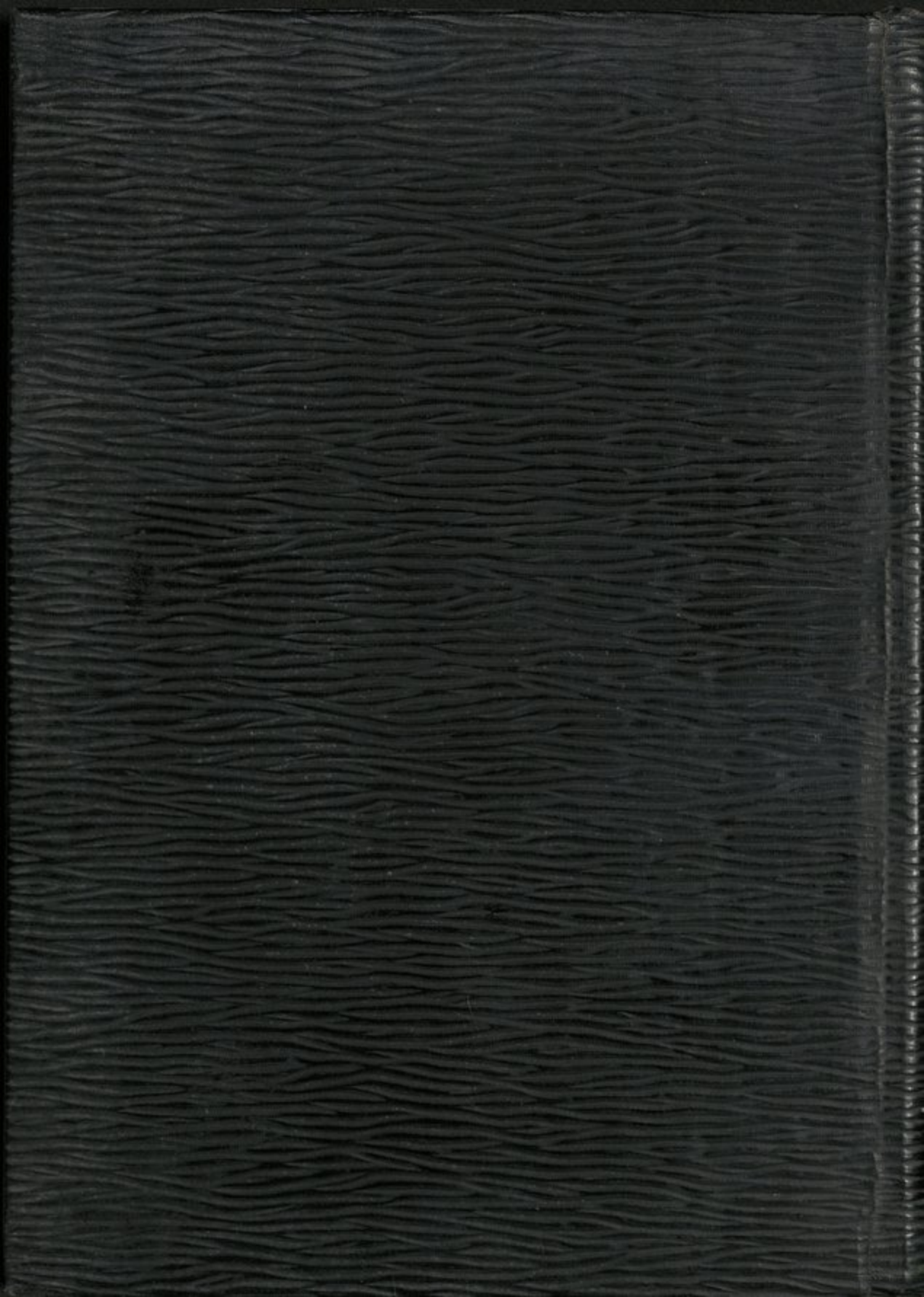




349.56: K113A v.5

القاضي - من

شرح المحلة

Res
Res

0.5'47 126

Res

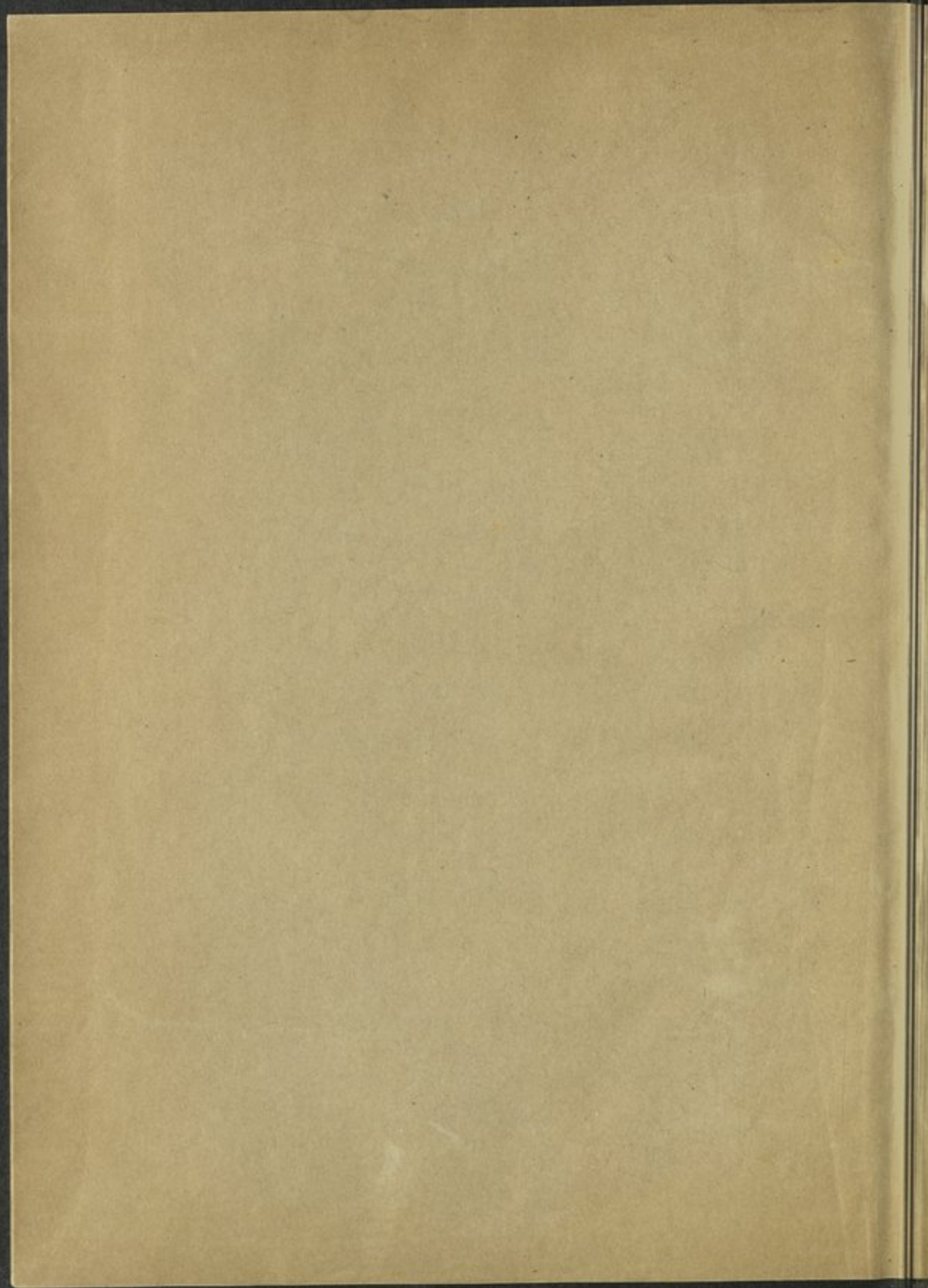
Res

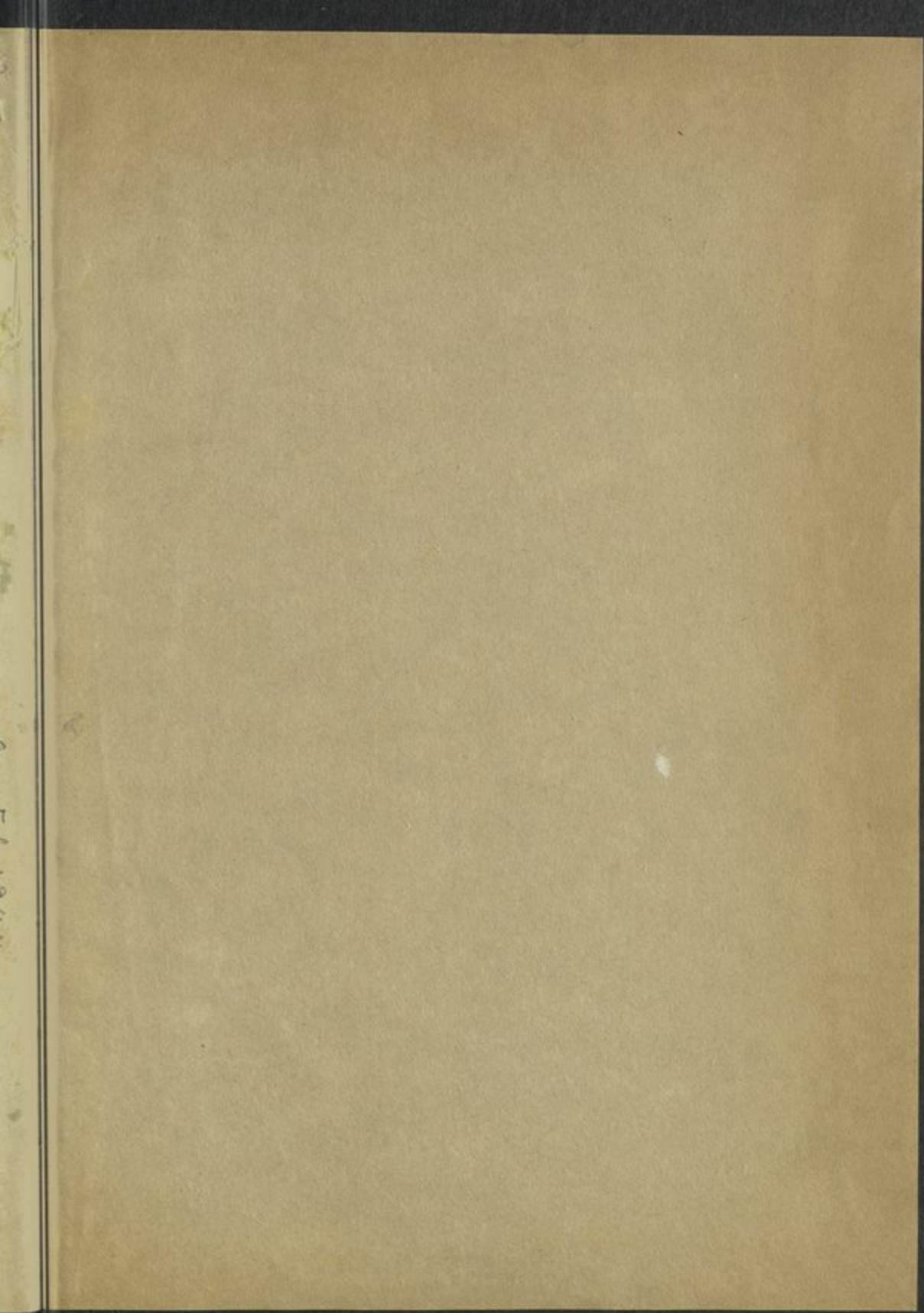
Res 52-53 126

Res. Mahmasani

Pol. Sc. 231

Res. Mah, asant
Pol. Sc. 22





349.56
K11 smA

شرح المجلة



محاضرات

في

شرح مجلة الاحكام العدائية

ألفها

الدكتور السيد منير الفاضل

على

طلبة الصف الثالث

من كلية الحقوق العراقية

طبعها

محمد مهدي الوهاب

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

58957

مطبعة المعارف - بغداد

مكتبة المثنى - بغداد

لصاحبها قاسم محمد الوهاب

Cat. Feb. 1944



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

ان هذا الكتاب من المجلة وان كان قد عنون به (كتاب الشركة) فانه قد شمل ثمانية مواضع من الابحاث الفقهية كل موضوع منها قد عقد له كتاب خاص هناك وهي :

كتاب الشركة ، كتاب القسمة ، كتاب المضاربة ، كتاب المزارعة ، كتاب المساقات ، كتاب احياء الموات ، كتاب الصيد ، كتاب الحيطان ، واختير هذا العنوان لجميع هذه المواضع لان مفادها لا يخلو من حمل احد المعاني الاربعة الآتية الذكر للشركة او من علاقته بها كالقسمة او مناسبتها لها كسائل الحيطان .

تطلق الشركة على اختصاص ما فوق الواحد بشي* وهو معناها الاصلي وتطلق ايضاً عرفاً على العقد الذي هو من اسباب هذا الاختصاص . وتطلق عرفاً على كون العامة مباحاً لهم احراز الاشياء المباحة التي ليست في الاصل . مسكاً لاحد كاحراز الماء والسكلاً . النار (المادة ١٠٤٥ ، ١٢٣٤ من المجلة) وتطلق ايضاً على اختصاص اكثر من واحد في حفظ شي* كاشتراك الودعاء في حفظ الوديعة (م ١٠٦٥) . تسمى الشركة بالمعنى الاول شركة في الملك وبالمعنى الثاني شركة في العقد وبالمعنى الثالث شركة اباحة وبالمعنى الرابع شركة حفظ . فهي اربعة انواع شركة . لك وشركة عقد وشركة اباحة وشركة حفظ .

وتنقسم شركة العقد الى تجارية ومدنية فال تجارية ثلاثة انواع
(الكولكتيف) (والكومنديت) (والانونيم) وما يتعلق بهذه الانواع من
الابحاث والاحكام مرجعه قانون التجارة البرية وشروحه .

وتنقسم المدنية الى مفاوضة وعنان وكل واحد منهما اما شركة اموال او شركة
وجوه او شركة اعمال وتسمى ايضاً (شركة تقبل وشركة ابدان وشركة صنائع) .
وتنقسم شركة الملك الى اختيارية واجبارية والى شركة عين وشركة دين ،
وكذلك شركة الحفظ تنقسم الى اختيارية وجبرية فالاولى كما في شركة الودعاء
في حفظ الوديعة فانها اختيارية لان الايداع تحقق بقبولهم . والثانية كاشتراك
الساكنين في دار في حفظ ما القته الرياح في الدار من الاموال .

شركة الملك

ينحصر البحث في شركة الملك ، بتعريفها ، وأقسامها ، وأحكام تصرف
الشركة ، وكيفية الانتفاع بالعين المشتركة ، وعمارة الملك المشترك .
تعريفها : هي أن يملك اثنان أو أكثر عيناً أو ديناً بسبب من أسباب
التملك أو بسبب الخلط أو الاختلاط (م ١٦٠) وأسباب التملك هي العقد
كالبيع ، والارث ونحوه كالوصية واحراز الاشياء المباحة الا ان هذا السبب
الثالث لا يتصور ان يسبب شركة الملك لان كل من يحوز شيئاً مباحاً يكون
ملكاً له وحده . فاذا اشترى شخصان مالا كان مشتركا بينهما سواء اشترياه
بعقد واحد أو اشترى أحدهما نصفه مثلاً بعقد واشترى الآخر النصف الثاني
بعقد ، وكذا لو قبضاه من طريق الهبة أو الوصية أو وصل اليهما بطريق
الارث ، وكذا حكم لو اختلط مال شخصين كما لو مال ظرفاً دهن كل منهما

لشخص واجتمع الدهن في حوض مثلاً فإنه يصبح مشتركاً بين الشخصين ،
وكذا لو خلط شخصان مالهما كان الخلوط مشتركاً بينهما سواء باشراً بالخلط
بأنفسهما أو بأشده غيرهما بأذنهما .

أما لو خلط المدين شخص آخر بلا إذن منهما فالخلوط يكون ملك الخاطئ
وعليه الضمان لأصحاب الأموال لأنه بالخلط كان متلفاً لكل من تلك الأموال
صورة . ولو وقع الخلط بأذن أحد أصحاب الأموال دون غيره كان المال مشتركاً
بين الخاطئ والأذن حسب حصته وعلى الخاطئ الضمان لأرباب الأموال الذين
لم يأذنوا بالخلط . ثم إن الخلط أو الاختلاط إنما يوجب الشركة إذا اختلط
المالان بحيث يتعذر أو يتعسر التمييز بينهما كما لو اختلطت الحنطة بالشعير
والدهن بالدهن . فلو أمكن التمييز والتفريق بين الأموال المختلطة لا يكون
الخلوط مشتركاً بل يخص كل واحد به . فلو كان لرجل دينار والآخر ديناران
من جنسه فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما
وبقي واحد يكون الباقي مشتركاً بينهما مثلاً ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه
لصاحب الدينار (م ١٠٦١) وسبب ذلك أن الدينارين الثلاثة بعد هذا
الاختلاط قد أصبحت مشتركة بين الرجلين مثلاً وإذا هلك قسم من المال
المشترك يبقى الباقي مشتركاً بين الشركاء على الوجه الذي كان قبل الهلاك ولو كانت
الدينارين في المثال المذكور مختلفة الجنس كما لو كان لواحد دينار فرنسي والآخر
دينار مصريه فخلط الجميع لا تتحقق الشركة ويخص كل واحد بديناره
والمالك يهلك على صاحبه ، وكذلك لو كانت الدينارين من جنس واحد إلا أن فيها
علامة فارقة كأن تكون دينار أحدهما عراقية سائلة ودينارين الآخر عراقية

منقوبة واختلط الجميع فلا شركة لأمكن التفریق والتميز .

اقسامها : تنقسم شركة الملك الى (١) اختيارية (٢) وجبرية والى
 ١ - شركة عين اي شركة في عين ٢ - وشركة دين اي شركة في دين
 فالاختيارية ما كانت بفعل الشركاء كشراء جملة اشخاص شيئاً شائعاً بينهم
 وكقبولهم الهبة او الوصية ، وكمخلطهم اموالهم اختياراً بحيث يتعذر او يتعسر
 فصلها (م ١٠٦٣) وانما قلنا اختياراً لان الخلط اذا كان باكراه فان كان
 ملجئاً لا تنحق الشركة بل يعود الخلط للمكره وعليه الضمان لارباب الاموال
 المخلوطة لانه يعتبر هو الفاعل للخلط بحكم اكراهه ، والخلط اتلاف فعليه
 الضمان ، ان كان الاكراه غير ملجئ فتتحق الشركة لان الاكراه غير
 الملجئ انما يؤثر في العقود لا في الافعال .

وأما شركة الملك الجبرية فهي ما حصلت بغير فعل الشركاء كالاشتراك
 الحاصل بسبب الارث وكتخلط الاموال اضطراراً على وجه يتعذر او يتعسر
 التفریق بينها (م ١٠٦٤) كالونهرت اكياس الحنطة كل قسم منها لشخص
 فاختلطت .

واما شركة الملك في العين فهي اختصاص اكثر من واحد في مال معين
 كأختصاصهم في دار او سيارة او نجوها من الاعيان (م ١٠٦٧) .
 واما شركة الملك في الدين فهي اختصاص اكثر من واحد في مبلغ من
 الدين كاشتراكهم في مقدار من الدراهم في ذمة شخص (م ١٠٦٨) وانما صح
 الاشتراك في الدين مع ان الدين سند الحنفية ليس بمال بل هو وصف ثابت
 في الذمة لانه مال ما لا فكلمها قبض شيء من الدين ظهر مال مشترك . والمراد

من الدين هنا هو المعنى الاول من المعاني الثلاثة للدين الواردة في المادة (١٥٨) لان الاشتراك في الدين بالمعنيين الاخيرين هو من باب الشركة في العين

المطام تصرف الشركاء في الاعيانه المشتركة :

ان الاعيان المشتركة لا تخلو من ان تكون من المسقات كالدور والدكاكين ونحوهما ، او من الحيوانات ، او من الثياب ، او من الحدائق والرياض ، او من الاراضي ، او من المكيلات والموزونات .
ولهذه الانواع الستة احكام شاملة تجري في جميعها ، واحكام تجري في نوع دون نوع واليك البيان :

المطام العامة :

١ - للشركاء ان يتصرفوا باتفاقهم في العين المشتركة كيفما يشاءون (م ١٠٦٩) فلم ان يبيعوها ويقسموا الثمن حسب انصباثهم وان يؤجروها ويقسموا الاجرة حسب حصصهم وان يرهنوها ، وان يزرعوها اذا كانت ارضاً ، وان يقرضوها اذا كانت مما يقرض ، وان يسكنوها اذا كانت مما يسكن كالدار الا انه ليس لاحد ان يدخل فيها اجنبياً بلا إذن من سائر الشركاء ولو كان الادخال بطريق الزيارة لا السكنى ، لاقتضاء ذلك التصرف في ملك الغير بلا اذنه وذلك غير جائز (م ١٠٧٠) .

٢ - لاحد الشركاء ان يتصرف مستقلاً في الملك المشترك باذن شركائه ، لا تصرفه ان يتصرف والاذن اما ان يكون صريحاً او حكماً فالصريح كأن يفوض اليه الشركاء بيع المشترك او ايجاره او اعارته او السكنى فيه او هدمه او نحو ذلك من التصرفات

فحينئذ يسوغ للمأذون التصرف وفق الاذن سواء كان مضرراً او غير مضر لانه يعتبر اصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شريكه والوكيل ان يعمل ما فوض اليه .

والاذن الحكمي ما اعتبر الشرع تقديره ، وهو مقدر في التصرف غير المضر الصادر من الشريك بحضور الشركاء فيما لا يختلف باختلاف المستعملين كسكنى احد الشركاء في الدار المشتركة (م ١٠٨١) اللهم الا اذا كانت عائلته الساكنة معه تضر سكنهم بتلك الدار وزراعته الارض المشتركة اذا كانت زراعته لا توجب نقصانها فاذا سكن احد الشركاء في الدار المشتركة بحضور فلا تلزمه اجرة الا اذا كان الشريك وقفا او يتيم او بيت المال ولا ضمان عليه لو احترقت وليس للشركاء ان يطلبوا السكنى في تلك الدار مستقلين بمقدار المدة التي سكن فيها الشريك المذكور (م ١٠٨٣) وكذلك لو زرع احد الشركاء الارض المشتركة بحضور الشركاء ولم تكن الزراعة تنقصها فاذا استحصد الزرع فليس للشركاء عليه اجر (م ١٠٧٦) اما اذا لم يستحصد الزرع فيجري حكم المادة (١١٧٣) .

اما اذا كان الشركاء في المثاليين غائبين فان الاذن مقدر ايضاً الا ان للشريك عند حضورهم ان يطلب سكنى الدار او زراعة الارض بقدر المدة التي تصرف فيها الشريك لان الاذن من الشريك الغائب وان كان مقدراً حكماً فان المهايئة الرضائية مقدرة ايضاً حفظاً لمصلحة الطرفين وقياماً بالتوازن العادل بخلاف ما اذا كان الشريك حاضراً فان حضوره وسكوته يتضمن الاذن فقط دون المهايئة اذ بإمكانه ان يطلبها لو كان راغباً فيها وكذلك لو ان الشريك سكن الدار بغيبية شريكه سنة وتركها سنة وزرع الارض سنة وتركها

سنة فليس للغائب عند حضوره ان يطالب سكنى الدار او زراعة الارض بقدر
المدة التي تركها الشريك (م ١٨٠١) لان الترك يعتبر تنفيذاً للمهايشة الرضائية
الضمنية .

٣ - كل واحد من الشركاء اجنبي في التصرف المضرب بحصة شريكه فليس التصرف المضرب
له ان يتصرف فيها تصرفاً يضر بها من دون اذن صاحبها لانه لا ملك له فيها ^{ممنوع}
ولا ولاية له عليها بل ان يده يد امانة مجردة ، فاذا تصرف بها تصرفاً مضراً
فهلك المال المشترك في يد من وقع التصرف منه او في يد الشريك ولو بعد عوده
الى الوفاق بازالة التعدي فانه يضمن قيمته يوم التعدي او نقصان قيمته اذا
حصل فيه نقص من جراء التصرف . فليس له ان يركب الدابة المشتركة ولا
ان يحملها فان فعل وهلك الدابة او نقصت قيمتها ضمن نصيب شريكه ،
وكذلك ليس له ان يبيع نصيب شريكه او ان يرهنه او يهبه او يؤجره او
يعيره بدون اذن من شريكه لان هذه تصرفات مضرة بالشريك فان فعل
كان العقد موقوفاً في نصيب الشريك على رضائه وان فعل وسلم المعقود عليه
الى العاقد الثاني فهلك المال بيده كان للشريك ان يضمن اي العاقدين شاء .
اما اذا كان التصرف غير مضرب بالشريك كسكنى الدار المشتركة وزراعة
الارض التي لا تضرها الزراعة فانه يعتبر متصرفاً في ملك نفسه لشيوع حصته
في كل جزء (م ١٠٧٥) .

٤ - اذا كانت الشركة في العين قد نشأت من غير خلط الاموال ^{لشريك ان يبيع}
او اختلاطها فلكل من الشركاء ان يتصرف في حصته بدون اذن شريكه ^{اذا كانت الشركة}
بسائر التصرفات الشرعية التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه سواء كان ^{دون سبب الاختلاط}

التصرف لشريكه او لغيره لقدرته على التسليم في كلا الحالتين فان كان في
 التصرف ضرر لشريكه فلا يجوز بدون اذنه لان الضرر يزال شرعاً ، وبناء على
 ذلك لاحد الشركاء ان يبيع حصته من الدار او الارض او الفرس
 لمن شاء (م ١٠٨٨) ، وليس لشريكه ان يجبره على بيعها له كما انه ليس له
 ان يجبره على شراء حصته (م ١٠٧٢) ولكن ليس له ان يهدم نصفه من
 الجدار المشترك او ان يقطع نصف الاشجار المشتركة لان هذا يؤدي الى
 ضرر شريكه ، كما انه ليس له ان يبيع نصيبه مثلاً من الجدار المشترك بدون
 ارضه لاجنبي او لبعض الشركاء دون بعض لعدم قدرته على تسليم المبيع الى
 المشتري بدون اضرار شريكه لان المشتري يكاف برفع ما اشتراه من البناء عن
 الارض وهذا يوجب نقض الجدار المؤدي الى اضرار الشريك (ولا ضرر ولا ضرار
 شرعاً) حتى لو اشترط ابقاء المبيع على الارض لئلا يتضرر الشريك كان البيع
 فاسداً لانه شرط فيه نفع للمشتري . اذا كانت الشركة قد نشأت من الخلط او
 من الاختلاط فان كان التصرف للشريك كأن يبيع حصته من الحنطة المخلوطة
 لشريك فصحيح ، وان كان التصرف لغير شريكه فلا يصح وان لم يكن في ذلك
 ضرر على الشريك (م ١٠٨٨) والسبب في ذلك عدم القدرة على التسليم لان
 الخلط او الاختلاط لا يترتب عليهما الاشتراك في كل حبة من المخلوط بل كل
 حبة مملوكة بجميع اجزائها لواحد من الشريكين وهو صاحبها الاصلي ، فلو باع
 نصيبه لاجنبي فلا يقدر على تسلمه الا مخلوطاً بملك غيره وهذا يتوقف على اذن
 الغير وهو الشريك لان التصرف في ملك الغير موقوف على اذنه .

