريق لاجل

تعمير داره فله وضعه في جانب منه وصرفه سريعاً الى بنائه بشرط عدم ضرر المارين

ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق عاماً او خاصاً كما يفهم من اطلاقهم قال في جامع الفصولين اراد ان يتخذ طيناً في الطريق الخاص فلو ترك من الطريق قدر المرور ويتخذ في الاحابن مرة ويرفعه سريعاً فله ذلك اهـ. ولا ينافي ذلك ماسياتي في المادة ١٢٢٠ من ان الطريق الخاص كالملك المشترك لا يجوز لاحد ممن لم يضر حق المرور فيه ان يحدث فيه شيئاً الا باذن البقية سواء اضر او لا لان المراد انه لا يجوز احداث شيء مما مر كالميزاب والكنيف كما سنخقه في شرح المادة المذكورة

المادة ١٢١٦ * لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة

بامر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤد له الثمن انظر الى مادتي ٢٥١ و ٢٦٢

المادة ١٢١٧ * يجوز ان يعطى رجل ما زاد عن حاجة الطريق

من جانب الميري ثمن مثله ويلحقه بداره اذا لم يضر ذلك بالمارين يراد بالطريق هنا الطريق العام لان الطريق الخاص ملك اصحابه لا يجوز لهم التصرف فيه بالبيع والقسمة كما سياتي في المادة ١٢٢٣ فلا يجوز لغيرهم بالاولى والمراد بعدم المضرّة ان يكون الطريق واسعاً لا يضيق اذا اخذ منه شيء وانما قيدوا به لانه لو اضر بالمارة لا يجوز ان يعطى منه شيء ولو كان للعامة طريق اخرى (رد مختار)

المادة ٢١٨ * لكل واحد ان يحدث باباً على الطريق العام

سواء كان اعلى من بابه او اسفل منه لان لكل من العامة حق المرور في الطريق العام فكان له ان يفتح فيه باباً باي وجه كان بخلاف الطريق الخاص كما سيأتي في شرح المادة الآتية

المادة ١٢٠٩ * لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق

خاص ان يحدث فيه باباً

فلو كان لرجل دار بابها في سكة وظهرها في سكة اخرى غير نافذة اي خاصة فاراد ان يجعل لداره باباً في هذه السكة الخاصة فالصحيح انه يمنع عن ذلك اذا لم يكن له حق المرور في هذه السكة (خانية) وفيها دار لرجل في سكة غير نافذة اشترى بجانبها داراً بابها في سكة اخرى غير نافذة واراد ان يفتح باباً لتلك الدار التي كانت له في سكة الدار المشتراة ليس له ذلك اما لو اراد ان يفتح لها باباً في الدار المشتراة ليواصل به الى الدار المشتراة ثم الى سكتها الغير النافذة فله ذلك . والحاصل ان ليس له ان يمر الى كل دار الا بطريقها ليس له ان يستعمل طريق احدها للآخرى لكن في التنوير ما يخالفه حيث قال طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه باباً الى دار اخرى له ساكنها غير ساكن هذه الدار (كما اذا كان ساكنها غيره باجارة او اعادة) التي مفتحة في هذا الطريق يمنع بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع لان المارة لا تزهد اهـ ولكن قد اعترضه الطحاوي بانه قد يطول الزمان ويبيع التي لا يمر لها فيدعي المشتري ان له حق المرور ويستدل على ذلك بالفعل السابق اهـ . وفي الخانية والحامدية رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب اراد ان يفتح لها باباً اخر اسفل من بابها فالصحيح ان ليس له ذلك لان ليس له حق المرور وراء باب داره ولو اراد ان يفتح باباً اخر اعلى من بابه كان له ذلك اهـ وقد اعتمد في الخيرية وقال انه ظاهر الرواية . وفي الدرر والقرى ، زائفة مستطيلة يتشعب عنها سكة غير نافذة يمنع اهل الاولى عن فتح باب للمرور في الثانية الغير النافذة لان ليس لهم حق المرور فيها بل هو مختص باهلها لانها بجميع اجزائها ملك لاربابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة (راجع المادة ١٠١٤) فاذا اراد احد ان يفتح فيها باباً فقد اراد ان يتخذ طريقاً في ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف ما لو كانت الزائفة الثانية مستديرة