الحاصلات تسمى ٥ - ان حاصلات الاموال المشتركة تقسم بين الشركاء سوية ولا عبرة
 حصة ولا عبرة بالشرط

بالشرط الوارد على خلاف ذلك (م ١٠٧٣) فلو كان حيوان او عقار مثلاً مشتركاً بين ثلاثة اشخاص وأجره فان الاجرة تقسم بينهم مثلاً ولا عبء بالشرط الوارد بينهم على خلاف ذلك وكذلك لبن الحيوان المشترك وصوفه ونتاجه وغلة البستان المشتركة ، فلو اخذ احدهم اكثر من نصيبه بناء على الشرط الوارد بينهم فلا شركاء الآخرين استرداد الزائد ان كان موجوداً وتضمن قيمته ان كان هالكاً . ويتفرع على هذا الحكم ان شخصين لواجر دار بينهما بعقد واحد على ان يقسما الاجرة بينهما مناصفة وكانت اجرة مثلهما متفاوتة فلا عبء بالشرط بل تقسم الاجرة بينهما بنسبة اجرة مثلهما .

٦ - ان حصة احد الشريكين امانة في يد شريكه فتجري عليه سائر ^{حصة الشريك} احكام الامناء فاذا هلك في يده بلا تعد او تقصير منه فلا ضمان عليه ^{امانة بيد الآخر} والا ضمن . فاذا اودع احد الشركاء المال المشترك عند غير امينه بلا اذن من شركائه فهلك المال ضمن الشريك المودع حصص شركائه . وكذلك لو اعاره لآخر فهلك وكذلك لو كانت مواشي مشتركة بين شخصين في يد احدهما فاعطاها هذا الى اجير مشترك يرعاها فهلك عند الراعي فان الشريك يضمن حصة شريكه ، اما اذا حفظ الشريك مال الشركة عند اجيره الخاص او وكيله او بيد من في عياله فلا ضمان عليه ان هلك والحاصل ان حكم مال الشركة بيد احد الشركاء حكم سائر الامانات (م ١٠٨٧) .

اما الاحكام الجارية في نوع دون نوع من الاعيان فهي :

١ - اذا اجر احد الشركاء الدار المشتركة او الارض المشتركة او الحيوان ^{اذا اجر الشريك} المشترك بدون اذن من شركائه وانقضت المدة او انقضت بعضها فلم يجز ^{الدار بدون اذن} الشركاء العقد عند علمهم به فعلى الشريك المؤجر ان يعطي شركاءه انصباهم من

الاجرة التي قبضها سواء كان هؤلاء الشركاء غائبين او حاضرين على الاصح
(م ١٠٧٧ ، م ١٠٨٤) وليس له ان يستبد بجميع الاجرة فارضا نفسه فضوليا
وان الفضولي اذا اجر واستوفى الاجرة وانقضت مدة الاجارة بلا اجازة
فان الاجرة له بناء على قاعدة (ان الاجرة للعقد) والفضولي هو الذي يعتبر
عاقدا في هذه الصورة والسبب في ذلك ان الفقهاء اعتبروا الشريك الغائب
في هذه المسألة بحكم الاذن لشريكه واعتبروا الحاضر بحكم المجيز ان كان
علما بالعقد لانه مع علمه به لم يطلب فسخه وبحكم الغائب اذا لم يكن علما
بالعقد ، والغائب قد اعتبر بحكم الاذن .

٢ - اذا زرع احد الشركاء الارض المشتركة بدون اذن سائر شركائه فلا
يخلو الشركاء من ان يكونوا حاضرين او غائبين فان كانوا حاضرين وسكنوا حتى
استحصد الزرع فليس لهم طالب شي * من الشريك الزارع من اجرة او نحوها
الاهم الا اذا نقصت الارض بزراعته فلمهم تضمينه قيمة النقصان . وان لم
يستحصد الزرع فللشركاء ان يطلبوا قسمة الارض وعند القسمة فلمهم ان
يكلفوا الزارع بقلع زرعه الذي كان قد حصل في نصيبهم بعد القسمة او ان
يتفقوا معه على وجه آخر (م ١١٧٣) . وان كان الشريك غائبا فلمالحاضر ان يزرع
كامل الارض اذا علم ان الزراعة تدفع الارض ولا تنقصها وعند حضور الغائب
له ان يزرعها مقدار المدة التي زرعهما الاخر نظراً لاعتبار الاذن حكماً في اعتبار
المهاينة الزمانية حكماً ايضاً ، واذا علم ان ترك الزراعة نافع للارض ومؤد الى
قوتها وزراعتهما توجب نقصانها فحينئذ لا يوجد اذن الغائب لا حقيقة ولا حكماً
ولكن بما ان الشريك الحاضر لا يجوز حرمانه من الانتفاع من حصته فله ان يزرع

في بقعة معينة من الارض مقدار حصته كل سنة ، وليس له ان يزرع كل سنة
 قسما غير القسم الاول ، وذلك نظرا الى ان الشرع اعتبر في هذا الجواز مهائة
 مكانية حكما و بناء عليه اذا حضر الغائب ليس له ان يمنع الشريك الذي
 سبقت زراعته على الوجه المذكور من الاستمرار على الزرع معه بحكم الشركة .
 وليس للشريك الحاضر ان يزرع كامل الارض بغيبة شريكه اذا كانت
 الزراعة تنقصها ، فلو فعل فللغائب عند حضوره ان يضمه نقصان حصته ، غير ان
 الشريك الحاضر اذا راجع الحاكم واذن له بزراعة كامل الارض لثلا يضيع العشر
 او الخراج فزرع كامل الارض فليس للغائب عند حضوره ان يضم شريكه
 الزارع شيئا لان زراعته كانت بجواز شرعي والجواز الشرعي ينافي الضمان ،
 ولكن هل للشريك الغائب في هذه الصورة ان يطلب زراعة الارض بكاملها
 مقدار المدة التي كان قد زرعها الحاضر باذن الحاكم ؟ الظاهر ان له ذلك قياسا
 على ما اذا زرعها الحاضر بكاملها بغيبة شريكه ولم تكن الزراعة تنقصها على
 ما مر بيانه .

٣ - نتاج الحيوانات تبع الام في الملكية فالمالك للام هو المالك نتاج الحيوان تبع
 لنتاجها ، لان النسبة في الحيوانات الى الام هي المتحققة ولا يمكن تعيين الاب
 عادة ولانه كالجزم من الام .

٤ - اذا غاب الشريك في البستان المشتركة فللشريك الحاضر ان يكون قائما الشريك في البستان
 عليها وليس ذلك واجبا عليه حتى انه لو اهلها فخربت لا شيء عليه واذا
 قام عليها فادرك الثمر كان له ان يأخذ حصته منها ، واما حصة الغائب فله
 الا بمسها بشيء واذا فسدت لاضمان عليه ، وله ان يبيعها ويحفظ ثمنها له

فاذا حضر الغائب كان مخيراً فان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ وان شاء لم يحز وضمن الشريك (م ١٠٨٦) ولو كان المبيع قائماً بيد المشتري وهذا الخيار يثبت ايضاً لورثة الغائب فيما لومات الغائب والاجازة هنا لا تتوقف على شروط الاجازة في بيع الفضولي ووجه الفرق ان الشريك مجاز له البيع شرعاً بخلاف الفضولي . ولكن قد يقال اذا كان الشريك مجازاً بالبيع فكيف يضمن للشريك اذا لم يختار الاجازة مع ان الجواز الشرعي ينافي الضمان ؟ . وهل يلاحظ في هذا الحكم المتعلق بقسمة الثمرة على الوجه المذكور ما جاء في المادة (١١١٧) والمادة (١١١٨) ؟ الظاهر من اطلاق المادة (١٠٨٦) عدم ملاحظة ذلك .

٥ - اذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة بينهم في الارض الموروثة لهم او في غيرها فان كان ذلك باذن من الورثة الكبار ووصي الصغار او الحاكم كان الحاصل مشتركاً بينهم حسب انصبتهم . وان كان ذلك بلا اذن منهم كان الحاصل كله للزارع ولو كانت الزراعة في الارض الموروثة لهم غير انه يضمن لسائر الورثة مقدار حصصهم من البذر ونقصان الارض لانه في هذه الصورة يعد غاصباً ، وكذلك اذا بذر حبوبه الخاصة به في الارض الموروثة فان الحاصل كله له ، ويضمن لسائر الورثة نقصان الارض (م ١٠٨٩) والحكم على الوجه المذكور جار ايضاً في سائر الشركاء في حبوب وارض ولو لم يكونوا ورثة .

وكذلك الحكم لو اخذ احد الشركاء من الورثة او غيرهم مقدراً من الدراهم المشتركة وعمل بها ، فان كان ذلك باذن الشركاء وقد اشترط ان يكون الربح كله للعامل كانت المعاملة من باب القرض وكان الشريك العامل مستقرضاً

لحصة شركائه من الدراهم فله ربحها وعليه خسارها ، وان كان قد شرط ان يكون الربح مشتركاً بينهم كان العامل مضارباً في حصة شركائه ، وان كان قد شرط ان يكون الربح كله لشركائه كان مستبضعاً في حصة شركائه . وان عمل بها بدون اذن من شركائه كان غاصباً فيضمن لشركائه حصصهم من الدراهم ، ويكون الخسار عليه والربح سالماً له فليس لهم مطالبته بشيء من الارباح (م ١٠٩٠) .

٦ - اذا كان المشترك من نوع الموزونات او المسكيات او العدديات المتقاربة فان للشريك الحاضر ان يأخذ نصيبه بغياب شريكه وينتفع به فاذا حضر الشريك الغائب واخذ نصيبه تمت القسمة وانقطعت العلاقة بينهما . واذا هلك الباقي قبل ان يتسلم الغائب نصيبه فلا تعتبر القسمة قد تمت وكان الهالك على الطرفين ، وعلى الشريك الحاضر ان يسلم الى الغائب ما يصيبه مما اخذه في غيبته (م ١١١٧) .

الربوب والدين المشترك واساطره

المراد من الدين هنا ، ما ثبت في الذمة من المال بسبب من الاسباب الموجبة له ، وهي ثلاثة : الاول العقود كالبيع والاجارة والقرض والنكاح والخلع ونحوها فيثبت بالبيع الثمن في ذمة المشتري ، وبالاجارة الاجرة في ذمة المستأجر ، وبالقرض بدله في ذمة المستقرض ، وبالنكاح المهر في ذمة الزوج ، وبالخلع بدله في ذمة الزوجة . الثاني النصوص وهي الاحكام الشرعية بثبوت النفقات على اختلاف انواعها فان النفقات تكون ديناً في ذمة من وجبت عليه شرعاً . الثالث الافعال كالغصب والاتلاف فان المتلف (بفتح اللام) او

المغصوب اذا هلك فاذا كان من المثليات يثبت مثله في ذمة الغاصب او المتلف ، وان كان من القيميات تثبت القيمة في ذمته ، سواء كان المتلف قد اتلف المال بنفسه او اتلفه من هم تحت رعايته من القصر والمجانين او ما هو في ملكه من الاعيان كجناية الحيوانات وكالهلاك بعدم اتخاذ الحيلة في المباني حتى سقطت فانتلفت شيئاً على ما مر من مواد المجلة في باب الاتلاف .

اقسام الدين : ينقسم الدين باعتبارات مختلفة الى اقسام عديدة ، فانه ينقسم باعتبار وصفه الى حال ومؤجل ومقسط . وباعتبار قوته الى ممتاز وعادي ، و الى صحيح وغير صحيح ، و الى دين صحة ودين مرض ، وباعتبار سببه الى ثابت اصالة في الذمة وثابت تبعاً لثبوته على شخص آخر ، وينقسم بالنسبة للدائن الى مشترك وغير مشترك .

باعتبار وصفه الى فالدين الحال ما تصح المطالبة به فوراً والمؤجل ما لا تصح المطالبة به الا وقت حلول الأجل ، ويشترط في الأجل لصحة العقد المرتب عليه الدين ان يكون معلوماً عند المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع . والمقسط ما يؤدي اجزاء متفرقة في اوقات متعددة ، ويشترط لصحة التقسيط ان تكون الاجزاء معلومة واوقات الاداء معينة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، واذا اشترط الدائن انه اذا تأخر المدين عن دفع اي قسط في وقته تحمل بقية الاقساط اعتبر الشرط ووجب العمل به لانه شرط ملائم للمقد وان لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحمل .

باعتبار قوته الى والدين الممتاز هو ما اخذ به رهن وقد مر تفصيله في كتاب الرهن ، والعادي هو ما لا رهن به وحكمه ان الدائنين اسوة في الاسقيفاء ، لا رجحان لاحد على الآخر .

دين الصحة ودين الصحة هو ما ثبت في ذمة المدين حال صحته سواء علم سببه بان كان
 ممن مبيع مثلاً ام لا كما اذا ثبت بالاقرار .

ودين المرض ودين المرض هو ما ثبت في ذمة المدين اثناء مرض موته ، فان علم سببه
 كأن كان ممن مبيع او اجرة كان في قوة دين الصحة ، وان لم يعلم سببه بان يثبت
 باقرار المريض كان اضعف منه فلا يأخذ من استحققه شيئاً الا بعد استيفاء
 ارباب الديون الصحيحة ، وما في قوتها حقوقهم .

الصحيح والدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالاداء او بالابراء ، وهو يشمل
 جميع الديون ما عدا دين النفقة غير المستدانة اصلاً او المستدانة بغير الرضاء
 او القضاء ، وغير الصحيح هو ما يسقط بغير الاداء والابراء كدين النفقة غير
 المستدانة او المستدانة من غير ان تفرض رضاء او قضاء ، فانها اذا كانت
 للزوجة تسقط بالموت او الطلاق ، واذا كانت لغيرها من الاقارب تسقط بزوال
 الوصف الموجب لها .

باعتبار سببه الى والدين الثابت اصاله في الذمة هو ما وجب في ذمة المدين ابتداء ، وهو
 ثابته اصالته في كل الديون عدا دين الكفالة والحوالة . وما ثبت تبعاً هو دين الكفالة والحوالة
 الذمة فانهما يثبتان بالتبعية لثبوتهما في ذمة المكفول عنه والحال عليه ، على ما مر
 وثابته تبعاً في كتاب الكفالة وكتاب الحوالة .

الدين المشترك

وتقسم بالثبوت الى الى الدائن الى هو ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين متحداً (م ١٠٩١) كان يكون ممن
 مشترك مبيع مشترك بيع صفقة واحدة ولم يذكر في العقد نصيب كل واحد ، اما اذا
 ذكر نصيب كل واحد من الشركاء من الدين او ذكر نوع ما يخصه منه او

وصفه ، لم يكن الدين مشتركاً (م ١٠٩٥) و (م ١٠٩٦) ولو وثق بسند واحد ، لان تسمية ما يخص كل واحد من الشركاء تفريق للصفقة بدليل ان المشتري في هذه الصور ان يقبل في نصيب احد الشركاء ويرد في نصيب الآخر ، وهذا لا ينافي بحكم المادة (١٧٩) لان المراد فيها ان مجرد تفصيل ثمن المبيعات في الايجاب لا يعتبر تفريقاً للصفقة لا بتعيين ما يخص كل واحد من الشركاء في المبيع ، فلاتنا في بين المادة (١٧٩) والمادة (١٠٩٥) . ومن امثلة الدين المشترك ان يكون الدين اجرة مال مشترك ، او يكون آيالا للورثة عن مورثهم او قيمة مال مستهلك مشترك او ان يكون منبعثاً من اداء الكفلاء من مال الشركة بامر المكفول عنه او من اقراض الشركاء احداً من دراهمهم المشتركة او من سائر المكيالات او الموزونات او العدديات المتقاربة المشتركة بينهم (م ١٠٩٢ و ١٠٩٣ و ١٠٩٤ و ١٠٩٧) . وكذلك اذا امر احد شخصين ان يؤديا الدين الذي عليه فادياه من مالهما المشترك فان الدين الثابت لهما في ذمة الامر مشترك لان سببه واحد وهو اشتراكهما في مورد الايفاء (م ١٠٩٨) وكذلك اذا باع اثنان مالهما غير المشترك بصفقة واحدة كان الثمن الذي في ذمة المشتري ديناً مشتركاً لهما لان سببه واحد وهو العقد ، فلو كان لواحد سيارة ولاحر دراجة فباعاهما لشخص بمائة دينار صفقة واحدة كان هذا الثمن مشتركاً بينهما . ومعرفة ما يخص كل واحد من هذا الثمن تنافي بقسمته على النسبة بين قيمة السيارة والدراجة فلو كانت قيمة السيارة (١٥٠) ديناراً وقيمة الدراجة (٥٠) ديناراً كان لصاحب السيارة (٧٥) ديناراً من الثمن المسمى ولصاحب الدراجة (٢٥) ديناراً ، لان قيمة الدراجة نسبة الى قيمة

السيارة كنسبة ربع الى ثلاثة ارباع . وحلها بطريق التناسب ان يجعل مجموع القيمتين مقدماً أولاً، والثنى المسمى تالياً، ويجعل قيمة ما يراد معرفة ثمنه مقدماً ثانياً وحاصل ضرب الوسطين هو الثمن المراد فاذا اريد معرفة ثمن الدراجة في هذا المثال يكون الوضع على هذه الصورة

$$١٠٠ : ٢٠٠$$

$$٥٠ : س$$

$$٢٥ = ٢٠٠ : ٥٠ \times ١٠٠$$

واذا اريد معرفة ما يخص السيارة يكون الوضع على هذه الصورة

$$١٠٠ : ٢٠٠$$

$$١٥٠ : س$$

$$٧٥ = ٢٠٠ : ١٥٠ \times ١٠٠$$

اما اذا سمي كل واحد من صاحبي السيارة والدراجة ثمناً ، ولو مالاً لا يكون مجموع الثمن ديناً مشتركاً ولو بيع المالان بصفقة واحدة (م ١٠٩٦) .

الدين غير المشترك

هو ما كان سبب ثبوته لشخصين فأكثر في ذمة المدينين مختلفاً كأن يكون احد الدينين بدل قرض من شخص والثاني ثمن مبيع من شخص او ان يكون الدين ثمن مبيع مشترك ولكن سمي كل واحد من الشركاء لنصيبه ثمناً حين العقد . وحكمه انه يجوز لكل واحد من الدائنين ان يستوفي دينه على حده من المدين وما يأخذ يكون له خاصة ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين ، الا اذا كان المدين محجوراً عليه بسبب الدين واعطى من المال الذي تخصص

بالحجز لاداء الدين فانه حينئذ يبطل تصرفه ويسترد المال من اخذوه اذا لم يحجزه الدائنون (م ١٠٩٩ و ١٠٠٢) .

اعظام الدين المشترك

للمدينان ^{ان يطالب} - لكل واحد من الشركاء الحاضرين ان يطالب بحصته من الدين ^{بعضه او كغيره} ولو كان بحصته او بكل الدين ^{او كغيره} رهناً او كفيل وان كان بعضهم حاضراً ^{ان يطالب بحصته} وبعضهم غائباً وللحاضر ان يطالب بحصته وللحاكم ان يجبر المدين على اداء حصته (م ١١٠٠) . فلكل من الشركاء ان يقيم الدعوى بنصيبه على المدين متى شاء ولا يلزم ان يقيم الشركاء جميعهم الدعوى سوياً بل هم مخيرون ان شاءوا اقاموا جميعاً دعوى واحدة ، وان شاء كل واحد منهم ان يقيم الدعوى بحصته متى اراد . هل يصلح ان يكون احد الشركاء خصماً في الدعوى فيطالب بكل الدين من المدين ؟ ينظر ان كان وكيلاً عن بقية الشركاء فبحكم الاصله عن نفسه والوكالة عن غيره له ذلك ، وكذلك اذا كان سبب الاشتراك في الدين هو الارث فان احد الورثة يصلح ان يكون خصماً عن الباقيين ، فله ان يطالب بكل الدين الا انه ليس له ان يقبض سوى نصيبه (١٦٤٢) . وان لم يكن وكيلاً عن الباقيين ولم يكن سبب الاشتراك هو الارث فليس له ذلك على رأي الامام ابي حنيفة لان الشريك اجنبي في نصيب شريكه ولا ولاية له عليه كما انه ليس وكيلاً عنه ، وعند الامامين له ذلك لان صلة الاشتراك بكل جزء من المشترك تجعله كالاصل في الكل .

اذا استوفى احد الشركاء شيئاً من الدين بوجه من الوجوه اي سواء شيئاً خيرياً استوفاه من نفس المدين او من كفيله بحصته او من المحال عليه بها (م ١١٠٩)
الشركاء من الرجوع عليه او من المدين الاصل

او من كفيل المدين بكل الدين او المحال عليه به ، وسواء كان المقبوض بقدر حصته او اقل او اكثر (م ١١٠٥) كان بقية الشركاء مخيرين بين ان يشاركوه فيما اخذه بنسبة انصباؤهم ، وبين ان يتبعوا المدين في حصصهم ويدعو ما اخذه شريكهم له عن حصته ، فاذا اختاروا اتباع المدين فلا يكون لهم الحق في الرجوع على شريكهم بشيء الا اذا هلك انصباؤهم بموت المدين مفلساً (م ١١٠١ و ١١٠٥) والعللة في عدم اعتبار المقبوض خاصاً بالشريك القابض هو ان هذا الاعتبار يقتضي قسمة الدين قبل القبض وهو غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ، ولان القسمة فيها معنى التملك وتمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز لان الدين وصف في الذمة والادوصاف لا تقبل التملك واذا استهلك الشريك القابض ما قبضه من الدين لا يستقط خيار الشركاء بالرجوع عليه بانصباؤهم مما قبضه لانه قد قبض مالا مشتركاً بينهم فلمهم تضحية ذلك (م ١١٠٢) اما لو هلك في يده فليس لهم اختيار الرجوع عليه بل يعتبر المقبوض الهالك من نصيب القابض (م ١١٠٦) وهو حكم استحساني والقياس يقتضي بثبوت حق اختياريهم الرجوع عليه لانه قبض مالا مشتركاً بينهم ، ووجه الاستحسان انهم اذا اجازوا قبضه واختاروا الرجوع عليه لا يستحقون عليه ضماناً لان انصباؤهم من المقبوض يعتبر حينئذ امانة بيده والامين لا يضمن بلا تعد فكان الاوفق اعتبار المقبوض من حصة القابض .

٣ - اذا تقاض احد الشركاء بحصته مع المدين عن دين لاحق عليه للمدين اذا تقاضى المدين بعد قابضاً لقسم من الدين المشترك فيجري الحكم المذكور في الفقرة السابقة مع المدين عنه دين بعد قابضاً لذمة القسم من الدين

فاذا اشترى احد الشركاء بنصيبه مالا من المدين او استأجر منه داراً مثلاً كان لشركائه ان يرجعوا عليه بانصبتهم من الثمن بالاجرة لانه لما اشترى المال من المدين وجب في ذمته للمدين ثمن المال ، وهو له في ذمة المدين مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدين فصار كأنه قبض قسماً من الدين (م ١١٠٣) . وكذلك مسألة الاستئجار ولكن ليس للشركاء ان يطلبوا المشاركة في نفس المال المشتري لان المشتري ملك المال بالعقد الذي قام به لنفسه فلا علاقة للشركاء بالمال ولكن علاقتهم بمقدار الثمن من حيث اعتبر ان المشتري قد قبض من الدين بمقدار الثمن لسبب النقص الآنف الذكر ولكن اذا اتفقوا على ان يكون المبيع مشتركاً بينهم فلا مانع من ذلك (م ١١٠٣) . وكذلك اذا اتلف احد الشركاء مالا للمدين وتقاصاً بحصته فانه يعد قابضاً من الدين المشترك مقدار ما تقاصا به (م ١١١١) وكذلك اذا استأجر احد الشركاء المدين نصيبه من الدين لانه يعد قابضاً من الدين المشترك مقدار اجرة الاجير بسبب النقص (م ١١٠٧) . وقس على هذه الامثلة ما اذا غصب احد الشركاء مالا من المدين او قبضه منه بشراء فاسد ثم تلف هذا المال بيده او انه باعه لآخر ، ثم تقاص بحصته من الدين مع المدين وكذلك اذا كان المدين امرأة وتزوجها احد الشركاء في الدين بحصته .

ومثل النقص ما اخذ احد الشركاء في الدين رهناً بحصته فهلك الرهن بيده فما سقط من الدين لسبب هلاك الرهن يعد الشريك المرتهن بحكم القابض له فلشركائه الرجوع عليه بانصبتهم منه (م ١١٠٨) .

اما اذا كان النقص قد جرى بحصة احد الشركاء مع المدين بسبب دين عليه

للمدين سابق على الدين المشترك ، فلا يعد هذا الشريك قابضاً لشيء من الدين المشترك (م ١١١١) لانه بسبب الدين الذي عليه سابقاً للمدين يكون قد اوفى هذا الدين بحصته من الدين المشترك الذي ثبتت في ذمة المدين بعد ذلك ، فهو في هذه الصورة موف لا مستوف .

٤ - اذا وهب احد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين او ابراه اذا وهب ابراه منها فهبته او ابراهه صحيح ولا يرجع الشركاء عليه بشيء لانه لم يقبض شيئاً ^{للمدين} ^{للمدين} الشريك المدين من الدين لاحقيقة ولا حكماً بل انه اتلف حصته لا غير (م ١١١٠) .

٥ - اذا صالح احد الشركاء في الدين عن حصته من الدين على شيء فبقية الشركاء مخبرون بين ان يتبعوا المدين في حصصهم ، وبين ان يرجعوا على ^{الشريك} شريكهم فاذا اختاروا الرجوع عليه كان مخيراً بين ان يشركهم فيما تصالح عليه ^{للمدين} ^{للمدين} وبين ان يدفع اليهم انصباهم من المقدار الذي تصالح عنه ، لأن المصالحة ^{للمدين} ^{للمدين} تبني على حط شيء من المصالح عنه غالباً فاذا اختار الشركاء الرجوع على شريكهم المصالح يكونون قد اجازوا اصلحه فليس لهم ان يرغموه على اداء انصباهم من بدل الصلح الذي ربما كان المصالح عليه اقل منه قيمة . فيكون الخيار له في الاداء الى شركائه (م ١١٠٤) .

٦ - ليس لاحد الشركاء ان يتصرف في الدين المشترك تصرفاً يضر بشركائه ^{للمدين} ^{للمدين} فلا يجوز له ان يؤجل انصبا شركائه في الدين الحال او يبطل اجلها بدون اذن شركائه ولكن يجوز له ان يؤجل نصيب نفسه لان له الولاية على ماله وذهب الامام ابو حنيفة الى أن ليس له ان يؤجل نصيبه ايضاً لان تأجيل النصيب قسمة للمدين قبل قبضه وهو غير جائز لعدم تحقق معنى القسمة على

ما مر ذكره قريباً ، والظاهر من اطلاق المادة (١١١٣) قبول رأي ابي حنيفة .
 كما ان الدين المشترك اذا وجب بمباشرة احد الشركاء في شركة العنان فان الشريك
 المباشر له تأجيل الدين كله او بعضه واما غير المباشر فليس له ذلك . ولكن
 لا يصح تأجيل القرض المشترك لا من المباشر ولا من غيره لان القرض عقد
 غير لازم فكندا الاجل فيه غير لازم .

القسم

ينحصر البحث في القسمة بما يأتي :

- | | |
|--------------------------|--------------------------------|
| ١ - تعريفها | ٢ - ركنها |
| ٣ - شرطها | ٤ - حكمها |
| ٥ - انواعها | ٦ - كيفية اجرائها |
| ٧ - فسخها واقلتها | ٨ - الخيارات التي تجري فيها |
| ٩ - ما يدخل في ضمن الحصص | ١٠ - حقوق الغير في المشترك بعد |
| بعد القسمة وما لا يدخل | القسمة . |

تعريف القسمة : هي تعيين الحصص الشائعة ، اي افراز الحصص بعضها
 من بعض بمقياس ما كالذراع والميزان والمكيال فان حصة الشريك قبل
 القسمة كانت شائعة ، اي سائرة في كل جزء من اجزاء المقسوم ولكنها
 بالقسمة تعينت وتخصصت في شيء من المقسوم فتميز عن غيره وذلك بسبب
 ما تضمنته القسمة من الافراز والمبادلة فكانت حصة كل شريك متعينة
 في قسم (م ١١١٤) .

هل يعتبر الافراز جزافاً - كأن يحدد الشركاء قطعاً من الارض المشتركة

ويعينوا كل قطعة او كوم لواحد؟ الظاهر من الفقرة الاولى من المادة (١١١٤) ان هذا الفعل قسمة لانه قد تعينت به الحصة الشائعة ولكن نظراً للفقرة الثانية المفسرة للاولى ينبغي الا يعتبر قسمة لانها قيدت الافراز ان يكون بمقياس، اللهم الا ان يقال ان هذا القيد واقعي، واذا تفقهننا في المسألة نقول ان القسمة بهذه الصورة من الاشياء الربوية غير معتبرة وان رضي الشراء بها واما في غير الربوية فيلزم اعتبارها لتحقيق التمايز بين الحصص رضاء ولكن هذا لا يسلب حق فسخ القسمة اذا تحقق الغبن الفاحش.

وكما هو الفعل الذي حصل به الافراز والتمييز بين الانصباء كالوزن والذرع والكيل والعد فهي امر فعلي لا يكتفى فيها بمجرد القول فاذا اتفق الشركاء في الدار على ان تكون جهتها الشرقية مثلاً لواحد والجهة الغربية لواحد لا تنحقق القسمة (م ١١٢٤) وتعتبر الدارانها لم تنزل مشتركة، وكذلك لو حكم القاضي بذلك.

هل للقاضي ان يحكم بمجرد لزوم القسمة ويحيل فعل الافراز الى دائرة التنفيذ (الاجراء)؟ ليس له ذلك ولا فائدة من هذا الحكم، لان القسمة من اختصاص القاضي وهي امر فعلي فالبت فيها يقتضى تحقق الفعل فلا تتكون القسمة بدون الفعل ولا يتحقق الحكم بها الا بوقوع الافراز.

شروطها

- ١ - كون المقسوم عيناً فلا يصح تقسيم الدين قبل قبضه وبعبارة اخرى لا يتصور تحقق فعل القسمة في الديون لان الافراز والمبادلة لا يتصوران فيه لان الدين وصف في ذمة المدين. ويتفرع على هذا ان الورثة لو اتفقوا على توزيع

(١)
كـون المقسوم عيناً
وورثته

ديون مورثهم بينهم على ان يختص كل قسم من الدين بواحد لا يعتبر ذلك
 قسمة صحيحة ويبقى الدين كله مشتركاً تطبق عليه الاحكام السالف ذكرها
 في فصل الدين المشترك . وكذلك لو اقتسموا الدين والعين على ان يكون الدين
 لواحد والعين لواحد ، او قسم من الدين وقسم من العين ، لواحد ، والقسم
 الاخر من الدين والعين لواحد لتضمن ذلك قسمة الدين والمبادلة به . اما لو
 قسمت العين اولاً ثم قسمت الديون فالقسمة الثانية باطله والقسمة الاولى
 صحيحة لعدم العلاقة بين القسمين (م ١١٢٣) .

٢ - ان يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة فان لم يكن ملكاً بل
 ملكاً لشركاء كان وفقاً لا تصح القسمة ، فلو كان عقار موقوفاً على شخصين فاقسمه بينهما
 فالقسمة غير صحيحة . ويتفرع على هذا الشرط ما يأتي :

أ - اذا ظهر بعد القسمة مستحق للمقسوم بطلت القسمة . اما لو ظهر
 شفيع لأحدى الحصص بعد القسمة والافراز مع البائع لا يطرأ على القسمة
 خلل . مثلاً لو باع زيد نصف داره مشاعاً لأحد ثم اقتسم البائع والمشتري الدار
 وظهر شفيع اخذ النصف المباع بالشفعة فان القسمة تبقى على حالها ويأخذ الشفيع
 القسم الذي تعين للمشتري بالقسمة .

ب - اذا ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كره او ثلثه بطلت القسمة
 ولزم تقسيم المشترك بين مالكيه بعد الاستحقاق ان رغبوا في القسمة ، لان
 القسمة لو اقيمت على حالها قبل الاستحقاق يتضرر المستحق من حيث ان
 حصته التي استحقها تكون متفرقة في الحصص التي اصابته الشركاء وهو
 ضرر (والضرر يزال) كما انه (لا ضرر ولا ضرار) .

ج - اذا ظهر بعد القسمة مستحق لاحدى الحصص بكاملها ، بطلت القسمة وتعود الحصص الاخرى مشتركة بين جميع الشركاء قبل القسمة ، لانه قد تبين من هذا الاستحقاق ان نصيب صاحب الحصة التي استحققت لم يزل مخلوطاً بالحصص الاخرى لانه بالاستحقاق لم يسلم له شيء من الملك المشترك .
واذا كانت الحصص الاخرى قد خرجت كلها من ايدي اربابها بان كانوا قد باعوها فانه لا يطرأ على البيع خلل ويعود عليهم من استحققت حصته بنصيبه من الثمن لان البيع كان قد وقع صحيحاً فلا موجب لبطلانه . واذا باع احد الشركاء حصته ، فالبيع لا يطرأ عليه خلل وتبطل القسمة وتعود الحصص الباقية مشتركة بين جميع الشركاء ويعودون على الشريك البائع بانصبتهم من ثمن الحصة المباعة .

د - اذا ظهر بعد القسمة مستحق لمقدار معين او شائع من حصة احد الشركاء فان القسمة لا تبطل ، لان ما بقي في يده لم يزل مفرزاً لا حق لغيره فيه ، ولكن بما ان ما بقي في يده قد تعيب بالاشتراك مع المستحق فله فسخ القسمة لانها تفسخ بخيار العيب على ما سيجي . وله ان يقي القسمة على حالها ويعود على شركائه بمقدار النقصان . كما هو الحال فيما اذا استحق جزء من المبيع فان المشتري مخير بين ان يفسخ البيع او ان يرجع على البائع بما يصيب الجزء المستحق من الثمن ، وبما ان القسمة تتضمن المبادلة فان التخيير المذكور في المسألة هو المنطبق على القواعد .

٣ - ان تكون القسمة عادلة اي ان تكون الانصاء متساوية ولو بالتعديل
ان تكون القسمة عادلة
بالنقود فاذا كان في احد الانصاء غبن فاحش كان المغبون طلب فسخ

القسمة قضاء ، سواء كانت القسمة الواقعة رضائية او قضائية اما في القضائية لان اعتبار تصرف القاضي مشروط بالعدالة فاذا كان تصرفه غير عادل لزم فسخه ، واما في الرضائية فلان الرضاء كان مبنيًا على اعتقاد المعادلة لانه الاصل في القسمة . لكن لو اقر المقسوم له باستيفائه حقه بالقسمة او انه تصرف بمحضته بعد اطلاعه على الغبن تصرف المالك لا تسمع دعواه بطلب الفسخ (م ١١٢٧) لتحقيق التناقض في هذه الدعوى والتناقض مانع لسماع الدعوى (م ١٦٤٧) غير ان المقسوم لهم الآخرون لو اعترفوا بالغبن الفاحش تسمع دعوى المقر لان التناقض يرتفع بتصديق الخصم (م ١٦٥٣) . وكذلك تسمع دعواه بكذبه في الاقرار السابق وحينئذ يحلف خصومه بعدم كذبهم في الاقرار فان حلفوا ترد الدعوى لتحقيق التناقض . وان نكلوا تسمع دعواه بطلب الفسخ بالغبن لارتفاع التناقض بالتصديق الضمني .

وكما تسمع للمقسوم له دعوى الغبن على ما مر تفصيله تسمع منه دعوى الغلط بأن يدعى على شريكه ان القسمة وقعت غلطاً في العدد ، كأن يدعى ان المائة الروس من الاشياء المشتركة مثلاً كان يقتضي ان تكون له منها خمسون ولشريكه خمسون غير ان شريكه أخذ خمساً وخمسين رأساً غلطاً فادعى الآخر انه لم يقع غلط وان التفاوت في العدد نشأ من تفاوت قيم الروس ، ففي هذه الدعوى اذا عجزا عن اثبات مدعاهما بالبينة يتحالفاً فان حلفا تفسخ القسمة ، كما يفسخ البيع اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار المبيع على ما جاء في المادة (١٧٧٨) .

٤ - يشترط في قسمة التراضي رضا جميع الشركاء لانها تتضمن المبادلة بشرط رضا وهي لا تعتبر الا برضا المتبادلين. واما في قسمة القضاء فلا يشترط رضا الجميع فانها تجري بناء على طلب احد الشركاء ، لان في قسمة القضاء تلاحظ جهة الافراز .

وبناء على هذا الشرط ان القسمة لا تجري في غيبة احد الشركاء باستثناء المثلثات المشتركة فان للحاضر ان يأخذ نصيبه بغيبة شركائه (م ١١١٧) واذا كان في الشركاء قاصر فان وليه أو وصيه يقوم مقامه فلا تجري القسمة بالاراضي بدون رضائه واذا لم يكن له ولي او وصي نصب القاضي عليه وصياً فتجري القسمة برضائه (م ١١٢٨) .

٥ - يشترط في قسمة القضاء الطلب ، اي طلب احد الشركاء القسمة اذا كان تبعض المشترك نافعاً لجميع الشركاء ، او طلب من يكون التبعض نافعاً له من الشركاء ولو كان مقراً بغيره . اما اذا كان التبعض مضرّاً للجميع فلا يسمع الطلب من احد ويكون المال غير قابل للقسمة ، ويبقى مشتركاً بينهم الى ان يتفقوا فيما بينهم على وجه يرتضونه (م ١١٢٩) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة فاذا كانت مضرّة للجميع كانت على خلاف المقصود منها ولا تجري قسمة القضاء بغيبة بعض الشركاء ويستثنى من ذلك ما اذا توفرت في المال المشترك اربعة شروط :-

- أ - اذا كان سبب الشركة هو الارث ، او الارث والوصية .
- ب - ان يكون المشترك منقولا ، او عقاراً وقد قامت البينة على موت المورث وعلى عدد الورثة وعلى ثبوت الوصية ان كان الخصم هو الموصى له .

١ - سبب الشركة الارث والوصية

٢ - المشترك منقولا

٣ - العقار والموت البينة على

٤ - ان يكون الخصم هو الموصى له

ج - ان تقوم الخصومة بين وارثين ووارث وموصى له على الاقل .

د - ان يكون المطلوب قسمته بيد الحاضرين البالغين من الشركاء . فاذا توفرت هذه الشروط صحت القسمة القضائية . والا فلا تصح الا اذا نصب القاضي وصياً عن الغائب ليقاسم عنه ولم يكن المال المطلوب قسمته بيد الغائب .
٦ - يشترط في قسمة القضاء ان يكون المال المشترك قابلاً للقسمة ، ومعنى كونه قابلاً للقسمة الا تفوت المنفعة المقصودة منه قبل القسمة بالنسبة لجميع الشركاء او بالنسبة لبعضهم (م ١١٣٠ و ١١٣١) مثال الاول ما اذا كانت دار كبيرة مشتركة بين اثنين ويمكن ان تنجزاً الى دارين وكذلك اذا كانت الدار مكونة من دائرتين بحيث يمكن استقلال كل من الدائرتين داراً ، ومثال الثاني ما اذا كانت دار مشتركة بين اثنين لاحدهما تسعة اعشارها وللآخر عشرةا وكانت الاغشار التسعة تصلح ان تستقل داراً بعد القسمة ولكن العشر الواحد لا يصلح لذلك .

يشترط
في قسمة القضاء
ان يكون المال
قابلاً للقسمة

وهنا مسألة وهي اذا كانت كل حصة من حصص الشركاء لا يمكن ان تنفع بها المنفعة المقصودة لو قسمت فطلب قسم منهم ان تفرز حصصهم مشاعة عن حصص شركائهم فهل يجابون ؟ وهل يعتبر المال قابلاً للقسمة بالنظر للمعنى الثاني ؟ مثاله ما اذا كانت دار مشتركة بين عشرة اشخاص لكل واحد عشر فطلب خمسة منهم افراز الخمسة الاغشار العائدة لهم من المال على ان تكون مشاعة بينهم وكانت هذه الاغشار الخمسة تصلح لان تبقى داراً بعد الافراز والقسمة . الظاهر من كلام بعض الفقهاء ان يجاب الطالبون في مثل هذه الصورة الى القسمة ، وان المال يعد قابلاً للقسمة بالمعنى الثاني .

ويجب ان نلاحظ ان قانون تقسيم الاموال غير المنقولة قد اعتبر ان القابل للقسمة هو مالا تفوت المنفعة المقصودة منه قبل القسمة بالنسبة لجميع الشركاء فاذا فأت المنفعة ولو بالنسبة لواحد من الشركاء يعد المال غير قابل للقسمة وهذا التفسير للمال القابل للقسمة قيد تفسير المجلة له . والمال غير القابل للقسمة يزال الشيوع فيه بديعه وتقسيم ثمنه على الشركاء نظراً للقانون المذكور وهو حكم قد اقرته بعض المذاهب الفقهية ولا نخفي وجاعته وفائدته العظيمة .

حكم القسمة

هو تعيين نصيب كل واحد من الشركاء وامتيازه عن نصيب غيره ، فان هذا هو الاثر المترتب على القسمة . وبعد تعيين نصيب كل واحد من الشركاء يكون مستقلاً بمحصته لا علاقة لواحد في حصة الآخر ، وكل واحد يتصرف في حصته كيفما يشاء (م ١١٦٢) تصرفاً ليس فيه ضرر بين بالغير فاذا كان في تصرفه ضرر بين بالغير فانه يمنع عنه على الرأي الراجح الذي اخذت به المجلة اذ ان في المسألة ثلاثة آراء رأي الامام ابي حنيفة القائل بان الشخص لا يمنع من التصرف في ملكه كيفما كان تصرفه سواء كان مضرراً بالغير ام لم يكن ، وهذا القول فيه تطرف شديد لأحترام حقوق الملكية ، ورأي ابي يوسف القائل بان تصرف المالك في ملكه محدود ألا يكون مضرراً بالغير وهو قول فيه تقييد شديد لحقوق الملكية ، ورأي المتأخرين القائلين بان للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً لا يضر بالغير ضرراً يبدى اي ضرراً فاحشاً .

ان هذا التعيين والامتياز بعد الشيوع والاختلاط قد نشأ من ان القسمة تتضمن الافراز والمبادلة فهي من جهة افراز ومن جهة مبادلة ، اما جهة الافراز

فلأن كل جزء من المال المشترك شائع بين الشركاء ، فإذا توزعت الحصص على الشركاء يكون كل واحد قد حصل على قسم مما يخصه وقسم مما يخص غيره من الشركاء وبهذا الاعتبار يكون قد افترز قسمها مما يعود اليه . وأما جهة المبادلة فلأن كل واحد من الشركاء قد دخل في نصيبه جزء مما يخصه وجزء مما يخص شركاه وبما أن الأجزاء العائدة لكل واحد والواقعة بيد شريكه بحكم الضرورة متشابهة متساوية اعتبر كل واحد من الشركاء قد بادل شريكه عن جزء بما وقع في يده مما يعود الى شريكه (م ١١١٦) . لكن جهة الافراز في المثليات اظهر لتشابه الاجزاء وتمثيلها . وقد تفرع على هذه الاظهرية :

١ - ان لكل واحد من الشركاء في المثليات ان يأخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه ولكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه فلو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما .

٢ - لو كان المثلي مشتركاً بين بالغ وصغير جاز للبالغ ان يأخذ نصيبه ويدفع نصيب الصغير الى وليه او وصيه او يدفعه بعد البلوغ وبهذا الدفع الى الولي او الوصي او الصغير بعد البلوغ تكون القسمة نافذة والسبب في جواز المسألتين مع ان القسمة من شروطها حضور الشركاء هو أن الافراز لما كان هو الظاهر في هذه القسمة ، كان الحاضر كأنه قد أستل ملكه عن ملك غيره وهذا لا يتوقف على حضور الغير . بخلاف قسمة القيميات فان جهة المبادلة فيها هي الاظهر لعدم التماثل بين الاجزاء لانها قيمية لا مثلية فمكان التبادل والتعاضض بين ما يعود لأحد الشريكين وهو في يد الآخر مع ما يقابله في يد شريكه هو الاظهر . ويتفرع على هذا المعنى ، انه ليس للشريك الحاضر ان

يأخذ نصيبه في غيبة شريكه لان هذا يتضمن المبادلة بدون رضا المالك كما ان القيمي المشترك بين بالغ وصغير ليس للبالغ اخذ نصيبه بدون رضا وليه او وصيه او بالقضاء . (م ١١١٧) ، (م ١١١٨) والفرق بين المثلي والقيمي هو ان المثلي ما يوجد في السوق مثله من غير تفاوت يعتمد به في القيمة بين اقسامه وافراذه كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة كالجوز والبيض والعديدات المصنوعة في معمل واحد على طراز واحد والقيمي ما لا يوجد مثله في السوق ، او يوجد ولكن مع تفاوت يعتمد به في القيمة بين افراده ، كالثياب ، والحيوانات ، والعديدات المتفاوتة والمخلوط بغير جنسه من المثليات ، والموزونات التي تتفاوت افرادها بسبب اختلاف الصنعة الطارئة عليها . اما اذا لم تتفاوت افرادها بسبب الصنعة فانها تبقى معتبرة من المثليات كالدرهم المضروبة فانها موزونات طرأت عليها صنعة الا ان هذه الصنعة لم توجب تفاوتاً بين افرادها ، وكذلك سائر الموزونات المعمولة في مصنع واحد على طراز واحد . والذرعيات من القيميات كالأراضي فانها تختلف قطعها وتتفاوت في القيمة بل ان القطعة الواحدة تتفاوت اطرافها في ذلك غير أن الذرعيات المصنوعة في معمل واحد على طراز واحد وتباع آحادها في السوق بأثمان متساوية تعتبر من المثليات كالبن ذي علامة (كذا) المصنوع في معمل (كذا) الذي يباع الذراع منه بكذا .

والسكتب الخطية قيمة لتفاوت افرادها في القيمة بسبب اختلاف الخطوط فان الخطاط الواحد يختلف مخطوطاته في القيمة . اما كتب الطبع غير المجلدة بطراز واحد فانها مثلية ، اما اذا اختلف طراز تجليدها فانها تعتبر من القيميات

على ما سبق القياس في اعتبار الشيء مثلياً أو قيمياً . (م ١٤٥ و ١٤٦ و ١١٢٩) .

انواع القسمة

قسمة جمع = تقسيم رضاء وهي التي تجري برضاء الشركاء فيما بينهم او برضاءهم عند القاضي (م ١١٢١) . او قسمة قضاء وهي التي يجريها القاضي في الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض الشركاء على ما مر تفصيله (م ١١٢٢) . فالانواع اربعة قسمة الجمع : هي جمع الحصص الشائعة في اعيان مشتركة ، في قسم منها . فاذا كانت ثلاثون بقرة مثلاً مشتركة بين ثلاثة اشخاص وقسمناها بينهم لـكل واحد عشرة مثلاً نكون قد جمعنا حصص كل واحد الشائعة في الثلاثين في عشرة منها (م ١١١٥) وهي تجري رضاء في الاعيان المشتركة سواء كانت متحدة الجنس او مختلفة الجنس . ولا تجري قضاء الا اذا كانت الاعيان المطلوبة قسمتها متحدة الجنس (م ١١٣٢) . فلا تجري في الاعيان المختلفة الجنس (م ١١٣٥) والمراد من الاعيان المتحدة الجنس ، الاعيان التي ماهيتها واحدة ولا تفاوت بين افرادها كالمثليات او بين افرادها تفاوت قليل كالقيميات وانما جازت قسمة القضاء في الاعيان المتحدة الجنس لعدم لحوق الضرر بأحد الشركاء فان المثليات لعدم التفاوت بين افرادها والقيميات لعلل التفاوت بين افرادها ، يكون كل واحد قد حصل بالقسمة على تمام ملكه بلا ضرر .

والمراد من الاعيان المختلفة الجنس : الاعيان المختلفة في الماهية كما لو كانت الاعيان دهناً وسكراً وقهوة ، او المتحدة في الماهية ولكن بينها تفاوت كلي في

القيمة مثل الدور وكبار اللؤلؤ والالوانى المختلفة بسبب اختلاف الصنعة والدكاكين والضيايع فهذه ونحوها لا يجوز قسمتها قسمة جمع فلو كان مقدار من الخنطة ومقدار من الدهن ومقدار من السكر مشتركاً بين ثلاثة لا يجوز قسمتها على ان يكون الدهن لواحد والسكر لواحد، والخنطة لواحد وكذلك لو كانت ثلاث ثلثي كبر مشتركاً بين ثلاثة لا يجوز قسمتها بينهم على ان يكون لكل واحد منهم واحدة منها . وعلى هذا فقس (م ١١٣٦ و ١١٣٧ و ١١٣٨) وانما لم تجز القسمة بهذه الصورة لان معنى المبادلة هو الظاهر الجلي في قسمة الاعيان المختلفة الجنس والقاضي لا يجبر احد على بيع ماله اذا لم يكن البيع لدين عليه .

قسمة الافراز :

هي تعيين الحصة الشائعة في العين الواحدة المشتركة ، في جزء منها . مثلاً لو كانت دار مشتركة بين شخصين وقسمناها بينهما نكون قد فرقنا حصة كل واحد من الدار في جزء منها (م ١١١٥) وهي تجري رضاء سواء كان تبعض العين المشتركة غير مضر باحد الشركاء او كان مضرّاً بهم او نافعاً لبعض مضرّاً ببعض ولا تجري قضاء الا اذا كان تبعض العين نافعاً لجميع الشركاء او نافعاً لبعضهم فقط اما اذا كان التبعض مضرّاً للجميع فلا تجري القسمة كما لو كان المشترك حيواناً او لؤلؤة او كتاباً او حماماً صغيراً او دكاناً صغيراً او نحو ذلك وبناء على ذلك يبقى الاشتراك ولا طريق لزواله ، ولكن قد علمنا مما سبق ان قانون تقسيم الاموال غير المنقولة قد عالج هذه القضية بازالة الشيوع بالبيع كما انه لم يجوز تقسيم العين اذا كان بعض الشركاء يتضرر بالقسمة بل اعتبر ازالة الشيوع فيها بالبيع ايضاً . وقد جرت المجلة على ذلك في قسمة الطريق المشترك والمسيل المشترك (م ١١٤٣ ،

م (١١٤٤) ، غير ان احكام هذا القانون خاصة بالاعيان غير المنقولة وبقي الاشكال في الاعيان المنقولة فالاجدر ان تضاف الى المجلة مادة ترفع هذا الاشكال بازالة الشيوخ بالبيع ، وهو قول لبعض الأئمة المجتهدين .

كيفية القسمة

تختلف كيفية القسمة باختلاف المقسوم واليك البيان :

اذا كان المشترك من الموزونات فينقسم بالوزن وان كان من العدديات المتقاربة فبالعد وان كان من المكيلات فبالكيل وان كان غير هؤلاء فيتعذر وبناء على ذلك اذا اريد تقسيم عرصة عليها بناء او اشجار فنقسم العرصة بالذرع لانها من الذرعات وينظر في قسمة البناء او الاشجار الى قيمتها ، فاذا كانت أبفية احدى الحصتين او اشجارها اعلى قيمة من ابنية الحصة الاخرى او اشجارها فتعديل القسمة بين الحصتين يكون باضافة ما يعادل الزيادة المذكورة من عرصة الحصة ذات الابنية او الاشجار الزائدة القيمة الى الحصة الاخرى ، واذا لم يمكن ذلك فيجري التعديل باضافة نقود تعادل الزيادة المذكورة الى ذي الحصة الناقصة يدفعها من تكون الحصة ذات الابنية الزائدة من نصيبه ، واذا امكن التعديل باضافة شيء من العرصة مع شيء من النقود فيعمل ذلك ولا يصار الى التعديل بمحض النقود الا اذا لم يمكن التعديل باضافة شيء من العرصة لان الاشتراك المطلوب ازانته بالقسمة انما هو في العين فلا يعدل الى عرضها وهو القيمة الا عند الضرورة (م ١١٤٨ ، م ١١٤٩) .

ويجوز ان تقسم الدار ذات الطابقين مثلا الى قسمين على ان يكون الفوقاني لواحد والتحتاني لواحد ان امكن ذلك وحينئذ ينظر في تعديل القسمة الى

الى تقويم الفوقاني وتقويم التحتاني فان كانت القيمتان متساويتين تقسم الدار على الوجه المذكور بذراع وان اختلفت القيمتان بان كانت قيمة احد الطابقين ضعف قيمة الآخر مثلاً يعطى للذي القيمة الناقصة ضعف ما يعطى للذي القيمة الزائدة واذا لم يمكن التعديل بهذا الوجه فلا تجوز هذه الصورة من التقسيم (م ١١٥٠) واذا طلب احد الشريكين قسمة الجدار المشترك فهل يجاب الى ذلك؟ وكيف تتصور قسمته؟ لا يخلو الجدار من ان يكون عامراً او متهدماً او مائلاً للانهدام فان كان عامراً فلا يجاز طلب قسمته مطلقاً لان تقسيمه يستلزم هدمه وهو ضرر بالشريك الثاني والضرر لا يزال بمنزلة ، وان كان متهدماً او مائلاً للانهدام فان كان قابلاً للقسمة اي يمكن قسمته الى قسمين بحيث يستطيع ان ينشئ كل واحد منهما جداراً مستقلاً ، يجاب طلب القسمة والا فلا يجاب اما كيفية قسمته فلها صورتان :

١ - اذا كانت ارض الجدار واسعة بحيث يمكن افرازها الى قسمين عرضاً على طول الجدار ويمكن ان ينشئ كل واحد من الشريكين جداراً في القسم الواقع على جهته ، فانه يمكن ان يقسم على هذا الوجه ويعطى كل واحد القسم المتصل بداره .