لنق طرفها بالزائفة الاولى المستطيلة حيث يجوز له ان يفتح فيها باباً لانها بمنزلة سكة مشتركة في دار ولكل واحد حق المرور فيها ولهذا لو بيعت فيها دار كانت الشفعة لكل على السواء اهـ ملخصاً

المادة ١٢٢٠ * الطريق الخاص كالمملك المشترك لمن لم فيه حق

المرور

فلكل منهم ان يضع فيه الخشبة ويربط فيه الدواب ويتوضأ فيه حتى لو عطب احد بذلك لا يضمن بخلاف ما لو بنى احدهم او حفر بئراً فانه يضمن ما عطب به (خانية) وفي جامع الفصولين ولكل امساك الدواب على باب داره لان السكة التي لا تنفذ كدار مشتركة ولكل من الشركا ان يسكن في بعض الدار وامساك الدواب في بلادنا من السكنى اهـ . وفي رد المحتار عن التتار خانية ان فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وان من جملة السكنى فالقياس كذلك وفي الاستحسان لا يضمن شيئاً اهـ ثم قال وبه ظهر ان المراد من قول النصف وفي غير النافذة لا يجوز احداث شيء مطلقاً اضر او لا الا باذنهم انه لا يجوز احداث شيء مما مر كالميزاب والجرحن ونحو ذلك مما بقي افاده السائحاني اهـ . قلت وبه ظهر التوفيق بين ما يأتي في الفقرة الآتية وبين ما قدمناه في شرح المادة ١٢١٥ فافهم

فلا يجوز لواحد من اصحاب الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئاً سواء

كان مضرّاً او غير مضر الا باذن الباقيين

كلهم حتى المشتري من احدهم بعد الاذن لما في الخانية رجل احداث بناء او غرفة في سكة غير نافذة ورضي بها اهل السكة فجاء رجل من غير اهلها واشترى داراً منها كان للمشتري ان يأمر صاحب الغرفة برفعها اهـ . وفي الخيرية ولو اذن اصحاب الطريق الخاص لاحدهم بنصب ميازيب على الطريق فلهم ان يطالبوه برفعها لان لمبيح الرجوع عن اباحته اهـ انظر المادة ١٢٢٦

المادة ١٢٢١ * ليس لاحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل

ميزاب داره التي احداثها الى ذلك الطريق الا باذن سائر اصحابه

لان التصرف في الملك المشترك بالوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل (حامدية) وان اذنوه ثم بدا لهم ان يرجعوا فلم ذلك انظر المادة ١٢٢٦. والمستفاد من قوله التي بناها مجدداً انه لو كانت الدار قديمة ولها ميزاب قديم فخرت ثم اعاد بناءها فله ان يعيد الميزاب ايضاً وكذا لو باعها بعد خرابها فجددها المشتري كما يعلم من المادة ١٢٢٤

المادة ١٢٢٢* اذا سد احد بابه الذي هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده اياه بل له ولن اشترى منه ان يفتحه ثانية ما لم يسقط حق مروره بمرور الزمان انظر المادة ١٦٦٢ وفي الحامدية باع داراً بابها في سكة نافذة وكان باب تلك الدار في القديم في سكة غير نافذة واراد المشتري ان يفتح باباً الى تلك السكة ومنعه الجيران عن ذلك ينظر ان اقر اهل السكة بذلك الباب فله ان يفتح ويمر منه لانه قائم مقام البائع وكان للبائع ان يفتح ذلك الباب فكذا لمن قام مقامه. وان مجد اهل السكة ذلك الباب فالقول لم مع الجيران اذا لم يكن للمشتري بينة. واذا حلفهم واحداً بعد واحد ان حلف الاول سقط الجيران عن الباقي لان فائدة الجيران النكول، وان نكلوا ليس له ان يفتح لان الاول ان يمنعه لما حلف انه لا طريق له، وان نكل الاول فله ان يحلف غيره ثم وثم، فان نكلوا جملة كان له ان يفتح لانه كالاتفاق منهم اهـ. وهذا كله فيما لو كانت الدعوى لم تسقط بمرور الزمان اذ حينئذ لا تسمع البينة ولا يكلف اصحاب الطريق الجيران البينة انما تترتب على مماع الدعوى

المادة ١٢٢٣* للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه او يقتسموه بينهم او يسدوا فيه ولو انفقوا على ذلك

ولا ان يحفروا فيه بئراً لصب الماء وان اجتمعوا كلمهم على ذلك ولا ان يدخلوه دورهم بل لهم ان يمرروا ويجلسوا (حامدية عن الهادية) راجع المادة ٢٦. والمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١١ تموز ٣١٣ مؤداه ان الصلح الذي يقع بحق الطريق الخاص لا يعتبر بل يلزم ان يحكم بطلانه لانه جاء في المادة ١٢٢٣ من المجلة

بان الطريق الخاص لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا التصرف فيه بوجه من الوجوه (ج. ٢٠. ع. ٩٦٥)

الفصل الرابع

في حق المرور والمجرى والمسيل

المادة ١٢٢٤* العبرة للقدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل، يعني نترك هذه الاشياء وتبقى على حالها القديم الذي كانت عليه لان القديم يبقى على حاله بمقتضى حكم مادة ٦ ولا يتغير الا ان يقوم الدليل على خلافه. اما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له. يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل فلا عبرة له وان كان قديماً بل يزال اذا كان فيه ضرر فاحش راجع مادة ٢٧. مثلاً اذا كان لدار مسيل قدر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة فان ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه وكذا لو كان لرجل بالوعة قديمة على نهر الشفة فلا عبرة لقدمها وترفع (جامع الفصولين) اما الكنيف والميازيب التي في الطريق الخاص فان كانت قديمة تركت وان كانت حديثة فلكل احد ان يهدمها (حامدية) والاصل فيما جهل حاله ان يجعل حديثاً لو في طريق العامة وللإمام نقضه وقديماً لو في طريق الخاصة ولا ينقضه احد (رد مختار) والمراد بالقديم هنا ما لا يوجد من يعرف اوله كما مر في المادة ١٦٦ فمرور الرجل في ارض غيره عشرين سنة لا يكسبه حق المرور فيها ولو كانت هذه المدة اكثر من المدة المعينة لمرور الزمان. وبذلك قرار من محكمة التمييز بتاريخ ١٧ ايلول ٣٢٨ عللت له بان ذلك التصرف ربما كان عن اعارة او اجارة او تغلب والحق الصريح لا يثبت بامر مبهم ومشكوك فيه وحق المسيل لا يثبت الا بصورتين: الاولى تملك المدعي لحق التسييل في موضع معين، والثانية تحقق تسييله الماء في موضع معين منذ القديم (مجموعة المقررات التمييزية سنة ٣٢٩ وجه ١٢٧). وفي الحامدية سئل في

نهر كبير يشرب منه اهالي قرى بعضه من جهة اسفله يجري اثلث القرى في انهر خاصة وفي بعض السنين بقل ماء النهر الكبير فيسكر اهالي القرى العالية ماء النهر الكبير المشترك ليسقوا اراضيهم وما يفيض عنها يجري الى اهالي الاسفل متطلبين انهم يجرون ذلك من قديم الزمان فاجاب بانه ليس لاهالي الاعلى ان يسكروا الماء وان كانوا يفعلون ذلك من قديم الزمان لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركا وذلك غير جائز شرعاً فلا عبرة للقديم ولان رضى المتقدمين لا يلزم منه رضى المتأخرين من اهالي الاسفل وقد صرح جميع ائمة المذهب بانه يبدأ باهالي الاسفل حتى يروا ثم يسقي اهالي الاعلى لان اهالي الاسفل امرأ عليهم اه مخلصاً