٢ - ان يقسم الجدار طولاً الى قسمين متعادلين ويعطى كل واحد قسماً منه يكون مستقلاً به .

ولاجل ان تكون القسمة عادلة سهلة الاجراء يجدر بالقاسم اذا اراد تقسيم عقار الى الحصص المراد الحصول عليها ان يصوره في بادئ الامر على ورقة مثلاً ، وان يمسح العرصة ذراعاً ، وان يقوم الابنية او الاشجار التي على العرصة

وان يعدل الحصص ، والا يجعل لبعض الحصص علاقة بغيرها من الحصص قدر الامكان بان يقرر لكل حصة حق طريقها . وشرها ومسيلها واذا لم يمكن ذلك فلا مانع من ان يكون حق طريق بعض الحصص او شرها او مسيلها في غيرها من الحصص ، وان يلقب الحصص المقررة كان يلقبها بالاولى والثانية والثالثة وهكذا . وبعد ذلك تسحب القرعة بان تكتب اسماء الشركاء في اوراق صغيرة كل اسم في ورقة وتلف الاوراق وتوضع في كيس مثلاً ثم تسحب من الكيس ورقة بعد اخرى فالشريك الذي يظهر اسمه اربا تكون له الحصة الاولى والذي يظهر اسمه ثانياً تكون له الحصة الثانية وهكذا ، هذا اذا كانت الحصص بعدد الرؤوس كان يكون العقار مشتركاً مثلاً بين ثلاثة اشخاص اما اذا لم يكن الامر كذلك فان من يخرج اسمه اربا فمن له اكثر من حصة فانه يأخذ الحصة الاولى وما يجاورها من الحصص بقدر مساهمته حتى يستوفي حقه ومن يخرج اسمه ثانياً يأخذ ما جاور الحصص التي اصابته الاولى وهكذا مثلاً اذا كانت عرصه مشتركة بين ثلاثة لواحد ثلث ولواحد سدس ولواحد نصف فان العرصه تفرز الى ست حصص فاذا خرج عند القرعة اسم صاحب الثلث تكون له الحصة الاولى وما جاورها وهي الثانية ثم اذا خرج بعده اسم صاحب النصف تكون له الحصة الثالثة وما جاورها وهي الرابعة والخامسة وتبقى الحصة السادسة لصاحب السدس . واذا كان قد خرج اسم صاحب السدس بعد اسم صاحب الثلث تكون له الحصة المجاورة لخصص صاحب الثلث وهي الحصة الثالثة ويكون الباقي وهو الرابعة والخامسة والسادسة لصاحب النصف وبهذه الصورة من التقسيم يستوفي كل واحد حقه كاملاً بلا ضرر .

واذا كان المشترك حيوانات مثلاً فعلى القاسم ان يضبط عددها ومقدار
 سهام كل واحد ثم يقوم الاعداد ويوزعها حسب التقويم على الحصص المراد
 الحصول عليها ثم تجري القرعة (م ١١٥١) . وان اجراء القرعة ليس بأمر
 وجوبي بل امر مستحسن لتطبيب القلوب ، والا فان للقاضي ان يعين حصة
 كل واحد من الشركاء بعد القسمة بمحض ارادته لان الاقسام كلها متساوية
 متعادلة . واذا سحب اسماء الشركاء كلهم او اسحبت الاسماء ولم يبق سوى
 واحد فان القسمة تكون قد تمت (م ١١٥٦) وكذلك تتم القسمة بتوزيع الحاكم
 الحصص على الشركاء بالزام كل واحد بحصة معينة بعد تسوية الحصص تسوية عادلة
 وكذلك تتم اذا وكل الشركاء كلهم شخصاً على تقسيم المشترك فقسمه والزم
 كل واحد بحصة معينة وكذلك تتم بقبض كل شريك حصته فلو قسم المشترك
 الى الحصص المتعادلة ثم قبض كل شريك حصته منها تمت القسمة . واذا
 تمت القسمة لا يسوغ الرجوع لاحد (م ١١٥٧) .

وقد علم مما سبق انه يعتبر عند القسمة مقدار السهام لا عدد الرؤوس .
 ولكن هناك امور تجري فيها القسمة حسب الرؤوس وهي :

١ - الضرائب الاميرية التي تطرح لاجل محافظة النفوس فانها توزع على
 عدد الرؤوس باستثناء النساء والصبيان ومن امثلة ذلك القسامة الشرعية اما اذا
 كانت لمحافظة الاملاك فانها توزع حسب مقدار الاملاك ، لان الغرم بالغرم
 (م ١١٥٢) .

٢ - الساحات المشتركة بين البيوت فانها تقسم على عدد البيوت من دون
 تفاوت بين صغيرها وكبيرها .

٣ - الطريق الخاص بالمبحث عنه في المادة (١١٤٣) فإنه يقسم على الدور بلا تفاوت بين صغيرها وكبيرها .

٤ - اجرة القسام فإن أجرته تستوفى من الشركاء موزعة على عدد رؤوسهم ويشترط في القسام ان يكون اميناً عادلاً عالماً بالنسبة لان النسبة من جنس عمل القضاء وفي القضاء يشترط العلم والعدالة .

فسخ النسبة واقلتها

تفسخ النسبة باحد امور:

١ - اذا كان المقسوم من القيميات يجوز للشركاء فسخ النسبة واقلتها باتفاقهم سواء كانت النسبة رضائية ام قضائية لان معنى المبادلة في نسبة القيميات هو الغالب فجاز فيها الاقالة كما جازت في البيع .
اما اذا كان المقسوم من المثليات فبما ان معنى الافراز فيها هو الغالب فلا تنفسخ النسبة ولا تعود الشركة بمجرد تراض الشركاء على ذلك . نعم اذا خلطوا حصصهم التي كانوا قد توزعوها فيما بينهم فإنه تتمدد لديهم شركة جديدة في المال المتكون بعد الخلط (م ١١٥٩) .

٢ - اذا تبين الغبن الفاحش في النسبة تفسخ وتكرر فيقسم المال مجدداً نسبة عادلة (م ١١٦٠) . ويثبت الغبن الفاحش بالبينة وباقرار الشركاء وبنكولهم عن اليمين فاذا قامت البينة واقرؤا او نكلوا تفسخ النسبة في جميع الحصص وتعاد مجدداً اما اذا لم تقم البينة ولكن اقر بعضهم وانكر البعض وحلف المنكرون اليمين فان حصص المنكرين الحالفين تبقى على حالها وتفسخ النسبة في حصص المقرين فتجتمع حصصهم مع حصة مدعي الغبن وتقسم

عليهم مجدداً قسمة عادله ، وكذلك الامر اذا انكر الشركاء وحلف بعضهم ونكل البعض فان حصص الخالفين تبقى على حالها وتجمع حصص الناكين مع حصة مدعي الغبن وتقسم بينهم قسمة عادلة .

٣- اذا كان الاشتراك في المقسوم قد نشأ من الارث وظهر دين على الميت بعد القسمة (م ١١٦١) او ظهر موصى له بشي من التركة ، او ظهر وارث آخر ، فان القسمة تفسخ . لكن اذا ادى الورثة الدين فان القسمة تبقى على حالتها . اما في صورة ظهور الموصى له بشي فينظر فان كانت الوصية بدراهم مثلاً مرسلة كالف درهم وادى الورثة المقدار الموصى به فلا تفسخ القسمة وان كانت الوصية بجزء شائع من التركة كثلثها او ربعها فانها تفسخ بظهور شريك جديد معهم وكذلك الامر اذا ظهر وارث آخر فان القسمة تفسخ لظهور شريك جديد .

الخيارات التي تجري في القسمة

الخيارات التي تجري في القسمة ستة وهي : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار اجازة الفضولي ، خيار العيب ، خيار الاستحقاق ، خيار الغبن الفاحش . اما الثلاثة الاولى فتجري في قسمة الرضاء فقط ولا تجري في قسمة القضاء لان قسمة القضاء قسمة جبرية فلا يتصور فيها خيار الشرط او خيار الرؤية ولا دخل للفضولي فيها فلا يتصور فيها خيار اجازة الفضولي واما الخيارات الثلاثة الاخرى فانها تجري في قسمة القضاء كما تجري في قسمة الرضاء . وقد مر الكلام على تعريف هذه الخيارات في كتاب البيوع ، والمهم هنا بيان كيفية جريانها في القسمة : فنقول اذا كان المشترك اعياناً مختلفة الجنس او قيميات متحدة

الجنس واقسمها الشركاء بينهم رضا قسمة جمع فانه يجري في هذه القسمة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش فيحق لمن له الخيار ان يفسخ القسمة حسب الحدود المبينة لاحكام هذه الخيارات في كتاب البيع ، والامثلة على ذلك واضحة لا حاجة الى سردها (م ١١٥٣ و ١١٥٤) اما اذا كان المشترك من المثليات المتحدة الجنس فلا يجري في قسمتها سوى خيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش سواء كانت القسمة فيها رضائية ام قضائية ، اما القضائية فظاهر لان خيار الشرط وخيار الرؤية لا تجري فيها ، واما الرضائية فما ان جهة الافراز هي الظاهرة في قسمة المثليات وخيار الشرط والرؤية انما يكونان في المبادلة فلا يجريان في قسمتها ولو كانت رضائية (م ١١٥٤) . واما خيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن الفاحش ، فانها تجري في قسمة المثليات سواء كانت رضائية او قضائية لان العيب والاستحقاق والغبن الفاحش محلة بالعدالة التي هي شرط اسامي لصحة القسمة .

ما يدخل ضمن الحصص بعد القسمة وما لا يدخل :

يدخل في الحصة المفردة ما يأتي من دون حاجة الى ادخالها بالتنصيص عليها عند القسمة او بالتعبير العام كقولهم (بجميع مراقفها او بجميع حقوقها :

١ - الاشجار والابنية في قسمة الضيعة والاشجار في قسمة الاراضي والابنية في قسمة الدار ، ففي اي حصة وجدت الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة (م ١١٦٣) لاتصالها بالارض اتصال قرار فهي كجزء منها ، كما هو الحال في

البيع ويتفرع على هذا ان الشركاء اذا اقتسموا ارضاً مثلاً ودخلت الاشجار في حصة احدهم لا تسمع دعوى غيره من الشركاء ان الاشجار ملكه لانه كان هو الفارس لها ، لان هذه الاشجار دخلت في القسمة تبعاً للارض ، ولا تسمع الدعوى بغير المقسوم بعد القسمة ، ولكن لو كان بناء او اشجار مشتركة بين شخصين مثلاً فاقسما الاشجار او الابنية فانه تسمع دعوى احد الشريكين بالارض التي عليها الاشجار والابنية التي كانت من حصة صاحبه لان الارض لا تتبع الاشجار في القسمة ومن الجائز ان تكون الارض جميعها لاحدهما وان تكون مجرد الاشجار التي اقتسموها مشتركة بينهما .

٢- حق الطريق : حق المسيل للذين كانوا للمشترك في ارض الغير اذا وقع في القسمة عند احدى الحصص فانهما يدخلان فيها تبعاً . مثلاً اذا كانت الدار ذات دائرتين وقسمت على ان يكون لكل واحد من الشريكين دائرة وكان طريق احدى الدائرتين من الطريق العام وطريق الدائرة الثانية من عرصه بجادة لها فحق الطريق الذي على هذه العرصه يكون لمن وقعت هذه الدائرة من نصيبه ، ولا يبقى مشتركاً بناء على انه كان مشتركاً للدار قبل القسمة لانها بحكم المنصل بها اتصال قرار فهي كجزء منها (م ١١٦٥) كما هو الحال كذلك في البيع .

واذا كان لاحد الحصتين قبل القسمة طريق او مسيل في الحصة الاخرى ولم يشترط بقاءه حين القسمة فان كان قابلاً للتحويل الى طرف آخر يحول ، لان الغرض من القسمة اختصاص كل واحد من الشركاء بنصيبه من غير تعلق بنصيب الاخر قدر الامكان ، فاذا امكن تحويله لزم ان يحول تحقيقاً

لغرض القسمة سواء قيل عند القسمة بجميع حقوقها او لم يقل . اما اذا كان الطريق او المسيل غير قابل التحويل الى طرف آخر ولم يشترط عند القسمة بقاءه فينظر ان قيل حين القسمة بجميع حقوقها فانه يبقى على حاله لان هذا التعبير او ما في معناه عند القسمة بحكم الشرط ببقائه ، وان لم يقل هذا التعبير او ما في معناه عند القسمة ولم يعلم عند القسمة ان ليس لهذه الحصة غير هذا الطريق فتفسخ القسمة لاختلالها (م ١١٦٧) من حيث ان هذه الحصة بقيت بلا طريق اما اذا كانت وقت القسمة قد علم كون هذه الحصة لا طريق لها الا من الحصة الاخرى فان القسمة تبقى صحيحة لان الاقدام على القسمة مع هذا العلم دليل على اشتراط بقاء الطريق ضمناً واشتراط ذلك صراحة معتبر فكذلك الاشتراط ضمناً .

ولا يدخل الزرع والفاكهة في تقسيم الاراضي والضياع الا اذا صرح بدخولها عند القسمة فان لم يصرح بذلك يقيان مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام عند القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر لان اتصال الزرع بالارض واتصال الفواكه بالاشجار اتصال موقت فلم يكونا كجزء من الحصة المفردة (م ١١٦٤) .

حقوق الغير في المشترك

قد يكون للاجنبي حق الطريق او المسيل لداره في الملك المراد قسمته فهل لهذا الحق تأثير على القسمة ؟ وهل يبقى هذا الحق محفوظاً بعد القسمة ؟ ان صاحب حق الطريق مثلاً ليس له اي تأثير على القسمة المطلوبة فليس له ان يمانع بل يقسم الملك المشترك باتفاق الشركاء او يطلب احدهم ذلك من

القضاء على ما مر ولكن ليس معنى هذا ان حق طريقه يضيع بل على الشركاء ان يتركوا عند القسمة الطريق على حاله ان كان معلوم المقدار ، وان لم يكن معلوم المقدار يتركون له مقدار عرض باب الدار . وكذلك الحكم في المسيل (م ١١٦٨ و ١١٦٩) واذا اراد الشركاء مع صاحب حق الطريق او المسيل بيع رقبة الطريق او المسيل فان كانت هذه الرقبة مشتركة بين الثلاثة فان ثمنها يقسم بينهم مثالثة لكل ثلث ، وان كانت الرقبة ملك الشركاء وحدهم . وصاحب حق الطريق لا يملك الا هذا الحق فالشركاء يأخذون ما يصيب الرقبة من الثمن وصاحب حق المرور يأخذ ما يصيب حق مروره من الثمن ، وطريقة معرفة ما يصيب كلا من الطرفين ان يقوم الطريق خالياً من حق المرور ثم يقوم مع حق المرور فيه ، فاذا كانت قيمة الرقبة خالية من حق المرور مساوية للثمن المسمى ، وقيمتها مع حق المرور اقل فمقدار الفرق من جهة النقص يكون لصاحب حق المرور ، فلو فرضنا ان هذا الطريق يبيع بمائة درهم وكانت قيمة الرقبة خالية من حق المرور مائة ايضاً ، وقيمتها مع حق المرور خمسة وسبعين فان الفرق وهو خمسة وعشرون يكون لصاحب حق المرور . واذا كان كل من قيمة رقبة الطريق خالية من حق المرور وقيمتها مع حق المرور اقل من الثمن المسمى فيأخذ صاحب حق المرور من الثمن المسمى بمقدار نسبة الفرق بين القيمتين ، فلو يبيع الطريق بمائة وكانت قيمة الرقبة خالية ثمانين وقسمتها مع حق المرور ستين فالفرق بين القيمتين عشرون وهي ربع الثمانين ، فيأخذ صاحب المرور ربع الثمن المسمى وهو خمسة وعشرون فالمقارنة بين القيمتين هي المقياس

لاستخراج ما يصيب كل واحد من الطرفين من الثمن المسمى . واذا دققنا المسألة نجد ان في بعض تصاویرها غرابة في بادي الامر وذلك ان قيمة العرصة مع حق المرور فيها اقل دائماً من قيمتها خالية منه ، فاخذ صاحب حق المرور شيئاً من الثمن المسمى اذا كان مساوياً لقيمتها خالية ، فيه شيء من الغرابة وكذلك اذا كان اقل من قيمتها وهي خالية من المرور من باب اولي ، ولكن لا غرابة في الامر بعد التفكير فيه والنظر الى المسألة من وجه آخر واعتبار آخر وذلك ان حق المرور في ذاته ذو قيمة ورقبة الطريق في نفسها ذات قيمة ، وان الثمن المسمى جاء بدلاً عن الشيئين القيمين فلا بد من ان يكون لكل منهما نصيب منه فكل من قيمة رقبة الطريق وقيمة حق المرور كالسهم في رأس مال الشركة والثمن المسمى كصافي اموال الشركة بعد فسخها وتصفيها فكما ان كل واحد من اصحاب السهام في رأس مال الشركة له نصيب من المبلغ الصافي بنسبة سهامه الى مجموع مبلغ السهام ، فكذلك الامر هنا والطريقة الحسابية لاستخراج ما يخص كل طرف من مالكي الرقبة ومالك حق المرور بالنظر الى هذا الاعتبار هي كالطريقة الحسابية في استخراج ما يخص كل واحد من ارباب السهام من المبلغ الصافي لاموال الشركة . فلو فرضنا ان قيمة رقبة الطريق (٨٠) ديناراً وقيمة حق المرور (٤٠) ديناراً وقد بيع الطريق مع حق المرور بستين دينار تكون العملية الحسابية لاستخراج حصة الرقبة من هذا الثمن المسمى على الوجه الآتي :

$$٤٠ = ١٢٠ \div ٦٠ \times ٨٠$$

ولاستخراج حصة حق المرور على الوجه الآتي :

$$٢٠ = ١٢٠ \div ٦٠ \times ٤٠$$

وتعرف كل من قيمة الرقبة وقيمة حق المرور بتقدير اهل الخبرة وهذا الاعتبار في المسألة اقرب ادراكاً واسهل استخراجاً لحصصة كل واحد من الطرفين .

ونختتم بحث القسمة باحكام امور قد تظهر بعد القسمة منها :

١ - اذا قسمت دار بين اثنين وكان بين الحصتين جدار وقع عند القسمة في احد الحصتين ولكن عليه رهوس جذوع صاحب الحصّة الاخرى فان شرط وقت القسمة ان ترفع هذه الجذوع عن الجدار الذي اصبحت بعد القسمة ملكاً مستقلاً للآخر ، فانها ترفع وان لم يشرط ذلك لا يحق لمن ملك هذا الجدار رفعها ، لان صاحب الجذوع قد ملك الحصّة مستقلة له على هذا الوضع فكان ابقاء الجذوع على ذلك الجدار من حقه ، حتى ان الجذوع لو سقطت كان له حق اعادة وضعها ، كما له تبديلها بغيرها ، وكذلك الحكم لو كان سلم احدى الحصتين مرتكزاً على جدار دخل عند القسمة في الحصّة الاخرى ، وكذلك الحكم لو قسمة الدار على ان يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها لواحد ، وكان للفوقاني شبك يشرف على التحتاني فان شرط وقت القسمة قطع هذا الشباك عمل بالشرط والا يبق الشباك على حاله ، وعلى صاحب التحتاني دفع ضرر الاشراف ان اراد ذلك (م ١١٧٠) . وكذلك اذا كانت اغصان الاشجار الواقعة في قسم مدلاة على القسم الآخر فان لم يكن قد شرط قطعها لا تقطع ، لان من وقعت هذه الاشجار في حصته قد استحقها على الوضع المذكور ، فلا حق للآخر في تغييره (م ١١٧١) .

٢ - اذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من ارباب الحصص ان يفتح له باباً وشبابيك على الطريق وليس لساير الشركاء في الطريق حق الاعتراض عليه لان فتح صاحب الحصص الباب والشبابيك ما هو الا تصرف في جداره وخالص حقه تصرفاً غير مضر ومن جهة اخرى انه مالك لحق المرور ولا يتأتى المرور الا من باب . ومن جهة اخرى ان المفتي به ان من له حق المرور في طريق خاص يجوز له ان يفتح ابواباً جديدة لداره سواء كان الفتح في اسفل الباب الاصلية ، او فوقها لان هذا الفتح ليس بتصرف في نفس الطريق بل في الجدار الذي يملكه مستقلاً . فاذا قسمت تلك الدار بعد ان صارت مشتركة فمن باب اولى ان يجوز لكل صاحب حصص ان يفتح له باباً ، وكذلك الامر في الشبابيك فانه ليس في فتحها تصرف بالطريق الخاص بل تصرف في نفس الجدار (م ١١٧٢) .

٣ - من المعلوم ان ليس لاحد الشركاء ان يبني في الارض المشتركة او ان يغرس فيها اشجاراً بلا اذن من شركائه فاذا فعل كان لكل واحد من الشركاء ان يطلب قلع البناء والغرس . اما اذا كان البناء او الغرس باذن الشركاء فان كان الشريك قد بنى او غرس للشركة ، كان البناء او الغرس مشتركاً ورجع الباني على شركائه بما صرف بنسبة حصصهم ، وان كان قد بنى لنفسه على ان يدفع لشركائه اجرة معلومة فعند انتهاء المدة المأجورة تجري احكام المادة (٥٣١) . وان كان الاذن بدون اتفاق على اجرة كانت المسألة من باب الاعارة ويطبق حكم المادة (٨٣١) ولـكن لو بنى او غرس لنفسه بدون اذن من شركائه ولم يطلب احد من الشركاء رفع البناء ، بل طلب احدثهم القسمة (ولو

كان الطالب نفس الباقي) فان كانت الارض قابلة للقسمة فانها تقسم فان
 اصاب البناء او الغرس حصة الباقي او الغارس فيها وان اصاب حصة الآخر
 فلهذا ان يكلف الباقي او الغارس بقلع البناء او الغرس واذا ترتب على القلع
 نقص في قيمة العرصة ضمن صاحب البناء او الغرس النقص ، كما ان لمن وقعت
 الارض في حصته ان يتملك البناء او الغرس في هذه الصورة مستحقاً للقلع .
 واذا وقع قسم من البناء او الغرس في نصيب الباقي او الغارس ، او القسم
 الآخر وقع في نصيب غيره يجري الحكم الآنف الذكر في هذا القسم
 (م ١١٧٣) .

المهايئة

ينحصر البحث في المهايئة بالمواضيع الآتية :

١ - تعريفها

٢ - انواعها

٣ - صفاتها

٤ - محلها

٥ - ما يجري فيه المهايئة .

تعريف المهايئة : هي على القول الراجح قسمة المنافع بين الشركاء

(م ١١٧٤) . وقد ذهب البعض الى انها اجارة المنافع بين الشركاء ، وهو رأي

غير سديد لانها لو نظر اليها بهذا الاعتبار للزم فيها مبادلة المنفعة بنفسها قصداً

وهو غير جائز في الاجارة . على ما عرف في كتاب الاجارة . وذهب البعض الى انها من باب الاعارة فكان الشركاء قد اعار بعضهم نصيب بعض للانتفاع به . وهو قول ضعيف لوجهين .

الاول : ان الاعارة تكون بلا عوض وهنا لم يسمح احد الشركاء للآخر بالانتفاع من المشترك او بجزء منه الا على ان يفتع هو ايضاً بالمشترك او بجزء منه فكان معنى التعاوض متحققاً .

الثاني : ان الاعارة يجوز الرجوع عنها في اي وقت شاء المعير مع ان المهايئة لا يصح الرجوع عنها بعد تمامها ، نعم اذا طلب احد الشركاء قسمة المشترك فان طلبه يحجب وعند القسمة تزول المهايئة بطبيعة الحال لزال محلها وهو الملك المشترك اذ لا اشتراك بعد القسمة . فالقصد من المهايئة اذاً هو قسمة المنافع .

فالشركاء في منفعة العين لهم ان ينهايوها سواء كانوا مالكيين للعين والمنفعة او مالكيين للمنفعة فقط مثال الاول دار مملوكة لشخصين فانها تجري المهايئة فيها . وهي مملوكة ذاتاً ومنفعة . ومثال الثاني الاراضي الاميرية فانه تجري فيها المهايئة بين الشركاء في التصرف فيها مع انهم لا يملكون سوى منفعتها ، وكذلك الدار الموقوفة سكنها على عدة اشخاص فان لهم اجراء المهايئة فيها وهم لا يملكون سوى السكنى فيها ، وكذلك الامر اذا استاجر

عدة اشخاص عيناً فان لهم ان ينهائوها مع انهم لا يملكون سوى منفعتها
والنهاؤ في الصور المذكورة كما يجري رضاء يجري قضاء .

انواع المهايئة : هي نوعان مكانية و زمانية وكل منهما اما رضائية واما قضائية
وكل منهما اما مهايئة استغلال واما مهايئة انتفاع . فالمسكانية وهي ان ينتفع
كل واحد بقسم من المشترك ، وهي اعدل من الزمانية لان انتفاع الشركاء
المتهايين في زمن واحد . كأن ينهائا الشريكان في ارض على ان يزرع
احدهما نصفها والاخر نصفها الآخر ، وكأن ينهائا الشريكان في دار على
ان يسكن احدهما في القسم الفوقاني والاخر في القسم التحتاني . واما الزمانية
فهي ان ينتفع احد الشركاء في جميع المشترك مدة ثم ينتفع به الشريك الاخر
بقدر تلك المدة (م ١١٧٦) . وهي اكل من المسكانية لان كل واحد من
الشركاء ينتفع فيها بكل المشترك . واذا اختلف الشركاء في ترجيح احد
النوعين فالترجيح يعود الى القاضي ؛ والاولى ان يرجح الزمانية لانها اكل
مع توفر العدالة فيها . واذا اختلف الشركاء في مقدار المدة للنهاؤ يرجح القاضي
قول من يطلب اقل المدتين لان في هذا الطلب اسراع الى وصول الحق
لكن هذا الترجيح مقيد فيما اذا لم يكن في ذلك ضرر باحد الطرفين فلو كان
فيه ضرر باحدهما يرجح قول من يطلب اطول المدتين ، مثلاً لو طلب احد
الشركاء المهايئة في دار وحاثوت على ان تكون المدة سنة وطلب الاخر ان
تكون اسبوعاً يرجح ان تكون سنة لان في جعلها اسبوعاً اضراراً بالطرفين
لاضرار كل منهما الى نقل اثائه كل اسبوع ، وهو يؤدي الى ضرر لا داعي

له . وكذلك لو طلب احدهما المهايئة في الارض على ان تكون المدة شهراً مثلاً
وطلب الثاني ان تكون سنة يرجح طلب الثاني لان الشهر لا يكفي للاستفادة
من زراعة الارض بخلاف ما اذا طلب احدهما المهايئة في السبارة المشتركة
على ان تكون المدة يوماً وطلب الثاني ان تكون اسبوعاً فإنه يرجح طلب
الاول لانه امرع الى وصول الشخص الى حقه .