المادة ١٢٢٥ * اذا كان لواحد حق المرور في عرصة آخر فليس

لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور والعبور

ومن ثبت له حق المرور بالرجل فله المرور بالرجل والحافر (جامع الفصولين) وفيه شرى شجرة وقطعها واستاجر ارضاً بجانب الشجرة وهذه الارض المستاجرة طريق في بستان رجل فاشتري الشجرة ان يمر في هذا الطريق بخشبه ودوابه للحاجة الى الطريق اه وفي الخيرية لو كانت لرجل حق المرور على سطح مصصرة لآخر فانهم جانب من المصصرة لا يلزم صاحب المهرشي في عمارة ما انهدم اه ونقل حيدر افندي عن القاعدية انه لو كان حق المرور لواحد فباعه تبعاً لارضه من عشرة فليس لمن كان المرور في ارضه ان يمنعه من المرور لعله كثرتهم

المادة ١٢٢٦ * للبيح ان يرجع عن اباحته والضرر

لا يكون لازماً بالاذن والرضى فاذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة اخر ومر فيها مدة بمجرد اذن صاحبها فلصاحبها بعد ذلك ان يمنعه من المرور ان شاء

وكذا لو وضع رجل جذوعه على حائط جاره باذن جاره او حفر سرداباً في دار جاره باذن جاره ثم باع الجار داره وطلب المشتري ان يرفع جذوعه وسردابه كان للمشتري ذلك الا اذا كان البائع قد شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فيمنع ذلك لا يكون للمشتري ان يطالبه برفع ذلك لانه لما شرط ذلك صار كانه شرطه

لنفسه والوارث في هذا بمنزلة المشتري الا ان للوارث ان يامره برفع الجذوع والسرداب على كل حال (خانية)

المادة ١٢٢٧ * اذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة اخر فاحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر باذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصومة مع صاحب العرصة انظر مادة ٥١

بخلاف ما لو كان لصاحب المرور رقبة الطريق فبني فيها صاحب الارض باذنه حيث له ان يسترد رقبة الطريق (انقروي عن القاعدية) والفرق بين المسالتين ان في الاولى ليس لصاحب المرور سوى حق المرور فقط، والحق يبطل ويسقط بالرضى اما في المسألة الثانية فانه يملك رقبة الطريق والمالك لا يبطل بالاذن والرضى قال في الخانية لو قال صاحب المسيل ابطلت حتي في المسيل فان كانت له حق اجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وان كان له رقبة المسيل لا يبطل لان ملك العين لا يبطل بالابطال اه

المادة ١٢٢٨ * اذا كان لواحد جدول او مجرى ماء في عرصة آخر وكان جارياً بحق فليس لصاحب العرصة منعه قائللاً لا ادعه يجري فيما بعد

وكذا لو كان لرجل علو ولاخر سفلى تحتها وللعلو مرتفق قديم تنزل اوساخه في قساطل قديمة داخل حائط السفلى فليس لصاحب السفلى ان يعارض صاحب العلو في المرتفق وان يكلفه رفعه بل يبقى القديم على قدمه (حامدية)

واذا احتاج هذا الجدول او المجرى الى الاصلاح والترميم فلصاحبه ان يدخله ويرممه ان امكن اما اذا لم يمكن ترميمه الا بدخول العرصة ولم يأذن به صاحبها فيجبره الحاكم بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة واما ان نصلح انت

وكذا لو كان لرجل نهر في ارض غيره ولا يمكنه المرور في بطن النهر لاجل اصلاحه يقال لصاحب الارض اما ان تدعه يدخل الارض ويصلح ملكه او تصلحه انت. وكذا لو كان لرجل حائط ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل له الى ذلك الا بدخول دار جاره وجاره يمنع من الدخول، او انهدم الحائط ووقع الطين في دار جاره فاراد ان يدخل ويبيل الطين فتنعه صاحب الدار، او له مجرى ماء في دار جاره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن ذلك الا بدخول داره وهو يمنع يقال لصاحب الدار اما ان تركه يدخل ويصلح ان تصلح انت بملك (خلاصة) وحيث صاحب الدار يجبر على تمكين الآخر من الدخول لاصلاح ملكه فالظاهر ان صاحب الحائط والمجرى يجبر ايضا على اصلاح ما خربه لصاحب الدار من حفر او هدم والا لزم ان يجبر صاحب الدار على تمكين الآخر من افساد داره والحاق الضرر به لاجل منفعة غيره وهذا مخالف لقواعد الشرع الشريف (حامدة ملخصاً)

المادة ١٢٢٩ * لدار مسيل مطر يجري على دار الجار من القديم فليس للجار منعه قائلًا لا ادعه يسيل بعد ذلك

راجع مادة ٦ وفي الخانية رجل له داران متلاصقتان احدهما عامرة والاخرى خربة وكان مصب ميزاب العامرة وملقاة تلجها في الخربة فباع الخربة ثم اراد المشتري منع البائع عن اجراء ماء الميزاب الى الخربة والقاء الثلج فيها قال ابو الليث ان كان ميزاب الدار العامرة في الدار الخربة ومسيل ماء سطحها الى هذا الجانب وعرف ان ذلك قديم ببقى ذلك المسيل على حاله وان لم يشترط. وكذا لو كان مسيل مطبخه الى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس لصاحب الدار منعه. وهذا استحسان جرت به العادة والقياس بخلافه والفتوى على ما ذكره ابو الليث اه. وفيها داران لرجل مسيل ماء سطح احدهما على الاخرى فباع التي عليها المسيل بكل حق هو لها ثم باع الدار الاخرى من آخر فاراد المشتري الاول ان يمنع المشتري الثاني عن اسالة الماء على سطحه، ذكر في الاصل ان له ذلك الا ان يذكر البائع وقت البيع الاول ان مسيل ماء التي لم تباع يكون له في الدار التي باعها اه. وفيها لو كان مسيل سطح رجل الى دار آخر وله في هذه الدار ميزاب قديم ليس لصاحب الدار منعه عن اسالة الماء وهذا جواب الاستحسان وعليه الفتوى. وفي القياس ليس له ذلك الا ان يقيم البيئة ان له

مسيل الماء في داره اه. وفي الحمدية ولو كان له ان يسيل ما المطر فليس له ان يسيل ما الفسيل او الوضوء والعكس بالعكس

المادة ١٢٣٠ * دور في طريق لها ميازيب منصبة من القديم على ذلك الطريق ومنه تجري الى عرصة واقعة في اسفله ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم، فان سده يرفع السد من قبل الحاكم ويعاد المسيل الى وضعه القديم

اي ليس لصاحب العرصة ان يسد المسيل بحجة تضرره به او بحجة وجوده في الطريق وتضرر المارة به لان القديم يبقى على قدمه كما تقدم في المادة ٦. والمراد بالطريق هنا الطريق الخاص لان الطريق العام ترفع الاشياء المضرة منه ولو كانت قديمة كما مر في المادة ١٢٢٤. وهذا مؤيد لما قدمناه في شرح المادة المذكورة عن الحمادية من ان الكنيف والميازيب التي في الطريق الخاص ان كانت قديمة تركت، وان حديثة هدمت

المادة ١٢٣١ * ليس لاحد ان يجري مسيل منزله المحدث الى دار آخر

او يحدث فيها مسيلاً لمنزله القديم سواء كان مضرًا او لا لانه تصرف بملك الغير بلا اذنه وذا لا يجوز

المادة ١٢٣٢ * حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منع جريه بل يبقى كما في السابق

وفي الملتقى ومن كان له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء فليس له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون في يده فعند الاختلاف يكون القول قوله في انه ملكه فان لم يكن في يده او لم يكن جاريًا فادعى انه له او قصد اجراءه لا يسمع بلا بيئة انه له او انه كان له حتى الاجراء وعلى هذا المص في نهر او سطح والميزاب والمشي في دار الغير اه

المادة ١٢٣٣ * اذا امتلأ المجرى الجاري بحق في دار آخر او

تشقق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب المجرى على دفع هذا الضرر

وكذا لو جرى نهر في ارض قوم فانثبق وخرب بعض الاراضي فلاك الاراضي مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة الاراضي (حامدية عن البزازية)

الباب الرابع

في شركة الاباحة ويشتمل على سبعة فصول

الفصل الاول

في الاشياء المباحة وغير المباحة

المادة ١٣٣٤ * الماء والكلاء والنار مباحة والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء

اي شركة اباحة لا شركة ملك . فمن سبق الى شيء من ذلك في وعاء او غيره واحرزه فهو احق به وهو ملك له دون سواء يجوز له تملكه بجميع وجوه التملك ويورث عنه ويجوز فيه وصاياه وان اخذه منه احد بغير اذنه ضمنه (رد مختار) وفيه ومعنى الشركة في الكلاء الاحتشاش

المادة ١٣٣٥ * الماء الجاري تحت الارض ليس بملك لاحد

ولهذا لو حفر احد في ملكه واستخرج الماء الذي تحت الارض ثم جاء آخر وحفر أيضاً في ملك نفسه الذي هو فوق ملك الاول فتحول الماء الى ملك الاول الى ملك الثاني لا شيء للاول على الثاني لانه غير متعدي لكون الماء تحت الارض لا يملك فلا محاصرة كمن بنى حائطاً يجنب حائط غيره فكسدت الحائط الاولى بسببه فانه لا شيء عليه . نص على ذلك في التنوير والفرر والحانية وغيرها انظر

المواد ١٢٥١ و ١٢٨٨ و ١٢٩١

المادة ١٢٣٦ * الآبار المعدة لارتفاع كل وارد وليست محفورة بسعي شخص مخصوص وعمله هي من الاشياء المباحة والمشاركة بين الناس

المادة ١٢٣٧ * البحر والبرك الكبيرة مباحة

المادة ١٢٣٨ * ما ليس مملوكاً من الانهار العامة التي لم تدخل في المقاسم يعني في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات والطنونه والطننجه

المادة ١٢٣٩ * الانهار المملوكة يعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروح نوعان : الاول الانهر التي يوزع ماؤها وينقسم بين الشركاء ولكنه لا يجرى كله في اراضيهم بل تبقى له بقية تجري الى مفازة مباحة للعامة ، فالانهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لاحدها نهر عام ايضاً والشفعة لا تجرى فيها . النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي عدة اشخاص ومتى انتهى الى اخر اراضيهم يجرى ولا ينقذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع فقط يستفاد من هذه المادة ان الانهر التي دخلت في المقاسم مملوكة لاهل الناحية الواقعة فيها الانهر لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب عنه كما في الهندية وغيرها فليس لاهل ناحية اخرى ان يسقوا شجرهم وزرعهم من هذه الانهر كما في الدر المختار وغيره وسياتي في المادة ١٢٦٧ ما يؤيده

المادة ١٢٤٠ * النهر اذا جاء بطين الى ارض واحد فهو ملكه

لا يسوغ لآخر ان يعارضه به

ولا ان ياخذ من الطين شيئاً وان فعل بضمن (رد مختار)

﴿ المادة ١٢٤١ ﴾ كما ان الكلاء النابت في ارض لا صاحب لها مباح ، فكذا الكلاء النابت في ملك انسان بلا تعاطي سببه مباح ايضاً . اما اذا تعاطى سببه كما اذا سقى ارضه او جعل لها خندقاً او اعداها وهياًها بوجه ما لاجل الانبات فالنباتات الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها شيئاً فان اخذ واستهلك كان ضامناً

﴿ المادة ١٢٤٢ ﴾ الكلاء والحشيش هو النبات الذي لا ساق له فلا يشمل الشجر . والفطر ايضاً في حكم الكلاء والكلمة ايضاً كالكلأ (رد مختار في باب البيع الفاسد)

﴿ المادة ١٢٤٣ ﴾ الاشجار التي تثبت بلا غرس في الجبال المباحة غير المملوكة مباحة

﴿ المادة ١٢٤٤ ﴾ الاشجار النابتة بلا غرس في ملك واحد هي ملكه ليس لآخر ان يحتطب منها الا باذنه . فان يفعل يكن ضامناً . والقيرو والزرنج والفيروزج كالشجر فمن اخذ من هذه الاشياء ضمن والخطب في ملك رجل ليس لاحد ان يحتطبه بغير اذنه وان كان في غير ملك فلا بأس به ولا تضر نسبته الى قرية او جماعة ما لم يعلم ان ذلك ملك لهم وكذلك الزرنج والكبريت والثمار في المروج والادوية (در مختار)