لا بد في المهايئة الزمانية من تعيين المدة ليعرف وقت انتفاع كل واحد من
الشركاء ، ولان المهايئة الزمانية لتضمنها المبادلة شبيهة بالاجارة فكان تعيين
المدة لازماً فيها (م ١١٧٨) . اما المسكانية فلا يلزم فيها ذلك لانها نوع افراز
من حيث انها تجمع منفعة احدهما في قسم من المشترك ومنفعة الآخر في قسم
(م ١١٧٩) .

والمهايئة القضائية هي التي يحكم بها القاضي بناء على طلب احد الشركاء
(م ١١٨٣) . هذا اذا لم يطلب الآخر القسمة فان طلب الآخر القسمة
فلا يحكم القاضي بالمهايئة بل بالقسمة الا اذا كان المشترك غير قابل للقسمة
فيحكم بالمهايئة ايضاً (م ١١٨٢) . فالقسمة مرجحة على المهايئة لان القسمة
انفع للشركاء من حيث ان كل واحد منهم يستقل بحصته ذاتاً ومنفعة ولا يبقى
بينهم اثر للاشتراك بخلاف المهايئة فان الاستغلال في المنفعة فقط . وبناء على
ذلك اذا طلب احد الشركاء القسمة بعد الحكم بالمهايئة او بعد استمرارها
مدة فان طلبه يجاب ويقسم المشترك وتنفسخ المهايئة .

ويستحسن اجراء القرعة في المهائمه القضائية ايضاً تطبيقاً للنفس سواء كانت زمانية او مكانية ففي الزمانية يجري تعيين البادى في الانتفاع ضمن المدة والمسكانية لتعيين مكان انتفاع كل واحد (م ١١٨٠) . وللقاضي ان يعين ذلك حسب راية بلا اجراء قرعة .

والمهائمه القضائية انما تجري في العين الواحدة او الاعيان المنفعة المنفعة لان معنى الافراز فيها حينئذ هو الاظهر ، ولا مانع من اجبار الشخص على ان يفرز ملكه عن ملك غيره . ولا تجري في الاعيان المختلفة المنفعة على ان يختص كل واحد بمنفعة عين منها ، لان معنى المبادلة حينئذ هو الاظهر والشخص لا يجبر على مبادلة ملكه . فتجري المهائمه القضائية في الدارين المشتركين على ان يسكن كل واحد من الشريكين واحدة لاتفاقهما في المنفعة ، وكذلك الامر في الفرسين المشتركين والسيارتين ولا تجري في حمام ودار مشتركين على ان يسكن احد الشركاء ويستغل الاخر الحمام لاختلافهما في المنفعة . وكذلك الامر في دار ومزرعة مشتركين بين شخصين (م ١١٨١) . والظاهر من ملاحظة احكام المادة (١١٨٤) والمقرة الثانية من المادة (١١٨٦) ان لا مانع من جريان المهائمه القضائية زماناً على وجه الاستغلال في الاشياء المختلفة المنفعة ، فالظاهر جواز تلك المهائمه في حمام ودار على ان يستغلها احد الشركاء سنة مثلاً والاخر سنة، لانه اذا حصلت زيادة في الاجرة في نوبة احد الطرفين فانها تقسم عليها، فالعدالة متوفرة ، كما ان هذه المهائمه لم تتضمن المبادلة معنى .

مهايضة الاستغلال هي ان يجري التهاؤ على ان يستغل احد الشركاء الملك
 المشترك مدة اي ان يستوفي الاجرة مدة ثم يستغلها الثاني بقدر تلك المدة او
 ان يستغل احدهما بعضه والاخر بعضه الاخر . وهي اما زمانية او مكانية .
 وحكمها ان الاجرة اذا زادت في نوبة احد الطرفين في الزمانية فان الزيادة
 تقسم عليهما ولا يستغل بها من زادت من نوبته وا في ما المكانية فلا تقسم
 الزيادة على الطرفين بل يستغل بها المستغل وتجرى المهايضة الاستغلالية عادة
 في المشترك الذي ينفع به من طريق الاتجار كالسفن والطاحون والقهوة والحمام
 فلو كانت سفينة مشتركة بين اثنين وجرى التهاؤ الزماني فيها بين الشريكين
 فاجرهما الاول في نوبته بمائة دينار ثم اجرها الثاني في نوبته بمائة وعشرين دينار
 فان العشرين الزائدة تقسم بين الشريكين والسبب في ذلك ان المعادلة في هذه الصورة
 لا تتحقق الا بهذا الوجه . ولو كانت داران مشتركين بين اثنين وجرى التهاؤ
 على ان يستغل كل واحد منهما درا فاجر احدهما الدار التي بيده بمائة دينار واجر
 الآخر الدار التي بيده بمائة وعشرين فان الزيادة تسلم له ولا يشاركه فيها الآخر
 (م ١١٨٤ و ١١٨٦) . ووجه الفرق بين الصورتين ان في المهايضة الزمانية
 بناء على اختلاف زمن الاتجار واستيفاء الاجرة يعتبر كأن احد الشريكين قد
 استقرض نصيب صاحبه من الاجرة في دوره . فاذا اخذ صاحبه مقدار ذلك
 من الاجرة في دوره يبقى الزائد مشتركا . واما المكانية فبما ان زمن الاستيفاء
 واحد ومنفعة المكانين متحدة ايضاً يكون الغالب والظاهر فيها معنى الافراز

فكان كل واحد افرز ملكه عن الآخر .

مهايئة الانتفاع

هي ان يجري التهايو على استيفاء المنفعة لا على استغلالها . فكل واحد يملك
المنفعة التي حصل عليها بالتهايو لذلك له ان يستعمل المنفعة بنفسه وله ان
يستغلها (م ١١٨٥) واذا استغلها اي اجرها لاحد فان الاجرة تكون خالصة
له ، واذا زادت الاجرة في دوره لا يشاركه صاحبه في الزيادة ، كما لو اقتسم
الشرى كان الملك و باع احدهما نصيبه باكثر مما باع الثاني نصيبه به .

صفة المهايئة

المهايئة اذا كانت رضائية فهي غير لازمة ولكل واحد من المتهايين
فسخها سواء كانت زمانية او مكانية ، الا ان احدها اذا كان قد أجر المشترك
لا يجوز لشرىكه فسخها الا بعد انقضاء مدة الاجارة (م ١١٨٨) لتعلق حق
الغير وهو المستأجر ، على انه ليس له ان يؤثر المشترك في المهايئة الزمانية لمدة
اكثر من المدة المضروبة للمهايئة .

واذا كانت المهايئة قضائية فانها تكون لازمة لا يجوز ان يستبد احدها
بالفسخ ، نعم اذا طلب احدهما القسمة فان طلبه يجاب (م ١١٨٣) وعندئذ
تبطل المهايئة من ذاتها اذ لم يبق بعد القسمة ملك مشترك يتهايو فيه . وانما

يجاب الى القسمة عند طلب احد الشركاء ، لان المهايئة كالحلف عن قسمة العين والقسمة كالاصل فيما شرعت له المهايئة لانها شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة الدين اكمل .

محل المهايئة

ان محل المهايئات هو المنافع ، لانها قسمة المنافع ، فلا تجوز المهايئة على الاعيان . فلو تهايتا في نخل او شجر على ان يأخذ كل منهما طائفة يستثمرها لا يجوز ، وكذلك لو تهايتا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهما قطعاً ينتفع بالبانها واصوافها (م ١١٨٧) .

ما تجرى فيه المهايئة

المهايئة لا تجرى في المثليات بل في القيميات فقط (م ١١٧٥) لان المهايئة قسمة المنافع مع بقاء العين مشتركة وهذا يتأتى في المثليات اذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها لانها تستهلك بالانتفاع ، بخلاف القيميات فانه يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها . ونظراً لهذه الصلة ارى جواز التهايتي على المثليات التي ينتفع بها مع بقاء اعيانها ، كالسكتب المطبوعة في مطبعة واحدة على طراز واحد ، ونحوها .

الامطام المنفعة بالحيطان والجدران ومقوق الارتفاق

ينحصر البحث في هذا الباب في المواضيع الآتية :

١ - احكام المعاملات الجوارية .

٢ - حكم التصرف في الحائط المشترك .

٣ - احكام التصرف بالطريق

٤ - حقوق الارتفاق .

وتستند احكام هذه المواضيع على القواعد الآتية :

أ - كل احد يتصرف في ملكه المستقل كيفما يشاء لكن اذا تعلق حق آخر به يمنع من تصرفه على وجه الاستقلال .

ب - من ملك محلا صار مالكا ما فوقه وما تحته ما لم يكن الفوق او التحت مملوكا لغيره .

ج - لا يمنع احد من التصرف في ملكه الا اذا كان تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا .

د - كل ما يمنع الحوائج الاصلية من الشيء - اي يمنع المنفعة المقصودة منه - او يوجب وهنا في البناء او يكون سببا لانهدامه يعتبر ضررا فاحشا .

هـ - الشركاء في الباب ليس لاحد منهم منع الآخر من الدخول والخروج منها .

و - القديم يترك على قدمه الا اذا كان غير مشروع في الاصل فانه لا يترك اذا كان به ضرر كما لو كان لدار مسيل قدر في الطريق العام فانه ضرره يرفع وان كان المسيل قديما وقد مر توضيح هذه المادة عند البحث في القواعد الفقهية في صدر المجلة .

ولابد من توضيح هذه القواعد قبل الكلام على المواضيع الاربعة :

توضيح القاعدة الاولى :

كل من يتصرف في ملكية شيء - اي لم يكن لغيره شركة فيه (١) له
 حق ملكه المستقل ان يتصرف في ذلك الشيء المملوك - سواء كان عيناً او منفعة - حسب ارادته
 الا اذا املعه غيره ومحض اختياره سواء كان نافعاً له او مضرراً به فله ان يبيع ملكه لمن شاء
 بضمن باعظ او بضمن بخس وله ان يهب ملكه لمن شاء بعوض او بغير عوض
 وان يؤجره بالاجرة التي يراها وان يبني في ملكه ما شاء وان يفعل اي
 تصرف من التصرفات التي يرتبها . لكن هذا الاطلاق مقيد بما اذا لم
 يتعلق به حق الغير (م ١١٩٢)، اما اذا تعاقب به حق الغير فإنه يمنع من التصرف
 في ملكه تصرفاً مضرراً بالغير ، بدون رضاء هذا الغير ولو كان الضرر غير فاحش .
 فلو كان الدور الاول من بداية ملكا لشخص ودورها الثاني ملكا لشخص آخر
 فيها ان لصاحب الدور الثاني حق القرار على الدور الاول ولصاحب الدور الاول
 حق السقف (اي حق التستر من الشمس والتحفظ من المطر) فليس لاحدهما
 ان يفعل في دوره شيئاً مضرراً بالآخر بدون اذن منه فليس لصاحب الدور
 الاول ان يحدث شباكاً او باباً في جداره ، ولا ان يثبت فيه وقدماً يربط به
 او يعلق عليه شيئاً ثقيلاً وليس لصاحب الدور الثاني ان ينشيء في دوره
 بناء حائطاً ، او يبني عليه دوراً ثالثاً ، ا . ان يحدث فيه مرحاضاً ، كما ان ليس
 لاحدهما ان يهدم بناءه . لان هذه الافعال كلها مضررة بمن تعلق له حق بملك
 المالك لكن لكل واحد ان يتصرف في دوره تصرفاً غير مضر بالآخر عملاً

(١) اما اذا كان الشيء المملوك مملوكاً على وجه الاشتراك مع الغير فقد

مرت احكامه في البحث عن كيفية التصرف في الاعيان المشتركة

بمقتضى حق الملكية ، كما ان منعه من التصرف تصرفاً مضرّاً بالآخر عمل بالمانع وهو تعلق حق الغير .

إذا هدم صاحب الدور الاول دوره بدون اذن من صاحب الدور الثاني فانه يجبر على اعادته اذا طلب صاحب الدور الثاني ذلك ، لكن اذا انهدم او احترق فلا يجبر على اعادته بل يعمل حسب حكم المادة (١٣١٥) لانه ليس له دخل في الامر الواقع . : إذا سبب هدم الدور الاول انهدام الدور الثاني فلصاحب الدور الثاني تضمين صاحب الدور الاول حسب ما جاء في المادة (٩١٨) .

توضيح القاعدة الثانية :

من ملك مقامه

إن من ملك محلاً يملك ما فوقه الى السماء وما تحته بالغوا ما بلغ ، إذا لم يكن ما فوقه ملكاً لغيره . كما إذا كان الفوقاني من الدار ملكاً لشخص والتحتاني ملكاً لآخر ولم يكن ما تحته ملكاً لغيره . كما إذا كان مخزن تحت حانوت ملكاً لغير صاحب الحانوت . وبناء على ذلك ان من ملك عرصة على الوجه المذكور له أن يتصرف فيها بالبناء والعلو كما يشاء وأن يحفر فيها ما يشاء من بئر ومخزن وله أن يجري فيها ما يشاء من التصرفات تصرفاً محدداً بحكم المادة (١١٩٧) .

ما فوقه وما تحته
الا اذا كان الفوقاني
او التحتاني

ويتفرع على هذه القاعدة ، ان ليس لاحد أن يبرز رفراف بيته أو ظلمته مثلاً على فضاء دار جاره ، لان هذا الفضاء ملك جاره ، وليس لاحد أن يتصرف في ملك غيره بدون اذنه ، فان أبرز رفراف داره مثلاً على فضاء جاره فانه يقطع منه القدر الشاغل للفضاء ، (م ١١٩٥) . لكن إذا كان

طاحونه . وكذلك الحكم انشا احد طاحوناً في الارض الاميرية التي له حق التصرف فيها ، لأنه مالك لمنفعتها وان لم يكن مالكا لرقبتها ، اذ ان هذه القاعدة مطلقة تشمل ملك الرقبة وملك المنفعة . وكذلك لو حفر احد في ملكه بئراً فليس لجاره ان يمنعه بدعوى ان هذه البئر تسحب ماء بئره . وعلى هذا القياس . لكن هذه القاعدة مقيدة بامرين : الاول الا يتعلق بالملك حق الغير ، وقد مر الكلام على ذلك في توضيح القاعدة الاولى ، الثاني : الا يؤدي التصرف الى اضرار الغير ضرراً فاحشاً ، فان ادى الى ذلك فانه يمنع . وهذا المنع مبني على الاستحسان ، فان القياس يقضي الا يمنع احد من التصرف في ملكه سواء اضر بالغير او لم يضر به . غير ان الاستحسان يقضي بان يحدد تصرف المالك في ملكه بان لا يضر بالغير ضرراً فاحشاً وبالقياس اخذ ابو حنيفة ، وبلاستحسان اخذ ابو يوسف وعليه جرت المجلة . (م ١١٩٧) .

توضيح القاعدة الرابعة :

الضرر نوعان : فاحش وغير فاحش

فالضرر الفاحش هو ما يؤدي الى احد امور ثلاثة :

كل ما يمنع المتفق

المقصود من التسي

١ - الى منع الخوايج الاصلية من الشيء . كالسكنى في الدار . والزرع في

الاراضي ، وجري القطار في السكك الحديدية ، وسير السيارات في الطرق

المعبدة لها . والصلاة في المعابد . والبيع في الحانوت ، ونحو ذلك . فاذا كان

تصرف احد في ملكه يؤدي الى منع شيء مما تقدم في ملك غيره فانه يمنع

عن اجراء ذلك التصرف فليس لاحد ان يفتح في ملكه شباكاً مطلقاً على

بغير ضرر فاحش

وكذلك هو لينا

وانه لم يلبس

مقر النسوان في ملك غيره وليس لاحد ان يحدث في ملكه ما يسد الهواء عن بيدر لغيره او عن طاحون الهواء العائد لغيره لان في ذلك منعاً للمنفعة المقصورة من البيدر او الطاحون وليس لأحد ان يتصرف في ملكه تصرفاً يؤدي الى سد الضوء بالسكينة عن ملك غيره وعلى هذا القياس .

٢ - الى وهن في البناء : فليس لاحد ان يحدث في ملكه حفرة باتصال جدار غيره لتجتمع فيها الاوساخ اذا كان ذلك يؤدي الى تسرب الرطوبة في الجدار فان احدث وكان من الممكن درء الضرر باتخاذ بعض التدابير كتبليطها بالاممنت يؤمر بذلك . وان لم يكن ذلك ممكناً او انه لم يمثل الامر فان الحفرة يؤمر القاضي برفعها . وكذلك الحكم لو حفر احد بالوعة او مخزناً للاوساخ في ملكه باتصال جدار لغيره ، لكن لو انهدم الجدار من جراء ذلك قبل ان يكلف المتصرف بدفع الضرر فانه لا يضمن لصاحب الجدار شيئاً لانه مسبب ، والمسبب لا يضمن الا اذا كان متعدياً وتصرف الانسان في ملكه لا يعد متعدياً ، اما اذا سبق ان منعه صاحب الجدار فانه يضمن بسبب التقدم الذي حصل بالمنع انظر (م ٩٢٨ ، ٩٢٩) .

٣ - الى انهدام البناء : فليس لاحد ان يجمع الطين في ملكه باتصال جدار غيره . بحيث يؤدي الى تسرب الرطوبة المؤدية الى انهدامه ، فان فعل فانه يكلف برفع الطين فان لم يمثل يأمره القاضي برفعه واذا انهدم الجدار بعدما كلف بالرفع فانه يجري في امر الضمان على ما سبق ذكره قريباً .

فالضرر الفاحش ما يكون سبباً للهدم ، او بوهن البناء ، او بخروج عن

الانتفاع بالكلية (م ١١٩٩) . اما الضرر غير الفاحش فهو الذي لم يؤدي الى احد الامور الثلاثة .

وليس لاحد ان يتصرف في ملكه تصرفاً يؤدي الى سد الضوء بالكلية عن ملك غيره .

توضيح القاعدة الخامسة :

لكل واحد من الشركاء في الباب ان يدخل ويخرج منه هو وافراد عائلته الساكنين معه ، وليس لسائر شركائه منعه لان المنع يؤدي الى تعطيل منافع ملكه ، فاذا كان احد مالكا للقسم الفوقاني من داره ، وآخر مالكا للقسم التحتاني منها وكان باب الفوقاني والتحتاني في الجادة واحداً فصاحبا الحليين يستعملان الباب مشتركا وليس لاحدهما منع الآخر من الدخول والخروج منه (م ١١٩٣) . وكذلك لو اشترى احد من آخر بيتاً في داره فليس للبائع ان يتمتع المشتري من الدخول الى البيت من باب الدار .

اصطلاحات المعاملات الجوارية

المعاملات الجوارية كثيرة وقد جمع هذا الفصل اهمها ، ويقاس عليها في الحكم ما يشبهها واليك البيان :-

١ - لو اتخذ احد في اتصال دار دكان حديد او طاحوناً ، ومن طرق الحديد وديران الطاحون يحصل وهن للبناء ، فانه يكلف بدفع هذا الضرر باي وجه كان لانه ضرر فاحش . وكذلك لو احدث باتصال دار معصرة ، او مذبغة او مسلخة او نحو ذلك بحيث ادى ذلك الى الاستطيع صاحب الدار السكنى

فيها لتأذيه من الرائحة الكريهة . وكذلك لو احدث تنوراً او حماماً ، او مطبخاً
 ارنحو ذلك بحيث لا يستطيع صاحب الدار من السكنى فيها . وكذلك لو
 تسربت مياه (مرزة) احد الى ارض غيره بحيث صار يفسدها الماء . وكذلك
 من شق في عرصته المتصلة بدار احد نهراً الى طاحونه او حديقته وجري الماء
 يوهن جدار الدار ، وكذلك لو اتخذ احد في اساس جدار دار جاره مزبلة
 والقاء القمامة يضر الجدار وكذلك لو احدث منرى (بيدر) في قرب دار آخر
 وبمجيئ الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطبق الاقامة فيها ، وكذلك
 لو احدث احد بناء مرتفعاً في قرب بيدر لآخر وسد مهب ريحه . وكذلك لو
 احدث رجل دكان طبائح في سوق البزازين وكان الدخان يضر بامتعة الجار ضرراً
 فاحشاً وكذلك اذا انشق سياق احد في داره وتضرر الجار من جري ماء ، ضرراً
 فاحشاً . وكذلك لو انشق نهر في ارض احد وخرب بعض اراضي جيرانه
 وكذلك اذا احدث مصنعا للحديد او النحاس او نحوهما او آلة بخارية وسط
 منازل السكنى ، تخلق راحة السكان وتوهن ميازينهم . ففي جميع هذه المسائل
 ونحوها اذا طلب المتضرر دفع الضرر عنه يكلف مجاوزه الذي نشأ الضرر من
 قبله ان يدفع ضرره بالقدر الممكن لان هذه الاضرار كلها فاحشة على ما يظهر
 من مراجعة القاعدة الرابعة (م ١٢٠٠) . وكذلك لو بنى احد في ملكه بناء
 سد به الهواء بالسكاية او الضياء بالسكاية عن غرفة جاره بحيث صارت بحالة
 لا يستطيع فيها القراءة بسبب الظلمة ، فانه ضرر فاحش يؤمر الباني بازالته ،
 كما ان لصاحب الغرفة الذي يتوقع سد الضياء بالسكاية عن غرفته ان يمنع
 الباني من احدث البناء الذي يسد الضياء . وليس للباني ان يدفع بان باب

الغرفة يكفي لارسال الضياء إلى الغرفة ، لان الباب قد يضطر إلى غلقها من جراء البرد او سبب آخر (م ١٢٠١) . كما ان الغرفة لو أمكن ان يفتح فيها صاحبها نوافذ أخرى على جهته ، لا يسقط حقه من توقيف البناء او دفع الضرر عنه بعد حدوث البناء ، لان من سبب الضرر الفاحش يجب عليه ان يزيل سبب الضرر .

واذا كان البناء لا يسد كل النوافذ أي أنه لا يسد الضياء بالكلية ، بل يمكن القراءة في الغرفة بعد البناء فان الضرر لا يعد فاحشاً ولا يكلف الباني بشيء . ولا يقال لماذا قيدتم الضرر بالفاحش ، ولا يؤمر الجار بدفع اي ضرر سببه لجاره عملاً بالقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) ؟ لانا نقول ان هذا العموم مخصص ، والا لما استطاع احد ان يتصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً ، بل يبقى مقيداً تقييداً شديداً ، فالضرر الممنوع هو الفاحش مطلقاً ، وغير الفاحش اذا لم يكن احداث سببه مشروعاً ، مثلاً لا يجوز لاحد ان يتلف شجرة صغيرة من بستان عظيمة لغيره ، لأن فعل اتلاف مال الغير ليس بمشروع ويجب على من أحدث في ملكه حماماً يمنع دخانه الجار من ان يسكن في بيته ان يدفع الضرر عن جاره وان كان احداث الحمام مشروعاً لان الضرر فاحش اسكن لو بنى احد في داره بناء سد به نوافذ غرفة جاره ولم يسد الضياء بالكلية ، فانه لا يكلف بشيء لان الضرر غير فاحش لان اجراء سببه مشروع .

٢ إذا أحدث احد في داره شبكاً ، او بناء (كالمرصد) مطلا على مقر ساء جاره فانه يؤمر برفع الضرر لان الاطلاع على مقر النساء ضرر فاحش .

ولا فرق بين ان يكون الجار ملاصقاً وبين ان يكون بينهما طريق قاصر كما أنه لا فرق بين ما اذا كان نساء الجار ممن القوا الحجاب او السفور، كما انه لا فرق بين ما اذا كان الاطلاع ممكن الاستمرار في كل وقت ، وما اذا كان في وقت دون وقت ، كالسطوح عندنا في فصل الصيف فانها مقر نساء في هذا الفصل ليلاً ، فالشباك المطل عليه مقصور اطلاله على وقت الصيف .

ويكفي لدفع هذا الضرر اقل ما يمكن به الدفع لان الضرورات تقدر بقدرها فاذا كان الضرر يدفع بوضع حجاب ثابت يمنع نفوذ النظر الى مقر النساء لا يكلف صاحب الشباك المطل او البناء المطل بأكثر من ذلك ، كما اذا كان سد ثلاثة ارباع الشباك مثلاً طولا كافياً لدفع الاطلاع ، لا يكلف بسده كله (م ١٢٠٢) إذ أن الشباك المطل إذا كان فوق قامة الانسان فليس للجار ان يكلف صاحب الشباك بسده لاحتمال ان يضع سلعاً وينظر إلى مقر نسائه ، (م ١٢٠٣) لان هذا توهم ولا عبرة بالتوهم .

ومعرفة مقر النساء تتمين بالعرف والعادة غداً التي البيوت التي قد الف اتخاذها في بلادنا في هذا الوقت تعد مقراً للنساء ، لان العادة ان النساء يأوون اليها في موسم الصيف فما جاء في المادة (١٢٠٤) من ان الحنفية لا تعد مقر النساء مبني على العادة القديمة . والنص اذا بني على العرف تجوز مخالفته بناء على تبدل العرف على ما هو مقرر في اصول الفقه ، فان العادة محكمة وقد يقال ان المجلة قانون والقانون لا تجوز مخالفته لنصوصه الصريحة ، إذ لا اجتهاد في معرض النص فالأولى تعديل هذه المادة .

ويلاحظ ان اطلال المحل الذي لا يستمر احتمال منه إلى مقر النساء إلا

دقائق معدودة لا يعد ضرراً فاحشاً ، بل إذا كانت ازماته معلومة ، كما هو الحال عند إجراء بعض المراسم الدينية على مرتفعات المعابد فبأماكن النساء الا يبرزن في تلك الدقائق الى المنظر المكشوف ، وليس في ذلك ضرر فاحش على ما عرف من تعريف الضرر الفاحش ، وإذا لم تكن ازماته معلومة كما هو الحال في الصعود على الاشجار لالتقاط ثمارها والصعود على مداخن المعامل لاصلاحها ، فيكلف الصاعد باخبار الجيران ولا يكلف باتخاذ اسباب سد النظر لان ذلك عسر وضيق ومشقة ومشقة تجلب التيسير ولا ضرر فاحشاً على النساء اذا اخترن التستر في تلك الازمان المتقطعة ، وإذا لم يخبر الصاعد الجيران بمنع من الصعود (م ١٢٠٥)

إذا كان لاحد بئر ماء حلو أو مجرى ماء حلو فحدث شخص بقر به مرحاضاً أو مجرى ماء مالح فافسد ماء البئر فانه يكلف بدفع الضرر باتخاذ التدابير الفنية كالتبليط بالاسمنت مثلاً لان الضرورة تقدر بقدرها . واذا لم يكن دفع الضرر بمثل تلك التدابير ، يردم المرحاض أو المجرى المذكور (م ١٢٠٢) .
وعلى ما سبق من الامثلة ففس .