﴿ المادة ١٢٤٥ ﴾ اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخلف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضاً تكون له وهل يراد بالشجرة هنا النابتة في الاراضي المباحة ام في ملك الغير ؟ الظاهر الثاني لان الاول لا يحتاج الى مثل هذا التصريح بعد ما تقدم في المادة ١٢٤٣ . ويؤيده ما في الخيرية ، شجرة زيتون هلكت ونبت من عروقها اغصان فتعدها رجل وركرها فثمرت فالثمر للراكر لانها نماء ملكه . قال في الحاوي الزاهدي وصل غصنه بشجرة

غيره وهو ما يقطع من غصنه او يقشر من لحافته لتوصل به الشجرة فثمر الوصل فهو له والشجرة لصاحبها

﴿ المادة ١٢٤٦ ﴾ من بذر لنفسه فأنواع الحاصلات من البذر له لا يعارضه فيها احد

والمراد من بذر لنفسه في ملك غيره اذ لو بذر في ملك نفسه فلا يحتاج الى تصريح لانه ظاهر . والحاصل ان من بذر لنفسه في ارض غيره فحاصلات البذر له لانها نماء ملكه غير انه اذا نقصت الارض بزراعته فعليه قيمة النقصان لرب الارض وقد استوفينا الكلام على ذلك في كتاب الفصب

﴿ المادة ١٢٤٧ ﴾ الصيد مباح

الفصل الثاني

في كيفية استملاك الاشياء المباحة

﴿ المادة ١٢٤٨ ﴾ اسباب التملك ثلاثة : الاول الناقل للملك من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة . والثاني ان يخلف واحد الآخر كالارث . والثالث احراز شيء مباح لا مالك له ، وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ، واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد

ومنهُ لو دخل صيد الى دار رجل فلما رآه اغلق عليه الباب وصار يحال بقدر على اخذه بلا اصطيداء بشبكة او سهم ملكه ولو اغلق ولم يعلم به لا يملكه ولو نصب حباله فوقع فيها صيد فقطعها وانفلت فاخذه اخر ملكه ولو جاء صاحب الحباله لياخذه ودنا منه بحيث يقدر على اخذه فانفلت لا يملكه الاخذ وبكذا وانفلت من الشبكة في الماء قبل الاخراج فاخذه غيره ملكه لا لورمى به خارج الماء في موضع يقدر على اخذه فوقع في الماء (رد مختار) انظر المادة ١٣٠٢

﴿ المادة ١٢٤٩ ﴾ كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكاً له مستقلاً
فلو تناول الماء من نهر بيده او بوعاء كالعلبة فإنه يملكه باحرازه وحفظه
في ذلك الوعاء وليس لغيره ان ينتفع به واذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه
كان ضامناً

﴿ المادة ١٢٥٠ ﴾ يلزم ان يكون الاحراز مقروناً بالقصد فلو وضع
رجل وعاء في محل قاصداً اخذ ماء المطر فماء المطر المجتمع في ذلك
الاناء ملكه وكذا ما يجتمع من الماء في الحوض والصهريج المبنيين لاجل
جمع الماء فإنه ملك صاحبه اما لو وضع رجل اناء في محل بغير قصد فماء
المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لغيره ان يملكه بالاخذ.
راجع مادة ٢

﴿ المادة ١٢٥١ ﴾ يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالئر الذي
ينز فيه الماء لا يكون ماؤه محرزاً. فلو اخذ شخص ما اجتمع من الماء في
هكذا بئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه الضمان. وكذلك
الماء المتتابع الورود يعني ان الحوض الذي يجري اليه الماء من جانب فيخرج
من جانبه الاخر لا يعد ماؤه محرزاً

فلو اخذه احد بدون اذن صاحبه لا شيء عليه. وكذا لو حفر له احد في ملكه بئراً
او حوضاً وحوّله اليه ليس للاول ان يخاصمه به. راجع المادة ١٢٣٥ وشرحها

﴿ المادة ١٢٥٢ ﴾ يحرز الكلاء بجمعه وحصده وتجزئته

﴿ المادة ١٢٥٣ ﴾ يسوغ الاحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكائن
من كان ويملك الحطب بمجرد الاحتطاب اي بجمعه ، والر بطليس بشرط