٣ — منع المنافع التي لا تعد من الحوائج الاصلية للشيء لا تعد ضرراً فاحشاً فلا يكلف المانع بدفع الضرر كما لو بنى أحد في ملكه بناء سد عن جاره المناظر التي كان ينظر اليها سابقاً أو سد الهواء والضوء سداً غير كلي (م ١٢٠١)

٥ — انما يكلف صاحب الشباك أو البناء المطل على مقر نساء جاره بدفع الضرر ، إذا كان هو المسبب للأضرار ، فلو كان الجار هو الذي سبب اضرار

شباك جاره عليه ، فهو الذي يدفع الضرر عن نفسه ان اختار دفعه لانه هو المسبب للضرر ، وليس له أن يكلف جاره بدفع ذلك الضرر . مثلاً ، لو أحدث أحد داراً قرب دار شخص وانشأ بناءها على شكل جعل شبك جاره يطل على مقر النساء في داره المحدثه ، فهو الذي يدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك الحكم إذا اتخذ داره بجانب مصنع حديد أو نحاس أو آلة بخارية تخلق راحته وتوهن بناءه (م ١٢٠٧) ، وكذلك الحكم إذا كان لصاحب الدار القديمة جدار يمنع اطلال شبك دار جاره المحدثه على مقر نسائه فهذه صاحب الدار القديمة ذلك الجدار ، فصارت شبابيك جاره الحديثة مشرفة على مقر نسائه فلا يمنع لانه هو المسبب لذلك فعليه أن يدفع الضرر عن نفسه (م ١٢٠٩) وكذلك الحكم إذا كانت دار قديمة لاحد قرب عرصة لشخص آخر وكانت شبابيك الدار تطل على العرصة فأحترقت الدار ، وقبل أن يعيد صاحبها بناءها ، انشأ صاحب العرصة داراً فيها ، ثم أعاد صاحب الدار المحترقة بناءها على وجه أصبحت شبابيك الدار الحديثة في العرصة تطل على مقر النساء في تلك الدار ، فإن معيد البناء هو المسبب لذلك فعليه أن يدفع الضرر عن نفسه (م ١٢٠٨) .

و يلاحظ ان المراد من الدار القديمة في هذه المواضع من البحث الدار التي سبق انشاؤها على البناء الذي حدث فيه الضرر . وليس المراد من القدم ما جاء في المادة (١٦٦)

وإذا كان اطلال الشباك مثلاً على مقر نساء الجار من القديم ، فعلى المتضرر دفع الضرر عنه إذا اختار ذلك ، ولا يكلف صاحب الشباك بشيء لان القديم يترك على قدمه . ولا يعارض هذا الحكم بالقاعدة الفقهية (الضرر لا يكون

قديمًا) لان المراد من الضرر في هذه القاعدة الضرر العام .

ويلاحظ ان المادة (١٢٠٦) تنص على ان الشريكين في الدار إذا اقتسماها وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما مقر نساء الآخر يأمرها الحاكم ان يتخذنا ستارة مشتركة بينهما . فهذا الحكم نظراً لظاهر المادة مخالف لما هو معروف من ان الشخص لا يجبر على اصلاح ملكه وأرى ان المادة لم تقصد هذا وإنما تقصد ان صاحب الحصة التي يرى فيها مقر نسائه اذا طلب من صاحب الحصة الثانية دفع الضرر عنه لا يكلف هذا الثاني بالقيام بدفع الضرر وحده بل انها يشتركان بالتخاذ ما يدفع الضرر لان صاحب الحصة الثانية لم يحدث هذا الضرر وإنما حصل بطبيعة الحال . ويدل على هذا القصد سياق الكلام وسباقه .

أحكام التصرف بالحائط المشترك :

الاصل في هذا الموضوع ، ما جاء في المادة (١٠٧٥) من ان كل واحد من الشركاء في شركة اجنبي في حصة الآخر فليس له ان يتصرف في حصة شريكه تصرفاً مضراً بلا اذنه .

ويتفرع على هذا : انه ليس لاحد الشريكين في الحائط ان يرفع أخشابه التي على الحائط من أسفل إلى أعلى بدون اذن شريكه إلا إذا كان لشريكه أخشاب من موضع أعلى من موضع أخشابه فانه حينئذ يجوز له أن يرفع أخشابه الى استواء أخشاب شريكه تحصيلاً للمساواة بينهما إذا لم يكن في هذا ضرر على الجدار .

وليس له ان يحول أخشابه من اليمين الى الشمال وبالعكس بدون اذن

شريكة ، ولسكن له ان يحولها من أعلى الى أسفل (م ١٢١١) .

وليس له ان يعمل به أو يفتح نوافذ فيه ولا ان يركز عليه درجاً ولا ان يفتح فيه باباً ولا ان ينشأ عليه غرفة ولا ان يبني عليه أي بناء بدون اذن شريكة ، سواء وافق هذا التصرف الرسم المعتاد أم لا (م ١٢١٠) . وذهب بعض الفقهاء الى ان التصرف اذا كان موافقاً للرسم المعتاد جاز لاختلاف شكل البناء وارتفاع السقف باختلاف العرف والعادة والزمان والمكان . وهذا هو الاوفق بحالة العصر والعمران لسكن المجلة مطلقة في المنع . فالاولى ان يعدل حكمها .

واذا كان لاحدهما أخشاب عليه وأراد الآخر ان يضع مثلها فان كان الحائط يحتمل الجميع فله ذلك ، والا أجبر من له الاخشاب على ان يرفع منها بقدر ما يزيد على نصف ما يحتمله الحائط لينمكن الآخر من وضع أخشابه تحقيقاً للمساواة بينهما في الانتفاع اللهم إلا إذا كانت الاخشاب موضوعة من القديم فانها تترك على قدمها ، وللآخر حينئذ ان يضع من الاخشاب بقدر ما يتحمله الحائط وان كان أقل من النصف .

واذا لم يكن على الحائط لاحدهما أخشاب وأراد أحدهما أن يضع عليه من الاخشاب بقدر استحقاقه مما يتحمله الحائط فليس للثاني منعه عن ذلك القدر لان هذا المنع موجب لتفويت الانتفاع من الجدار تعنتاً ، فاعتبر الشرع الشريك مأذوناً حكماً بوضع مقدار نصيبه ، فاذا وضع ما لا يتجاوز عن نصيبه مما يتحمله الحائط فلشريكه أن يضع مثل ذلك المقدار (م ١٢٠٠)

أهمم التصرف بالطريق

الاصل في هذا الموضوع ما جاء في القاعدتين الفقهيتين :

(الضرر يزال) و (الضرر لا يكون قديماً)

والطريق نوعان : خاص وعام .

فالطريق الخاص هو الطريق المملوك لأصحابه .

وأما تعريفه المار في المادة (٩٥٦) بازقاق الذي لا ينفذ فغير سديد ، لان الطريق الخاص إذا فتح له أصحابه منفذاً الى الطريق العام يبقى خاصاً ولا يكون عاماً ، فلم يمنع الناس من المرور فيه .

والطريق العام ، وهو الطريق الذي ليس مملوكاً لاحد . واليك تفصيل البحث في الاحكام المتعلقة بهما .

أهمم الطريق العام :

١ ليس لاحد أن يتصرف في الطريق العام بوجه من الوجوه بدون اذن ولي الامر فاذا أراد أحد أحداث شيء فيه فانه يمنع ، الا انه إذا أحدثه ولو بعد المنع (على ما هو الظاهر من اطلاق المجلة) لا يرفع إلا إذا كان ما أحدثه مضرّاً بالمارين ، فاذا كان مضرّاً فانه يهدم ولو كان قديماً ، لان القدم لا يشفع للضرر العام فان الضرر العام لا يكون قديماً . وإذا أحدث شيئاً غير مضر بالمارة فاذا انهدم ما أحدثه فليس له إعادته ولو كان قديماً ، فيمنع من إعادته ، لان أحداثه السابق لا يثبت له حق قرار في الطريق العام ، ولكن إذا تمكن من إعادته لا يرفع على ما سبق ذكره . والذي له حق الخصومة في طلب المنع ، أو رفع ما أحدثه ، هو كل واحد من الناس لان لكل واحد

حق المرور في الطريق العام ، ولكن نظراً لاحكام قوانيننا ان حق الخصومة هو البلدية .

و إذا كان إنشاء شيء في الطريق العام باذن من ولي الامر ، فان مريد الانشاء حينئذ لا يمنع ، وإذا أنشأ شيئاً لا يهدم . ولكن من المراد من ولي الامر ؟

الظاهر بالنظر الى الحكومات الدستورية ان الاذن الصادر حسب الجواز القانوني هو الذي يجب أن يعتبر اذناً من ولي الامر لا غير . وبعبارة أخرى ان المراد بولي الامر القانون والنظام المستند الى قانون والتعليمات المستندة الى النظام وهذا الحكم المقرر الذي سلكته المجلة هو قول الامام محمد ، وذهب الامام أبو حنيفة الى انه ليس لاحد أن يحدث شيئاً في الطريق العام فيمنع إذا أراد أن يحدث شيئاً ، وإذا أحدث شيئاً فانه يهدم . لان أبا حنيفة يذهب الى ان احداث أي شيء في الطريق العام ضرر فاحش ، لعموم ضرره ، والضرر الفاحش يجب دفعه .

ويتفرع على ما قررناه آنفاً :

أ - ان الاشياء المضرة بالمارين كالغرفة والبروز على الطريق العام الدائنين الواطين (م ١٢٠٤) ونحوها ، ترفع ولو كانت قديمة . بخلاف ما إذا كان مثل ذلك في الطريق الخاص ، فليس لاحد طلب رفعها إذا كانت قديمة ، وإذا انهدمت كان لصاحبها أن يعيدها على حالها السابق ، لان القديم ترك على قدمه .

ب - إذا أراد أحد أن يعمر داره التي على الطريق العام يجوز له أن

يضع الطين وسائر المواد اللازمة للبناء ، على طرف الطريق العام على أن يترك اللعارة متسعاً في الطريق لمرور الناس ، وعلى أن يسرع في رفع ما وضعه قدر الامكان ، فان هذا الجواز إنما كان للضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها أما إذا كان قد وضع تلك الاشياء في الطريق بصورة تضيق على المسارة مرورهم فانه يجبر على توسيع الممر على أن يسرع إلى رفع ما وضعه (م ١٢١٥) .

٢ — يجوز أن يملك شخص فضلة الطريق العام من البلدية بثمن مثله (م ١٢١٧) . وقد جاء في هذه المادة ، أن التملك يكون (من جانب الميري) أي من جانب الحكومة وهذا نظراً إلى الحالة سابقاً أما اليوم فبما أن الطرق العامة في المدن والقصبات تعتبر ملكاً للبلديات قانوناً فهي التي تملك فضلة الطريق العام الى الراغب فيها بثمن المثل .

وكما يجوز أن تباع فضلة الطريق العام يجوز للحكومة أن تستملك العقارات المملوكة من اصحابها جبراً عليهم لتوسيع الطريق العام او فتحه أو لغير ذلك من المنافع العامة ، على شرط ألا يؤخذ العقار المراد استملاكه من يد صاحبه ما لم يدفع اليه الثمن (م ١٢١٦) . فاخذ الحكومة العقار من يد صاحبه جبراً عليه للمنافع العامة يسمى استملاكاً . وقد منح هذا الحق أيضاً الى البلديات . أما أخذه برضاء صاحبه للمنافع العامة ، فلا يسمى استملاكاً ولا يشترط فيه لزوم اداء الثمن حالا ، لان المعاملة حينئذ معاملة بيع فهي تتبع سائر احكام البيوع فان حصل الاتفاق مع صاحب الملك على أن يكون الثمن حالا وجب أن يدفع اليه الثمن حالا وان مقسطاً أو مؤجلاً يعمل حسب موجب الاتفاق .

وقد سنت عدة قوانين للاستملاك جرت عليها عدة تعديلات ثم سن قانون للاستملاك الغي القوانين السابقة ثم الغي هذا القانون واستقر العمل على قانون سن سنة ١٩٣٦ .

٣ — يجوز لكل أحد أن يفتح ماشاء من الابواب على الطريق العام لان كل أحد له حق المرور في الطريق العام (م ١٢١٨) .

أحكام الطريق الخاص :

١ — لا يجوز لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص أن يفتح اليه باباً (م ١١١٩) لان الطريق الخاص ملك لاصحابه فلا يجوز لاحد آخر أن يتصرف فيه بلا إذن من أصحابه . نعم اذا اذنوا له أن يفتح باباً في طريقهم جاز له ان يفعل ذلك . وهل لهم الرجوع بعد ذلك وطلبهم سد الباب المذكورة؟ لهم ذلك . لان اذنتهم هذا ما هو الا إعارة وهي عقد غير لازم . وذهب بعض الفقهاء الى ان لكل أحد ان يفتح باباً على الطريق الخاص الا أنه ليس له المرور اليه ان لم يكن من اصحاب حق المرور فيه فلا أصحاب الطريق الخاص أن يمنعوه حيثئذ من المرور الى بابه التي فتحتها ووجه قولهم هو ان فتح الباب ما هو الا تصرف في الجدار ولكل أحد أن يتصرف في جداره كيف يشاء فله أن يفتح فيه شبابيك وابواباً ، الا أنه ليس له ان يمر إلى الباب التي يفتحها إلى الطريق الخاص لانه ليس له حق المرور . ووجه مسلك المجلة ان فتح الباب وإن كان تصرفاً في الجدار المملوك لمن يريد فتح الباب فيه الا أنه يعسر على أصحاب الطريق الخاص مراقبة صاحب الباب الذي ليس له حق المرور في

الطريق ، ومنعه إذ أنهم يضطرون الى مراقبته ليلاً ونهاراً وهو مشقة يلزمون بها بلا التزام ، فكان الصواب منعه من فتح الباب ، لئلا يثبت له حق المرور بسبب طول الزمن وتعسر مراقبته ومنعه من المرور .

٢ — كل من له حق المرور في الطريق الخاص له أن يفتح اليه من الابواب ما شاء لان فتح الابواب ليس تصرفاً في الطريق الخاص ، بل هو تصرف في الجدار المملوك لصاحبه ، وبما أن صاحب الجدار من أصحاب حق المرور فله أن يمر الى داره من أي الابواب الكائنة في الجدار . أنظر المادة (١١٧٢) . وبناء على هذا إذا انشعب من الطريق الخاص شعبة مستطيلة أو مربعة فان لكل واحد ممن له حق المرور في الشعبة ان يفتح باباً في اصل الطريق لان له حق المرور فيه بدليل انه يعد خليطاً له حق الشفعة في الدور التي فيه المرور اليها وليس لمن له حق المرور في اصل الطريق ان يفتح لداره باباً على الشعبة المذكورة لانه ليس له حق المرور فيها لان مروره منقطع عن هذه الشعبة الثانية بدليل أنه لا يعد خليطاً مع أصحاب الشعبة فاذا بيعت دار فيها فليس لمن له مرور في اصل الطريق شفعة فيها .

وانما قيدنا الشعبة بان تكون مستطيلة لأنها إذا كانت مستديرة فانها لا تعد زقاقاً مستقلاً بذاته بل أنها تعد بمنزلة الساحة المشتركة في الطريق الخاص فلكل من أصحاب المرور في أصل الطريق والشعبة المستديرة حق فتح الباب على أصل الطريق أو الشعبة المستديرة ولتوضيح المسألة ينظر الى التصوير الآتي :

ليس لصاحب الدار المرقمة (٢) فتح باب على الشعبة الثانية المستطيلة لانه ليس له حق المرور فيها ، لصاحب الدار المرقمة (٣) فتح باب على أصل الطريق الخاص لان له حق المرور فيه ، لصاحب الدار المرقمة (٤) فتح باب على الشعبة المستديرة لان الشعبة المستديرة بمنزلة الساحة المشتركة بين جميع اصحاب الطريق الخاص ، ولصاحب الدار المرقمة (٥) ان يفتح باباً على اصل الطريق الخاص لان له حق المرور فيه ، وليس لصاحب الدار المرقمة (٦) ان يفتح باباً على الشعبة المربعة لانه ليس له حق المرور فيها . ولصاحب الدار المرقمة (٧) فتح باب على اصل الطريق الخاص لان له حق المرور فيه .

٣ بما أن الطريق الخاص ملك لاصحاب حق المرور فيه فلكل واحد أن يعمل فيه ما هو من أمور السكنى كأمرار دابته الى داره ووضع القمامة لمدة يسيرة جنب داره اما الاشياء التي لا تعد من أمور السكنى ، فليس لاحد اصحاب الطريق أجراؤها بدون اذن من سائر اصحابه سواء كان ذلك مضراً أم لا (م ١٢٢٠) لان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة شريكه فيما عدا السكنى والامور التالية لها . انظر المادة (١١٧٥) . فليس له أن يخرج عليه طنفاً ، أو ظلة أو نحو ذلك بلا إذن من جميع شركائه ، وليس له أن

يحدث في داره ميزاباً على الطريق الخاص بلا إذن من جميع شركائه (م ١٢٢١) فاذا أحدث شيئاً من ذلك بدون إذن الشركاء كان لكل واحد من الشركاء ان يطلب رفع ما أحدثه ، وإذا حصل على أحد من الناس ضرر بسبب ما أحدثه بلا إذن فإنه يضمن الضرر ، كما لو فعل ذلك في الطريق العام بلا إذن ولي الامر وحصل بسببه ضرر على أحد .

وإذا أذن الشركاء لاحد ان يحدث فيه شيئاً ، كأن يبرز عليه غرفة أو يحدث عليه ميزاباً ونحو ذلك ، كان له أن يفعل ذلك ، وإذا حصل بسبب فعله ضرر على أحد لا يضمن الضرر . ولكن هل لهم الرجوع عن هذا الاذن؟ الظاهر من حكم المادة (١٢٢٦) ان لهم ذلك لان ذلك يعد من باب الاعارة وهي غير لازمة حتى أنه لو رجع واحد منهم عن الاذن بعد ذلك وطلب رفع ما أحدث كان له ذلك بل لو اشترى اجنبي داراً في ذلك الطريق الخاص ثم طلب المشتري رفع ما أحدث كان له ذلك . ولكن لا يخفى أن الاذن إذا كان غير مؤقت فانهم لا يضمنون شيئاً عند الرجوع عن الاذن وطلب رفع ما أحدثه المأذون وان كان مؤقتاً ، فاذا رجعوا عن أخذهم وطلبوا رفع ما أحدثه المأذون قبل المدة المأذون فيها فانهم يضمنون حسبما جاء في المادة (٨٣١) .

وإذا كان لاحد الشركاء شيء على الطريق الخاص من القديم فإنه يبقى على قدمه فلو كان لاحد غرفة بارزة على الطريق الخاص او طنف أو نحوهما من القديم فإنه يبقى على قدمه حتى لو أن الدار احترقت أو هدمت أو تهدمت فأعادها صاحبها مع ما لها من الاشياء البارزة على الطريق الخاص كان له ذلك وليس لشركائه حق منعه .

٤ - لا يسقط حق المرور بسد الباب أو بهندام الدار مثلاً فيجوز لصاحب المرور ولمن يشتري العقار منه أن يفتح الباب مجدداً (م ١٢٢٢) وإذا أراد أحد أن يفتح باب داره على طريق خاص على زعم أنه كان له حق المرور فيه فنعمه الجيران بدعوى أنه ليس له مرور فيه فإذا اثبت صاحب الدار أن له حق المرور في الطريق فيها ونعمت والا فتوجه اليمين إلى جميع من له حق المرور فإذا نكلوا جميعهم ثبتت دعوى صاحب الدار وكان له أن يفتح إليه الباب وإذا حلف واحد منهم سقط اليمين عن الباقيين وردت دعوى صاحب الدار فليس له فتح الباب ، لأن حلف الواحد كاف لمنع صاحب الدار عن فتح الباب إذ لا يثبت له حق الفتح بالنظر إليه ، فلا تبقى فائدة من توجيه اليمين إلى الباقيين ، لأن الفائدة من توجيه اليمين هو رجاء النكول وبما أن النكول بعد سبق حلف الواحد لا يؤثر شيئاً في المسألة لما سبق ذكره ، فتسقط اليمين .

٥ - للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام ، بسبب ضرورة الازدحام ، وبناء على هذا لا يجوز لأصحاب الطريق الخاص أن يقسموه ، ولا أن يبيعوه وحده ، ولا أن يسدوا مدخله (م ١٢٢٣) . كما لا يجوز للمارة الدخول فيه في غير حالة الازدحام ، إذ لا يجوز لأحد أن يدخل ملك غيره بدون إذنه ، ولكن ضرورة الازدحام جوزت للمادة ذلك . وما جاز لعذر بطل بزواله .

ويلاحظ . أن المراد من الطريق الخاص في الفقرة الخامسة ، الطريق الخاص الذي ترك من القديم ليكون مسلكاً للدور المحيطة به . أما إذا لو اشترى

عدة أشخاص عرصة واقتسموها وأنشأوا فيها عدة دور وافرزوا من العرصة مسلماً للدور المذكورة ، فان هذا الطريق الخاص لهم أن يتصرفوا فيه كيفما شاءوا فلهم بيعه وقسمته وسد مدخله ، إذ أنه ملكهم الخاص بهم من الاصل لانه جزء مما أفرز من العرصة المشتركة بينهم وبقي بعد تقسيم العرصة مشتركا بينهم .

أقسام حق المرور وحق المجرى وحق المسيل

يبحث هذا الفصل عن أكثر أنواع حق الارتفاق . وتعتمد أحكام هذا الفصل على القاعدة الفقهية : القديم يترك على قدمه إذا لم يكن مخالفاً للشرع من الاصل .

والحق هو صفة شرعية أو قانونية يقتدر بها الانسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفاً مشروعاً والحقوق المتعلقة بالاموال ثلاثة أنواع :

١ - حق ملك الشيء ذاتاً ومنفعة .

٢ - حق ملك الانتفاع .

٣ - حق الارتفاق .

أما الاول فيسمى ملكاً تاماً ، ويجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه . وهذا الحق يكتسب إما بأحد العقود المشروعة لتمليك الاعيان أو بالارث ، أو بالاحراز أنظر المادة (١٢٤٨) .

وأما الثاني فيسمى ملكاً ناقصاً لان المالك لا يملك التصرف المطلق الا من ماله العين المنتفع بها ، وذلك بسبب الوقف أو عقد الوصية بالمنفعة ، أو عقد الإيجار ، أو عقد الاعارة .

واستيفاء المنفعة المملوكة باحد الاسباب المذكورة اما أن يكون مقيداً بشرط ، او لا . فان كان مقيداً كان للمالك ان يفتنع الانتفاع المشروط او ما يمثله في الضرر ، أو ما هو أقل منه . وان كان غير مقيّد بشرط ، انتفع الانتفاع المعتاد . وإذا خالف المشروط الى ما هو ضرراً ، أو جاوز المعتاد في الانتفاع أو تأخر عن رد العين بلا عذر بعد استيفاء المنفعة ، أو مات مجهلاً لها فعليه الضمان .

ويقضي حق الانتفاع باحد الامور الآتية :

١ - بانتهاء مدة الانتفاع .

٢ - بموت المنتفع ، فالانتفاع لا يورث .

٣ - بهلاك العين المنتفع بها .

واما الثالث فهو حق مجرد وقد يسمى ملكاً ناقصاً لان صاحبه لا يملك

فيه التصرف المطلق . والارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد ، ويطلق على كل ما يستعان به . وشرعاً ، هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر وحقوق الارتفاق عبارة عن حق المرور ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق الشرب . وحق التعلي .

حق المرور : هو أن يثبت لشخص السير في ملك غيره ليصل الى ملكه أنظر المادة (١٤١) .

حق المجرى : هو أن يكون لشخص حق أجراء الماء في ملك الغير ليصل الى ملكه .

حق المسيل : هو أن يكون لشخص حق أسالة المياه اي تصرفها في ملك

غيره لتصل الى المصاريف العامة . انظر المادة (١٤٤) .

حق الشرب : هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للارض والزرع والشجر . انظر المادة (١٤٣) .

حق التعلي : هو حق القرار لشخص بعلمه على سفل الآخر ، فاذا باع شخص الدور العلوي من داره كان للمشتري حق القرار على الدور السفلي . يعتبر التقدم في حق المرور وحق المسيل وحق المجرى ، فلا يمنع ذو حق قديم من هذه الحقوق من استيفائه إلا إذا كان في عدم المنع ضرر فاحش ، كما اذا كان لشخص في طريق عام مسيل قد ينأذى به المارة فانه يزال ضرره وان كان المسيل قديماً (م ١٢٢٤) . واذا لم تمكن ازالة ضرره الا بسده فانه يسد ، أما إذا لم يكن فيه ضرر ، فيطبق عليه حكم المادة (١٢١٣) . وكذلك إذا كان لاحد مثل هذا المسيل في الطريق الخاص ، لان الضرر الفاحش يزال انظر المادة (١١٩٧) .

ويتفرع على هذا الحكم ١ - أنه اذا كان لاحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور فيها سواء كانت العرصة مملوكة أو وقفاً ، أو أرضاً اميرية (م ١٢٢٥) . واذا باع أحد داره مثلاً مع حق المرور اليها فان المشتري ينتقل اليه حق المرور فلو كان المشترون متعددين ثبت لكل واحد حق المرور اليها ، وان كان المالك الاول وهو البائع واحداً . وإذا لم يكن لاحد حق المرور في عرصة آخر فله ان يمنعه ، إذ ليس لاحد ان يتصرف في ملك الغير بدون اذنه . وإذا كان مروره بأذن من صاحب العرصة فلا يثبت له حق مرور أيضاً (م ١٢٢٦) ، لان هذا الاذن ما هو الا إعارة أي أن

صاحب العرصة أباح له أن يفتنع من العرصة بلا عوض وهذه الاباحة ماهي إلا اعارة والمعيران يرجع عن أعارته أنظر المادة (٨٠٦) .

وإذا اختلف صاحب العرصة وذو المرور في كون المرور قديماً أو حادثاً تطلب البينة من مدعي القدم .

نم أن حق المرور من الحقوق المجردة فإذا سقط لا يعود وهذا الاسقاط يكون على صورتين :

أ - أن يقول صاحب هذا الحق قد اسقطت حق مروري أو أبطلت حق مروري من هذه العرصة .

ب - ان يأذن لصاحب العرصة بأحداث بناء على الممر (م ١٢٢٧) ، وإذا سقط حقه لا يبقى له حق الخصومة مع صاحب العرصة .

وكذلك الامر في حق المسيل وحق المجري فأنهما من الحقوق المجردة كالشفعة ، تسقط بالاسقاط أما الحقوق التي ليست مجردة بل هي ملك تام أو ناقص ، فلا تسقط بالاسقاط ، لان الملك التام عين والاعيان لا تقبل الاسقاط بل تملك للغير أو توقف فان الوقف كالتملك ، وملك المنفعة قائم بالعين ومتلبس بها تلبساً مكيناً حتى أن العقد على المنفعة انما يرد على العين القائمة فيها ، فان المؤجر مثلاً يقول للمستأجر ، أجرتك هذه الدار ولا يقول منفعة هذه الدار . وبناء على هذا لو كانت رقبة الممر الواقع في عرصة الغير مملوكة للدار واذن هذا لصاحب العرصة ان يبني على رقبة الممر المذكور فان حق مروره لا يسقط لان الرقبة ملكه وهي عين لا تقبل الاسقاط .

٢ - اذا كان لواحد جدول أو سياق في عرصة آخر جارياً من القديم فليس

لصاحب العرصة منعه ، وعند احتياجهما إلى الإصلاح والتعمير فإذا أمكن الإصلاح من غير أن يدخل صاحبهما إلى العرصة ، بأن يمكن الدخول من نفس المجرى أو السياق وتعميرهما لوسعتهما ، فلصاحب العرصة منعه من الدخول إلى العرصة وأن لم يمكن ذلك ، ولم يأذن صاحب العرصة بالدخول يجبره الحاكم على اختيار أحد الأمرين : أما أن يأذن لصاحبها بالدخول لأجل التعمير وأما أن يقوم هو بالتعمير من ماله (م ١٢٢٨) .

٣ - وليس لصاحب العرصة أو من اشتراها منه أو ورثها منه منع جريان الماء في السياق أو المجرى القديم العائد لغيره بدعوى أنه مالح وأن جريانه قد يضر بارضه (م ١٢٣٢) ، بل له أن يكلف صاحبه باتخاذ دفع الضرر عنه إذا كان الضرر فاحشاً . كما أن صاحب المجرى أو السياق القديم مكلف بدفع الضرر عن صاحب العرصة إذا حصل عليه ضرر فاحش من امتلاء المجرى مثلاً أو من تشققه (م ١٢٣٣) . وهل يضمن الاضرار التي حصلت من جراء التشقق أو الامتلاء ؟ ينظر أن كان قد سبق لصاحب العرصة أن تقدم إلى صاحب المجرى فإنه يضمن والا فلا ، انظر المادة (٩٢٨) .

٤ - إذا كان لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم فليس للجار منعه (م ١٢٢٩) . وكذلك إذا كانت دور في طريق خاص لها ميازيب تصب ماء المطر من القديم على هذا الطريق ومنه تمتد إلى عرصة واقعة في أسفله تسيل منها الماء من القديم فليس لصاحب العرصة سد المسيل القديم . وإذا سده فإن الحاكم يأمر برفع السد وإعادة المسيل إلى وضعه السابق (م ١٢٣٠) . لكن ليس لصاحب الدار في المسألة الأولى ولا لأصحاب الدور في المسألة

الثانية، ان يسيلوا في المسيل القديم مياهاً غير مياه الامطار واذا فعلوا فلصاحب العرصة منهم ، كما أن لصاحب العرصة أن يسد المسيل الحادث (م ١٢٣١) .

شركة الاباحة

ينحصر البحث في شركة الاباحة بالمواضيع الآتية :

- ١ - الاموال المباحة لكل أحد .
- ٢ - كيفية استملاك الاموال المباحة .
- ٣ - احكام الاموال المباحة
- ٤ - حق الشرب وحق الشفة
- ٥ - احياء الموات
- ٦ - حريم الابار والمجاري والاشجار المفروسة في الاراضي الموات
- ٧ - احكام الصيد

الاموال المباحة

الاموال المباحة هي التي لم يملكها أحد من الاشخاص المادية أو المعنوية وهي ثلاثة أنواع :

- ١ - نباتات ، وهي حشائش ، واشجار وانمار وأحطاب
 - ٢ - جمادات وهي ارض (وتسمى الارض الموات) ، وماء ، ونار ، وركاز .
 - ٣ - حيوانات برية كانت أو بحرية .
- وقد بحثت المجلة في هذه الانواع كلها سوى الركاز استغناء عن البحث فيها بمرور احكامها في قانون الاراضي السابق وضعه على المجلة

النباتات المباحة هي :

١ - السكلاء و يسمى الحشيش (وهو النبات الذي لا ساق له مثل الخلفاء والنبيل والسكاة والفطر (م ١٢٤٢) الذي نبت من نفسه في أرض مباحة أم مملوكة أم موقوفة .

٢ - الاشجار التي نبتت بلا غرس في الاراضي المباحة كالأحطاب مثل الطرفاء ، والشوك ، وسائر الاشجار النابتة من نفسها في السهول والجبال المباحة (م ١٢٤٣) . اما الاشجار النابتة بنفسها في ملك أحد فهي ملكه ، مهما كان نوعها وليس لاحد أن يأخذ منها شيئاً بدون أذنه ، فاذا أخذ شيئاً منها بلا أذنه ضمن (م ١٢٤٤) . ووجه الفرق بين الحشيش والشجر ان الحشيش كالزرع لا ينبت على وجه البقاء فلا يعد كجزء من الارض ، فهو مباح ايما نبت وأما الشجر فانه ينبت على وجه البقاء فهو كجزء من الارض ولهذا يدخل في بيع الارض بلا ذكر على ما سبق في كتاب البيوع ، فاذا نبت في أرض مملوكة فهو للمالكها تبعاً للارض لانه كجزئها .

٣ - الثمار التي على الاشجار المباحة (م ١٢٥٩) باستثناء الثمرة الحاصلة على الاغصان المتكونة من عملية التطعيم ، فاذا طعم احد شجرة مباحة فان الاغصان الناتجة تكون مملوكة له وكذلك الثمار الحاصلة في تلك الاغصان (م ١٢٤٥) ، وكذلك الحكم في التطعيم إذا اجراه أحد لنفسه في الاشجار المشتركة مع غيره غير أن لشريكه أن يكلفه بقطع تلك الاغصان واذا اقتسمتا الارض فوقعت الاشجار المطعمة في نصيب غير المطعم كان له ان يكلفه بقطع الاغصان وإذا كان قطعها مضراً بالشجرة فله ان يملكها

مستحقة للقطع ، على الحكم الذي سبق في المادة (١١٧٣) .
ومثل التطعيم في كون النائج يعود إلى المطعم البذر، فان من بذر لنفسه في ارض
بذرا فان الحاصل من البذر يكون له (م ١٢٤٦) سواء كان البذر ماله أو كان
قد غصبه من غيره ، وسواء كانت الارض ملكه أو ملك غيره (فلو بذر
احد بذراً في أرضه فلم يثبت وباع الارض ثم نبت البذر فالزرع له لا للمشتري) .
غير أنه إذا بذر في غير ملكه يضمن اجر المثل للاراضي اذا كانت وقفاً أو
مال يتيم أو أرضاً أميرية أو معدة للاستغلال . أفظر المادة (١٠٨٩) .

المجادات المباحة هي :

١ - المياه ، وهي أنواع :

أ - المياه الجارية تحت الارض (١٢٦٣) .

ب - مياه الآبار فانها مباحة لكل أحد ، واما نفس الآبار فان كانت
محفورة للانتفاع بها لكل أحد فهي من الاشياء المباحة (م ١٢٣٦) . أما
إذا حفر احد بئراً لنفسه فانها تكون ملكاً له والماء يبقى مباحاً ، فله أن يمنع
طالب الماء من الدخول في ملكه لاختد الماء ، الا إذا لم يكن ماء مباح غيره
قريباً ، فانه يكلف بان يختار أما الاذن بالدخول واما ان يخرج هو الماء
الى الطالب .

ج - مياه البحار والبرك التي لم يعدها اصحابها لاحتراز الماء ومياه الانهار
غير المملوكة العامة كدجلة والفرات والانهار الخاصة (م ١٢٣٧ و ١٢٣٨ و
١٢٣٩) . اما البرك التي صنعها أحد لاحتراز الماء فانه اذا مال الماء المباح اليها
ثم قطعه عنها فما تحصل في البركة يكون مملوكاً له غير مباح لاحد سواء كانت

البركة صغيرة ام كبيرة ، ومثل هذا ، الاهوار المعدة لاهراز المياه فان أصحابها قد أعدوها لخزن الماء لاستعمالها عند الحاجة .

ومثل هذا ، المياه التي تسحبها لجنة أسالة الماء عندنا ، فانها بعد خزنها وأحرازها توزعها على الناس ، فالماء الذي رحبته من النهر ملكها غير مباح لاحد .

ثم أن الانهار المملوكة نوعان : نوع يسمى خاصاً ، وهو الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي أشخاص معدودين ، ينفذ فيها ولا ينفذ إلى مصب . ونوع يسمى عاماً وهو الذي يتفرق وينقسم بين الشركاء لكن لا ينفذ جميعه في أراضيهم بل له بقية تصب في بركة مباحة للعامة . كنهر اليوسفية قرب بغداد فيما بين البحار والبرك والانهار لكل أحد فيها حق الشفة . واما حق الشرب فتأبث في البحار والبرك والانهار غير المملوكة العامة ، واما الانهار المملوكة خاصة كانت أو عامة فحق الشرب فيها محصور بأصحابها وليس لغيرهم حق شرب فيها .

ويفرق النهر المملوك الخاص عن النهر المملوك العام بان الشفعة تجري في الخاص دون العام بمعنى أن من له حق شرب في العام لا شفعة له فيما يباع من الاراضي التي لها شرب فيه لان الماء كما كان فاضلا عن حاجة الشركاء لا يتصور احتمال تصور الشركاء في الشرب من شراء الاجنبي بخلاف الخاص فان الخلطة بين الشركاء قوية ، والنضر من دخول الاجنبي بينهم محتمل (م ١٢٣٩) .

٢ - وارض وسياتي الكلام على هذا النوع في بحث أحياء الموات .

٣ - وركاز وهي المعادن الطبيعية التي تنطبع بالنار أي تقبل الطرق ، ودقائق الجاهلية، وحكمها الشرعي ان خمسها لبيت المال والباقي للمالك الارض التي وجدت فيها ان كانت الارض مملوكة وللواجد اجر المثل ، وان كانت غير مملوكة فخمسها للحكومة والباقي للواجد. أما المعادن غير المنطبعة كالأحجار الكريمة والحصى والفحم الحجري والبتروول فحكمها الاشئ فيها للحكومة بل هي للمالك الارض فاذا كانت الارض ملك الحكومة كانت كلها للحكومة وان كانت ملك الناس فهي للمالك وأما الدقائق الاسلامية وهي التي عليها نقوش الاسلام او التي لا نقوش عليها او عليها نقوش لا يمكن الاستدلال منها على كون الدفين جاهلياً او اسلامياً، فاذا وجدها أحد في ملكه أو في أرض مباحة ولم يدع بها أحد فهي له ، وأما اذا ادعاه شخص وعرفها تمر يفاً تماماً وجب أعطائها له . وان وجدها في أرض مملوكة لغيره وادعاه مالئها فهي للمالك وان لم يجد لها صاحباً اعتبرت لقطة فتجري عليها أحكام اللقطة .

كيفية استثمار الاموال المباحة:

تملك الاموال المباحة بوضع اليد عليها فكل من سبقت يده على مال مباح صار مالئاً له مستقلاً (م ١٢٤٩)، لان وضع اليد على المباح سبب من اسباب التملك وهي :

١ - العقود الناقلة للملكية بموض كالبيع والاجارة او بغير عوض كالهبة والاعارة والوصية .

٢ - الخلفية وهي عبارة عن الارث فان الوارث خلف عن مورثه وقائم مقامه على التركة .

٣ - احراز الاشياء المباحة أي وضع اليد عليها (م ١٢٤٨) .
 ومعنى الاحراز وضع الشيء في موضع حصين وهو يختلف باختلاف الاشياء
 على ما سيجيء وزاد بعضهم إحياء الموات ، ولكنه في الحقيقة داخل ضمن
 السبب الثالث ، لان الاحياء ما هو الا وضع يد على الارض المباحة . وزاد
 بعضهم التضمين فان الغاصب يملك المقتضوب بسبب التضمين حتى أنه
 لو كان قد باع المال المقتضوب ثم أن المالك ضمنه مثله أو قيمته ، فان البيع السابق
 يعتبر صحيحاً لان الغاصب بسبب التضمين اصبح مالكا للمقتضوب من
 الاصل . ولكن هذا في الحقيقة داخل ضمن انسبب الاول لان التضمين
 في النتيجة ما هو الا مبادلة مال بمال .

ووضع اليد على نوعين :

١ - وضع حقيقي ، وهو أن يضع الشخص يده حقيقة على الشيء المباح ،
 كأن يلتقط الثمار المباحة و يقطع الاشجار المباحة ويمسك الصيد .

٢ - وضع حكيم : وهو ان يتخذ الشخص الوسائل المهيئة لوضع اليد حقيقة
 لوضع اناء لجمع المطر ونصب شبكة لاجل الصيد ، ولكن يشترط في احراز
 المباح ان يكون مقروناً بالقصد أي أن يقصد الشخص الاحراز فلو وضع يده
 على مباح من غير قصد لاحرازه لا يكون مالكا له بل يبقى مباحاً لكل
 أحد ، فلو وضع شخص اناء في محل بقصد أخذ ماء المطر ، أو أعد حوضاً
 أو صهريجاً لجمع الماء ، فلما اجتمع في الاناء أو الحوض أو الصهريج يكون
 ملكاً له . اما لو انه وضع الاناء في محل بغير قصد شيء أو قصد من وضعه
 تجفيفه في الهواء ، فنزل المطر واجتمع فيه ماء ، فلما لا يكون ملكه بل يبقى

مباحاً لكل أحد . وكذلك لو جمع أحد الاعشاب السكائنة في نهر بقصد تطهير النهر ووضع ما جمعه في حافظته ، فانه لا يكون مالهسكها ، بل تبقى مباحة لانتفاء قصد الاحراز فيها . ويختلف اعتبار الاحراز باختلاف الاشياء .

فاحراز الثمار يكون بالنقاطها ، واحراز السكلاء يتحقق بجمعه وحصده ، وتجريزه (م ١٢٥٢) ، واحراز الاحطاب يتحقق بمجرد احتطابها أي بمجرد جمعها (م ١٢٥٣) . واحراز الماء يكون بانقطاع جريه فالبر الذي ينز ما فيه من الماء كالآبار المعروفة عندنا ، لا يعتبر مأوها محروزاً ، وكذلك ماء الخوض المتتابع الورد فمن كان له حوض يقتابع ورود الماء اليه لا يعتبر الماء المتجمع فيه مملوكاً لصاحب الحوض مالم ينقطع عن جريه .

أحكام الاموال المباحة

يجوز لكل أحد ان يفتنع بالمباحات و يتفرع على هذا :

١ - ان لكل أحد ان يحتطب من اشجار الجبال المباحة (م ١٢٥٣) ، فاذا جمعها وتركها في الجبال فليس لغيره اخذ شيء منها ، فان أخذ شيئاً ضمنه للمحرز (م ١٢٥٨) .

٢ - ليس لاحد ان يمنع احداً من أحراز شيء مباح (م ١٢٥٥) .

٣ - لكل أحد ان يعلف حيوانه من السكلاء النابت في المحل الذي لا صاحب له وأن يحرز منه قدر ما يريد (م ١٢٥٦) .

٤ - لكل أحد ان يحرز السكلاء النابت من نفسه في أرض مملوكة او موقوفة الا ان لصاحبها حق منع الناس من الدخول في ملكه (م ١٢٥٧) .

٥ - لكل أحد أن يقطف ثمار الاشجار المباحة (م ١٢٥٩) .

٦ - لكل احد ان يصطاد

٧ - اذا أوقد شخص ناراً في ملكه فله أن يمنع الغير من الدخول في ملكه للانتفاع بها كما انه ليس لطالب الدخول ان يقول له اما ان تدعني ادخل او ان تخرج لي ما أريد من النار ، لان عين الوقود ملكه ، وهذا بخلاف الكلاء والماء فان نفس العين مشتركة فيهما . لكن لو أوقد احد ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس ان ينتفع بها او يدفأ بها وان ينتفع من ضيائها وان يوقد قنديله منها ، غير انه ليس له أن يأخذ منها بدون اذن صاحبها ، لان الجمر عين مملوكة لصاحب النار (م ١٢٦١) .

٨ - لكل احد حق السقي والشفة في البحار والانهر العامة .

لكن هذا الجواز في الانتفاع مشروط بالا يترتب عليه ضرر بالعامه . وان ترتب ضرر فان الانتفاع لا يجوز . ويتفرع على هذا :

١ - أن الحكومة لو أجرت جدول ماء الى قرية ليشرب الناس منها (أي للشفة) فليس لاصحاب البساتين في القرية سقي بساتينهم منه اذا كان ذلك مضراً باهل القرية .

٢ - اذا كان السقي من الانهر العامة يؤدي الى قطع الماء ، او توقف سير السفن المألوف فيها ، يمنع السقي .

٣ - يمنع الشخص من الاصطياد في محل يؤدي الاصطياد فيه الى اضطراب الناس ، أو انهزام دوابهم من اعمال الصيد .

ويلاحظ انه لا يجوز التوكل على احراز المباحات ، لان التوكل انما يعتبر في أمر لا يحق للوكيل اجراؤه مع ان احراز المباح حق لكل احد فالوكيل

عند الاحراز انما يقوم باجراء شيء هو من حقه فكل ما يحرزه الوكيل يكون له . نعم يجوز استئجار احد لاحراز المباحات كجمع الحطب ونقل الماء من النهر ، وامساك الصيد لان الاستئجار يتضمن تملك المنفعة فالمستأجر يملك منفعة الاجبر وهي عمله فما يحصل من العمل المملوك للمستأجر يكون له (م ١٢٦٠) .

حق الشرب وحق الشفة

حق الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع . وحق الشفة هو حق دفع العطش عن الانسان وسائر الحيوانات وحق أخذ الماء للطبخ والوضوء والاغتسال وغسل الثياب ورش الارض ونحو ذلك من لوازم الانسان فتسمية هذا الحق بحق الشفة من باب التغليب ، فليس المراد من حق الشفة حق دفع العطش فقط (م ١٢٦٢ و ١٢٦٣) .

ويظهر من التعريفين ان حق الشفة أخص من حق الشرب ، لان حق الشفة خاص بالحيوانات ، وحق الشرب يشمل الحيوانات والزرع . وحق الشفة ثابت في جميع المياه التي لم يحرز أيها وقعت (م ١٢٦٦) . سواء كان الماء حلواً أو مالحاً ، حتى ان للشخص أن يأخذ للشفة من ماء المملحة التي هي ملك الغير وان لم يجز له أن يأخذ من ملحها ، لان هذا الماء قبل إنعقاده ملحاً هو ماء غير محرز فهو مباح للشفة .

وحق الشرب ثابت لكل أحد في البحار والبرك العامة والأنهار العامة كالفرات ودجلة . فلكل أحد أن يسقي أراضيه منها وأن يسقي الارض الموات التي أحيائها وان يشق منها جدولاً لارضه وحدائقه ، أو لإنشاء

طاحون عليه ، وليس لاحد أن يمنعه عن شيء من ذلك ، اللهم إلا إذا أدى تصرفه الى الاضرار بالعامه كأن يفيض الماء من الجدول فيضر الناس ، أو أن ينقطع الماء عن الناس بالكلية ، أو أن يكون سبباً لمنع سير السفن في النهر ، أو نحو ذلك من الاضرار الفاحشة (م ١٢٦٥) ، فلكل أحد حينئذ أن يطلب دفع ضرره لان الابحر والانهر والبرك العامة حق لعامه الناس كالطريق العام فلكل أحد أن يطلب دفع الضرر .

أما الانهر المملوكة فان حق الشرب فيها خاص باصحابها فلمهم وحدهم سقي أراضيهم منها . فلكل واحد أن يسقي أرضه في نوبته حتى انه لو فاض الماء الى أرض غيره ، وهو يسقى في نوبته السقي المعتاد لضمان عليه ، أما إذا كان يسقى على خلاف المعتاد أو في غير نوبته ، فانه يضمن الضرر الذي ينشأ من فيضان الماء الى أرض غيره كما يضمن لو كان الماء قد تسرب من ثقب يعلم وجودها ولم يسدها وليس لاحد الشركاء في النهر المشترك أن يشق منه جدولاً بدون اذن شركائه لسقي أرضه التي لها حق الشرب في النهر أو لسقي أرض أخرى لا شرب لها من ذلك النهر . لانه في الصورة الاولى يأخذ أزيد من حقه ، لان حقه هو النوبة المعينة وفي الصورة الثانية قد يؤدي الحال الى أن يثبت لتلك الارض حق الشرب من ذلك النهر بتقادم الزمان ، وليس له أن ينصب ناعوراً أو مضخة ولا أن يوسع فم النهر ولا أن ينصب عليه جسراً لان هذا تصرف في حق الغير وليس له أن يبدل نوبته القديمة ، ولا أن يسوق الماء في نوبته الى أرض أخرى لا شرب لها من النهر ، لئلا يؤدي ذلك الى ثبوت حق الشرب لها بتقادم الزمن وان فعل شيئاً من ذلك

بأذن الشركاء جاز ولكن لهم ولورثتهم الرجوع عن هذا الاذن لانه بحكم
الاعارة (م ١٢٦٩) .

وليس للعامة في الانهر المملوكة كبيرة كانت أو صغيرة سوى حق الشفة ،
فلهم أن يأخذوا منها لعطشهم وطبخ طعامهم وغسل ثيابهم ونحو ذلك ، ولهم
أن يوردوا دوابهم منها ، إلا إذا خشي من ذلك تخريب حافات الانهر أو
انقطاع الماء منها ، كما إذا كانت صغيرة ضيقة ولهم أن يأخذوا منها بالقرب
والجرار الى منازلهم لاستعمالها في حاجتهم ، ولهم أن يأخذوا منها بالقرب مثلاً
الى سقي حدائقهم على الرأي الراجح الذي جرت عليه المجلة لان العادة قد
جرت بذلك ، والعادة محكمة .

وليس لاحد من العامة أن يسيق أراضيه أو بساقيته من الانهر المملوكة ،
ولا أن يجري منها ماء لتحريك طاحونه ، فان فعل فانه يمنع فاذا لم يصنع وأخذ
يعيد فعله فانه يؤدب بالحبس ، ولا يضمن لاصحاب النهر شيئاً لان الماء وان
كان يجري من نهرهم الخاص فانه ليس بملكهم لانهم لم يحرزوه ، إذ الاحراز
لا يكون إلا بانقطاع الماء عن الجري ، ولكن بما انه يجري في ملكهم كان
لهم نوع اختصاص به ، فاذا سقى منه غيرهم ولم يمنع ، حق للحاكم أن يؤدبه
بالحبس .

ويسوغ لمن كان في ملكه ماء مباح أن يمنع طالبه من الدخول في ملكه
بنفسه أو مع دوابه لاختلاف الماء للشفة ، لان الدخول تصرف في ملك الغير ،
لكن إذا لم يوجد في قر به ماء مباح غيره (وقد ردت المسافة بميل) يجبر
صاحب الملك على اخراج ذلك الطالب أو اعطائه الاذن بالدخول لاختلاف الماء

فان لم يأذن ولم يخرج للطالب الماء ، فللطالب حق الدخول وأخذ الماء جبراً عليه ، على شرط ألا يحدث أي ضرر كتخريب حافة الحوض أو البئر أو النهر ، فاذا كان دخول الدواب مثلاً يحدث مثل هذا الضرر فليس للطالب إدخال حيوانه (م ١٢٦٨) .

ثم ان حق الشرب يورث وان لم يحجز بيعه وحده على ما سيجي ، لسكونه من الحقوق المجردة التي لا يجوز الاعتياض عنها . ووجه الفرق بين البيع والارث ، ان الارث يقع حكماً وجبراً لا قصداً واختياراً ، ويجوز ان يثبت الشيء حكماً لا اختياراً وقصداً ، ونجوز الوصية به لان الوصية كالارث .

ولا يجوز بيعه ولا هبته ولا إيجاره ولا التصديق به بدون الارض لانه اولا حق مجرد ، ثانياً لجهالة مقدار الماء الذي يخص النوبة ، فلو مات شخص وعليه ديون وله حق شرب فقط لا يباع بلا أرض لو فاء دينه ، والحيلة في ذلك أن يضم القاضي حق الشرب الى أرض لا شرب لها ويبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وقيمتها بدون حق الشرب فمقدار التفاوت بين القيمتين يعرف مقدار حق الشرب من الثمن فيصرف هذا المقدار الى ايفاء الديون . واذا لم يجد القاضي من يوافق على ضم حق الشرب الى ارضه وبيعها ، يشتري القاضي ارضاً بلا شرب محسوباً على التركة ثم يضم اليها حق الشرب ويبيعها ويصرف الثمن اولا الى ثمن الارض التي اشتراها . والفاضل يصرفه الى ايفاء الدين .

واذا اختلف الشركاء في مقدار الشرب ولا تعرف الكيفية في الزمان القديم فهو بينهم على قدر اراضيهم ، لان المقصود من الشرب الانتفاع بسقيها ،

فيقدر بقدرها ، بخلاف ما اذا اختصموا في الطريق وساحة الدار فانهم يستوون في ملك الرقبة على قدر رؤوسهم لان المقصود هو الاستطراق ، وهو على نمط واحد لا يختلف باختلاف كبر الدار او صغرها .

اسباب الموات

الارض على خمسة انواع :

١ - المملوكة : وهي التي تملكها الناس بسبب من اسباب الملكية السالفة الذكر .

٢ - الموقوفة : وهي التي حبست عن تملكها لاحد على ان يتصدق بمنفعتها . وهي نوعان : الموقوفة وفقاً صحيحاً ، والموقوفة وفقاً غير صحيح . وتعريف كل من النوعين والتفريق بينهما يشرح في درس الاوقاف وقانون الاراضي .

٣ - الاميرية : وهي التي تملكها الحكومة .

٤ - المتروكة وهي التي تركت لمنفعة العامة كالطرق العامة والميادين العامة والمراعي العامة ونحوها .

٥ - الموات : وسيأتي الكلام في تعريفها .

والاحكام المتعلقة بالنوع الاول هي عين الاحكام المتعلقة بسائر الاملاك فتجري عليها التصرفات والعقود التي تجري على سائر الاموال المملوكة والقسم الاول من النوع الثاني (وهو الاراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً) يبحث عن احكامه في كتاب الاوقاف من علم الفقه . والقسم الثاني من النوع الثاني (وهو الاراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح) والنوعان الثالث والرابع يبحث عن احكامهما في قانون الاراضي وسائر القوانين الاخرى المتعلقة بالاراضي . والمقصود بالبحث هنا

هو النوع الخامس وهو الاراضي الموات :
 وقبل تفصيل الكلام عن تعريف هذا النوع وبيان احكامه يلزم أن
 نعرف معنى (الاحياء) ومعنى (التحجير) .
فالاحياء يعرف الفقه والقانون هو جعل الارض الموات صالحة للزراعة .
 كأن تسور بجدار يدفع عنها السيل أو ان يشق اليها جدول ، أو ان يبذر فيها
 بذر أو أن تحرث ، أو أن يفرس فيها غراس (م ١٠٥١ ، ١٢٧٥ ، ١٢٧٦) .
والتحجير : هو منع الغير عن التسلط على ارض موات بوضع احجار أو
 شوك أو نحو ذلك على حدودها . أو بازالة الحشائش والشوك ونحوها منها ، أو
 حفر الآبار فيها أو حرق الشوك الذي فيها (م ١٠٥٢ و ١٢٧٧ و ١٢٧٨) .
الارض الموات : هي التي لم تكن مملوكة لاحد ولا موقوفة ولا أميرية ،
 ولم تكن مرعى أو محتطاً أو مقبرة لبلدة أو قرية وكانت بعيدة عن العمران
 بحيث أن جهر الصوت لوصاح من أقصى الدور التي في طرف البلدة أو
 القرية لا يسمع منها صوته (م ١٢٧٠) . وقد ر هذا بمسافة نصف ساعة .
 فإذا لم تحقق فيها هذه الصور الخمسة الآتية الذكر لا تعتبر مواتاً ، ولا
 يجوز احيائها ، ومن أحيائها لا يملكها ولو كان الاحياء بأذن ولي الامر .
توضيح القيود : -

١ - لا تكون مملوكة فإن كانت مملوكة فهي لملكها أو لوارثه ان كان
 المالك أو الوارث معلوماً ، وإذا انقرض اصحابها تعود لبيت المال (أي الخزينة)
 فتصبح من جملة الاراضي الاميرية ، وان كان ملكها غير معلوم فهي لقطة
 يتصرف بها ولي الامر كسائر اللقطات . فإذا ظهر لها مالك ردها اليه ، حتى

انه لو احيائها احد على انها موات ثم ظهر لها مالك وكان قد حصل في الارض نقصان من جراء زراعة المحبي كان للمالك المذكور اخذها ويضمنه نقصان الارض الا اذا دفع بمرور الزمان واثبت دفعه .

٢ - الا تكون موقوفة فاذا كانت موقوفة فليس لاحد ان يحياها ولو كانت معطلة فلو احيائها أحد على انها موات ثم ظهر انها وقف تؤخذ من يده الى الوقف وكان عليه الاكثر من أجر المثل ونقصان الارض . الا اذا دفع بمرور الزمان واثبت دفعه .

٣ - الا تكون اميرية ، فان كانت اميرية فلا يعتبر احيائها ولا تكون ملكه ، وتنزع من يده الا اذا كان له حق القرار فيها فيتبع حينئذ حكم قانون الاراضي .

٤ - الا تكون مرعى ولا محتطاً ولا مقبرة لبلدة أو قرية فان كانت واحداً من هؤلاء فلا يعتبر احيائها ، فلو احيائها أحد على زعم انها موات فلها تنزع من يده وترد الى اهل البلدة أو القرية ولو تصرف فيها اربعين سنة فأكثر لان مرور الزمان لا يجري على الاشياء التي وضعت للخدمة كالطرق والمعابد والمقابر والمحتط ونحوها .

٥ - ان تكون بعيدة عن العمران بحيث . . . الخ ، فاذا لم تكن بعيدة عن العمران بهذه المثابة لا يعتبر احيائها ، ولو لم تكن مملوكة ولا وقفاً ولا اميرية ولا متروكة لمنفعة العامة . وهذا القيد اشترطه ابو يوسف وجرت عليه المجلة لان القريب من أقصى دور البلدة أو القرية تترك عادة مرافق لاهلها (م ١٢٧١) . ولم يشترط الامام محمد هذا الشرط .

حكم الاحياء :

من احيا ارضاً مواتاً باذن السلطان صار مالكا لها فيتصرف فيها تصرف الملاك من بيع وهبة ووقف ونحو ذلك . واذا اذن السلطان او وكيله لاحد ان يحيا مواتاً على الا يكون مالكا لها بل ان له حق الانتفاع ، فاذا احياها كان له ان يتصرف فيها ، ولا تكون رقبته ملكا له (م ١٢٧٢) ، فليس له ان يبيعها ولا ان يهبها ولا ان يوقفها .

ونظراً لاحكام قانون الاراضي ان الارض الموات لا يؤذن بأحيائها على ان تكون ملكاً للمحيي بل يؤذن له بالاحياء على ان تكون الرقبة اميرية ، وحينئذ تنقلب الموات بعد أحيائها أرضاً اميرية ، يجري عليها سائر احكام قانون الاراضي بخصوص الاراضي الاميرية . ومن احيا مقداراً من اراضي ، اذن ولي الامر له بأحيائها وترك باقيها ، فما أحياه يكون ملكا له ولا يملك الباقي الا إذا كان هذا الباقي قد وقع وسط الارض التي أحيها فيكون له أيضاً (م ١٢٧٣) ، لان هذا الباقي يكون محاطاً بملك المحيي فليس له طريق ، فلا يمكن ان يؤذن لاحد بأحيائه فيكون تابعاً لما أحياه وهذا رأي محمد وقد ذهب اليه المجلة . أما ابو يوسف فذهب الى ان الباقي اذا كان بمقدار النصف أو اكثر لا يكون تابعاً للقسم الذي قد حصل احياءه فلا يكون ملكا للمحيي .

واذا احيا شخص أرضاً مواتاً ثم احيا اشخاص آخرون على التعاقب الاراضي المحيطة بما أحياه يتبعن طريقها من الارض التي جرى أحيائها أخيراً (م ١٢٧٤) لان من احيا الارض الاخيرة يعتبر المسبب لابطال حق الطريق .

اما اذا جرى الاحياء من اولئك الاشخاص بدون تعاقب بل في آن واحد

كان صاحب الارض التي سدت طريقها بخيراً في اتخاذ طريق من أي الجهات شاء .

حكم التججير :

من حجر أرضاً مواتاً يكون أحق من غيره بأحيائها غير أنه إذا لم يحجرها خلال ثلاث سنين يسقط حقه ويجوز أن تعطى لغيره بأذن ولي الأمر . أي إذا أذن لأحد أن يحجر أرضاً مواتاً ، فحجرها فقط ، فإنه لا يكون مالكاً لها بمجرد هذا التججير ، بل تبقى له أحقية الأحياء إلى ثلاث سنين فإن أحيائها خلال هذه المدة فيها ونعمت ، والا سقط حقه وجاز إعطاؤها إلى غيره ليحجرها بأذن ولي الأمر .

ومن حفر بئراً في أرض موات بأذن ولي الأمر فهي ملكه (م ١٢٨٠) مع أربعين ذراعاً من كل جانب من جوانبها غير أن الماء لا يكون ملكه لأنه من المباحات على ما علم سابقاً . ولا تعتبر الأرض قد حصل أحيائها بمجرد حفر البئر ، بل يعد ذلك تججيراً لها .

هذه هي الأحكام المتعلقة بالأراضي الموات نظراً للمجلة وقانون الأراضي لكن قانون تسوية حقوق الأراضي رقم (٥ لسنة ١٩٣٢) قد جعل جميع هذه الأحكام غير مستقرة بل جرى على الغائها في أراضي العراق منطقة بعد منطقة بحيث إذا تمت تسوية حقوق الأراضي جميعها لا يبقى في العراق أرض موات لأنه قد قسم الأراضي في المادة الخامسة إلى أربعة أقسام :

١ - الأراضي المملوكة

٢ - الأراضي المتروكة

٣ - الاراضي الموقوفة . وهذه

اولاً : الموقوفة وفقاً صحيحاً

ثانياً : الموقوفة وفقاً غير صحيح

٤ - الاراضي الاميرية وهذه

اولاً : المفوضة بالطابو

ثانياً : الممنوحة باللزمة

ثالثاً : الاميرية الصرفة . — (م ٥ - قانون تسوية حقوق الاراضي) .

وصرح في الفقرة الاولى من المادة السادسة بان الاراضي الموات تدخل ضمن الاراضي الاميرية الصرفة وتكون نصوص قانون الاراضي بشأنها غير نافذة اعتباراً من تاريخ الاعلان عن منطقة التسوية .

ونصيب كثير من مسائل البحث الآتي نظراً الى قانون تسوية حقوق الاراضي كنصيب البحث السابق ، كذلك سنمر عليه سراعاً .

حريم البحار والمجاري والاشجار المفروسة في الارض الموات
حريم الشيء عبارة عن مراقبه وحقوقه المحيطة به ، وسميت حرباً لانه لا
يجوز لغير مالك الشيء ان يتصرف فيها او ان ينفع منها بدون اذن المالك ،
فحريم الشيء ملك لصاحب ذلك الشيء (م ١٢٨٦) .

حريم البئر المحفورة في الارض الموات باذن ولي الامر اربعون ذراعاً من
كل جهة من جهاتها (م ١٢٨١) ، وذلك حفظاً لمائها من ان ينسحب
فلا يجوز لاحد ان يحفر بئراً في تلك المنطقة ، والذراع ست قبضات ، كل قبضة
اربع اصابع .

وحريم متبع العين الفوارة اي الماء المستخرج من الارض الموات باذن ولي الامر الجاري على وجهها، خمسمائة ذراع من كل جهة من جهاتها (م ١٢٨٢)، وكذلك حريم القناة الجارية فوق الارض (م ١٢٨٥) .

وحريم النهر الكبير الجاري في الارض الموات الذي لا يحتاج الى السكري كل وقت مقدار نصفه من كل طرف من طرفيه (م ١٢٨٣)، وحريم النهر الصغير في ارض الموات المحتاج الى السكري كثيراً (مثل الجداول والقنوات تحت الارض) مقدار ما يلزمها من الحبل لاجل طرح الاحجار والطين عند كريها (م ١٢٨٤) .

اذا حفر احد بئراً باذن ولي الامر في ارض موات في القرب من حريم بئر لآخر، فحريم هذه البئر الجديدة اربعون ذراعاً من الجهات التي لم تجاور حريم البئر القديمة، اما من جهة هذه البئر فليس لصاحب البئر الحديثة ان يتجاوز حريم البئر القديمة (م ١٢٨٧) .

واذا حفر احد بئراً في ارض موات خارجاً عن حريم بئر اخرى فتسرب ماء البئر القديمة الى البئر الحادثة فلا شيء على صاحب البئر الحادثة لانه لم يعم بتصرف ممنوع (م ١٢٨٨)، بخلاف ما اذا حفر بئر في حريم بئر اخرى فان لصاحب البئر القديمة ان يطلب ردمها سواء تسربت الماء من بئر الى البئر الحادثة او لم يتسرب، لان الحريم ملكه فليس لغيره ان يتصرف فيه (م ١٢٨٦) .

وحريم الشجرة المفروسة باذن ولي الامر في الارض الموات خمسة أذرع من كل جهة من جهاتها فلا يجوز لغيره غرس شجرة في هذه المسافة (م ١٢٨٩) .

هذه هي الاحكام المتعلقة بحريم ما حفره احد أو شقه ، أو غرسه باذن ولي الامر في الارض الموات .

اما ما حفره ، أو شقه ، أو غرسه في ملكه أو ملك غيره فحكمه ما يلي :
إذا كان لاحد ساقية جارية في عرصة آخر ، فطرفاها بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية ، وكذلك ما ارتفع في طرفها إذا كان طرفاها مرتفعين ، واما ما جاور الطرفين أو ما ارتفع من الطرفين فلا يعد حريماً لصاحب الساقية ، اذ لا حريم لاحد في ملك الغير فاذا اختلف صاحب الساقية وصاحب العرصة على ما جاور طرفي الساقية ، فإن قام الدليل على ان احدهما واضع اليد ، كأن تكون له اشجار مغروسة على حافة الساقية مثلاً ، فعملاً بظاهر الحال يعتبر ما قام عليه الغراس ملكاً لصاحب الغراس ، وان لم يقيم الدليل بأن لم يكن هناك غراس مثلاً ، أو كان ولكن لم يعلم صاحبه ، فيعتبر صاحب العرصة هو الملك لما جاور طرفي الساقية ، عملاً بظاهر الحال انظر المادة (٧٧) .

ولكن في هذه الحالة لصاحب الساقية ان يطرح الطين على طرفيها عند كريبها (م ١٢٩٠) .

ولا حريم لشخص حفر بئراً في ملكه ، فيجوز لجاره ان يحفر بئراً في ملكه قرب البئر الاولى وان كان ماؤها يتسرب الى البئر الثانية ، وليس لصاحب البئر الاولى منعه (م ١٢٩١) . ويرد هنا ان هذا ضرر فاحش لصاحب البئر الاولى (كما يظهر من تعريف الضرر الفاحش السالف الذكر) ، والضرر الفاحش ممنوع على ما سبق في المادة (١١٩٧) ويجب دفعه على ما سبق في المادة (١٢٠٠) ، ولهذا حكم بأن من حفر مخزن مرحاض جنب بئر

وكان المخزن ينز الى البئر فانه يكلف بدفع الضرر عن صاحب البئر، وقد يجاب بأن هذه المسألة لا تشبه المسألة المذكورة لان دفع ضرر المخزن لا يكلف صاحب المخزن ضرر فاحشاً، نظراً لامكان اتخاذ التدابير الفنية المانعة لتسرب القاذورات الى البئر، بخلاف الامر هنا فانه لا طريق لدفع تسرب الماء من البئر القديمة الى البئر الحادثة الا بردم الحافة وهو ضرر فاحش ايضاً والضرر لا يدفع بمثله .

الصيبر وأعطام

ينحصر البحث في هذا المقام بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريف الصيد .
 - ٢ - جواز الاصطياد .
 - ٣ - ما يجوز اصطياده وما لا يجوز .
 - ٤ - حكم الصيد
- ١ - تعريف الصيد : الصيد لغة اقتناص الحيوان ، ويطلق على المصيد ايضاً . وهو شرعاً وقانوناً الحيوان المتوحش بطبيعته من الانسان (م ١٢٣٣) ، والقادر على الامتناع عنه ، فقير المتوحش وهو المستأنس بالانسان لا يكون صيداً مثل الدجاج والحمام الداجن والخيل والابل والبقر والغنم ، وكذلك اذا اذا ما كان التوحش ليس طبعاً له بل عارضاً عليه ، كما اذا توحشت بقرة أو بعير مثلاً فاتها لا تكون حينئذ صيداً ، فاذا اقتنصها أحد لا يملكها بل يبقى على ملك صاحبها . واذا صار الحيوان غير قادر على الامتناع من الانسان أي غير قادر على الفرار منه برجله أو بجناحه لا يكون صيداً ، بل يكون ملكاً لمن اخرجته

عن القدرة على الامتناع فلا يجوز لغيره ان يصطاده ، وإذا اقتنصه فانه لا يملكه ، بل يبقى ملكاً لمن اخرجته فاخرجه عن القدرة على الامتناع ، فاذا رمى الصائد صيداً فجرحه جرحاً مشخناً لا يستطيع به الفرار خرج هذا الحيوان عن كونه صيداً فلا يجوز لشخص آخر ان يقتنصه ، بل هو ملك لمن اخرجته فاخرجه . (م ١٢٩٥ و ١٢٩٦) .

وكما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد لانها مستأنسة فهي ملك اصحابها كذلك الحيوان المستأنس بالانسان إذا وجد في البرية ، لا يعد صيداً ، فلا يصاد ، أي اذا رأي انسان في البرية حيواناً من الحيوانات المستأنسة فانه لا يجوز له اقتناصها ، لان المستأنسة ملك لاصحابها ، فالحمام المعلوم من شكله انه غير متوحش بدلالة امثاله ، والصقر الذي في رجله جرس مثلاً ، والغزال الذي في عنقه طوق ، اذا امسكها أحد تكون من قبيل اللقطة (م ١٢٩٤) ، ولا تكون صيداً مملوكاً لمن امسكه بل عليه ان يجري عليها مراسم اللقطة تماماً .

٢ - جواز الصيد : الحيوانات المتوحشة ، من جملة الاشياء المباحة فيجوز اصطيادها برّاً أو بحراً طيوراً كانت أم غيرها . والبحرية سواء كانت في البحار المالحة أم في الانهار العامة أو الخاصة .

ويجوز الصيد بآلة كانت سواء كانت جارحة كالرمح والبندقية أو غير جارحة كالشبكة ، والحيوان المفترس المعلم كالكلب والطير الجارح كالصقر (م ١٢٩٢) ، أو بأية وسيلة أخرى كالحفرة والبئر المعدن للاصطياد والحووض المعد لحصر السمك ونحو ذلك . ولكن الصيد البري لا يكون حلال الاكل

إذا وصل الى الصائد ميتاً إلا اذا صيد بآلة جارحة كالرمح والبندقية أو بالحيوان المعلم إذا جرحه مثل السكلب أو الصقر المعلمين .

٣ - ما يجوز صيده وما لا يجوز : - يجوز اصطياد أي نوع من الحيوانات المتوحشة سواء كانت مأكولة اللحم أم لا ، لان الحيوان قد يصاد للحمه ، وقد يصاد للانتفاع بجلده ، وقد يصاد لدفع شره ، حتى ان الهرة اذا كانت مؤذية يجوز قتلها ، ويفهم هذا الاطلاق من عموم لفظ (الحيوان) في المادة (١٢٩٣) ، ولكن صرح الفقهاء بانه إذا لم يقصد من الاصطياد الا التلهي بقتل الحيوان فانه يكون مكراً كراهة تحريم أي يكون عملاً قريباً من الحرام يعاقب عليه الانسان .

ولا يجوز اصطياد الحيوانات المستأنسة لانها ملك اصحابها ، وكذلك المستأنسة في الاصل ثم طرأ عليها النوحش ، كما لا يجوز اصطياد صيد الحرم إلا إذا كان مؤذياً كالأسد ونحوه فيجوز قتله ولو كان في الحرم . والمراد من الحرم الموضع المعين المحدد حول مكة المكرمة .

٤ - حكم الصيد :

من مسك صيداً فقد ملكه (م ١٢٩٦) . ومن أخرج صيداً عن حال صيديته ، بان جعله غير قادر على الفرار منه يعد ممسكاً له (م ١٢٩٢) فيملكه . أي ان مسك الصيد أما أن يكون حقيقة كما إذا وضع يده على الصيد فعلاً وأما حكماً كما إذا حفر أحد حوضاً حصر فيه السمك فمنعه من الخروج فصار غير قادر على الفرار . ويتفرع على هذين الحكمين ما يأتي :

أ - إذا رمى شخص صيداً ففر بجرح لا يقدر معه على الخلاص صار

مالك له (م ١٢٩٧) . وكذلك إذا مسكه كلبه المعلم أو طيره المعلم . أما إذا جرحه جرحاً خفيفاً بحيث يقدر على الفرار معه فلا يكون ، مالك له فإذا رماه شخص آخر فارداه أو مسكه بصورة من الصور ، فانه يكون مالكاً له ، وكذلك لو رمى شخص صيداً وبعد ان أوقعه اقتدر على الفرار فتهض هارباً ، فإذا أخذه شخص آخر يكون مالكاً له (م ١٢٩٧) .

ب - إذا أصاب صيادان صيداً برصاصهما في وقت واحد كان مشتركا بينهما (م ١٢٩٨) . وكذلك الحكم إذا أرسل صيادان كلبيهما أو طيريهما المعلمين فاصابا صيداً ، فانه يكون مشتركا بينهما (م ١٢٩٩) . لكن على شرط ألا يكون أحد الكلبين أو الطيرين قد جرح الصيد جرحاً مشخناً قبل إشتراك الكلب أو الطير الثاني . فانه حينئذ يكون لصاحب الكلب أو الطير الذي قد جرح لانب الجرح المشخن لا يقدر معه الصيد على الفرار ، فيخرج عن الصيدية ، ويكون ملكاً لصاحب الجراح قبل إشتراك الكلب أو الطير الثاني ، وكذلك إذا أرسل اثنان كلبيهما فوقع إحداها صيداً والثاني قتله فان كان الكلب الاول قد أوصله إلى حالة لا يمكن التخلص معها فذلك الصيد لصاحبه وإلا فهو للثاني (م ١٢٩٩) .

ج - إذا هيا شخص محلاً في حافة الماء لاجل صيد السمك فجاءه سمك كثير ثم أخذ الماء بالقله فان صار السمك بحالة انه يمكن أن يمسك من غير أن يصاد فهو لذلك الشخص ، وإن كان ذلك السمك بحالة انه لا يمسك إلا بان يصاد لكثرة الماء في المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص ويسوغ لآخر أن يتمسكه بالصيد (م ١٣٠١) . وكذلك الحكم إذا وجد سمك في

ساقية شخص أو جدوله بحيث لا يمسك من غير أن يصاد فانه يجوز لكل أحد أن يملكه بالصيد (م ١٣٠٠) ، ولكن يجوز لصاحب الساقية أو الجدول أن يمنع الغير من الدخول في ملكه للاصطياد .

د — إذا دخل صيد دار إنسان فاغلق بابه لاجل أخذه يصير مالكا له فليس لغيره أخذه (م ١٣٠٢) ، لكن إذا كان قد سد الباب لسبب آخر فمسكه غيره أو ان الغير قد مسك الصيد قبل أن يسد صاحب الدار بابه كان الصيد ملكا للماسك . وكذلك الحكم إذا وضع شخص في محل شيئا ما للاصطياد كالشرك والشبكة فوقه فيه صيد فانه يملكه وليس لغيره أخذه ، لكن إذا كان قد وضع ذلك الشيء لا لقصد الاصطياد بل لغرض آخر كما إذا نشر الشبكة لاجل الجفاف فوقه فيها صيد فانه لا يكون له ، فكل من يمسكه يملكه ، لان الامور بمقاصدها . كما لو وقع صيد في حفرة في أرض شخص فانه يجوز لكل أحد أن يملكه بالاخذ ، لكن إذا كان صاحب الارض قد حفر الحفرة لاجل الصيد فانه يملكه (م ١٣٠٣) . وكذلك الحكم إذا اتخذ حيوان وحشي محلا في بستان شخص وباض فيه أو فرخ فلا يكون البيض أو الفرخ ملكا له فاذا أخذه أحد فانه يملكه وليس لصاحب البستان استرداده منه ، لكن إذا كان صاحب البستان قد هيا بستانه لاجل أن تبيض فيها الطيور وتفرخ فيها الحيوانات الوحشية فالبيض والفراخ تكون ملكا له (م ١٣٠٤) .

ه — إذا اتخذ النحل في بستان شخص محلا وانتجت فيه عسلا فالعسل لصاحب البستان سواء كان قد أعد بستانه لهذا الغرض أو لم يعده ، لان العسل معدود من منافع بستانه فلا يجوز لغيره أخذ شيء منه وعلى صاحب

- ٢ — إذا كان المشترك بئراً أو قناة واحتاجت الى الترميم أو التطهير .
 ٣ — إذا كان المشترك نهراً وقد احتاج إلى الكري .
 ٤ — إذا كان المشترك سفينة وقد احتاجت الى الترميم .
 ٥ — إذا كان المشترك مضخة أو دولاب سقي أو نحو ذلك وقد احتاج الى التعمير .

ويمكن أن يقال على وجه العموم ، إذا كان المشترك صغيراً أو وقفين أو مما لا ينتفع به انتفاعاً معتاداً مثل المضخة والمضخة وسائر المكائن، إذا تعطل فان الشريك الممتنع يجبر على التعمير أو الترميم إذا اقتضى الحال ذلك .
 ب — للحاكم أن يجبر الشريك الممتنع على الصرف على المشترك في غير الامور التعميرية في الاحوال الآتية :

١ — إذا كان المشترك زرعاً وقد احتاج الى السقي ونحوه من الامور الضرورية لاستقامة الزرع .

٢ — إذا كان المشترك دابة وقد احتاجت الى العلف والسقي .

ويمكن ان يقال على وجه العموم ان النفقة الضرورية لعدم هلاك المشترك بالكلية ، يجبر عليها الشريك الممتنع عن الصرف .

ج — ليس للحاكم ان يجبر الشريك الممتنع على التعمير في الاحوال الآتية ، ولكن له ان يأذن للشريك الطالب للتعمير بان يعمر المشترك .

١ — إذا كان المشترك غير قابل للقسمة لا يتمكن الشريك من الانتفاع بحصته مستقلاً كالحمام أو الطاحون .

٢ — إذا كان المشترك جداراً قد تهدم وكانت ارضه غير قابلة للقسمة لانشاء جدارين مستقلين عليهما .

٣ - إذا كان المشترك قابلاً للقسمة ، يتمكن كل شريك من الانتفاع بحصته مستقلاً .

٤ - إذا كان علو الملك لواحد وسفله لواحد وانهدم السفل أو احترق فلا يجبر صاحب السفل على البناء . أما إذا هدمه صاحبه فإن الحاكم يجبره على إعادة البناء إذا طلب ذلك صاحب العلو .

امطام تعمير الملك المشترك :

تستند احكام هذا البحث على ثلاثة اصول :

✓ الاصل الاول - إذا كان الشريك غير مضطر إلى تعمير المشترك لاجل الاستفادة من نصيبه ، إذا قام بالتعمير كان متبرعاً ليس له حق الرجوع على شركائه ، ويتفرع على هذا الاصل :

١ - إذا كان المشترك قابلاً للقسمة فعمره بعض الشركاء على حساب الشركة من غير إذن الباقين ، كان متبرعاً ليس له الرجوع عليهم ، لانه يستطيع الانتفاع من حصته بقسمة المشترك فهو غير مضطر إلى تعمير المشترك كي يستفيد من حصته ، حتى أن الشريك لو راجع الحاكم طالباً اجبار شريكه على التعمير فليس للحاكم ان يجبره على ذلك بل للشريك ان يطلب القسمة فيفعل بعد القسمة بنصيبه ما يشاء (م ١٣١٢) ، وانما لا يجبره الحاكم على التعمير لان الاصل ان الشخص لا يجبر على تعمير ملكه ، خصوصاً اذا كان شريكه يستطيع افراز نصيبه . ويستثنى من هذا ما جاء في المادة (١٣١٩) الآتي البحث عنها .

٢ - إذا انهدم الجدار المشترك وكانت عرصة قابلة للقسمة بحيث يستطيع

كل واحد من الشريكين إذا يئني عليه جداراً مستقلاً ، فإذا بناه أحدهما على حساب الشركة بدون إذن من الآخر كان متبرعاً ليس له حق الرجوع ، لأنه غير مضطر إلى ذلك لما أسلفناه من العلة في الفرع الأول .

٣ - إذا تهدم الحمام ونحوه من الاملاك غير القابل للقسمة تهدماً تاماً . فصار عرصه قابلة للقسمة ، فإذا بناه أحد الشركاء لحساب الشركة بدون إذن من شركائه كان متبرعاً لليلة السالفة (م ١٣١٤) . وإنما قلنا هنا وفيما سبق من الفرعين (لحساب الشركة) ، لأن البناء إذا بناه لنفسه كان ملكه ولا يمكن لكل واحد من الشركاء طلب هدمه ، بخلاف ما إذا بناه للشركة ، فليس لهم طلب هدمه وإنما يكون متبرعاً .

✓ الاصل الثاني - إذا كان الشريك مضطراً إلى تعمير المشترك أو ترميمه ، إلا أنه لو راجع الحاكم لجبر الحاكم شريكه على ذلك ، فإذا عمر أحد الشركاء أو رمم المشترك بدون إذن من شريكه أو من الحاكم كان متبرعاً ، لأنه قد كان بإمكانه أن يراجع الحاكم قبل ذلك ، والحاكم عند المراجعة إليه يجبر الشريك على التعمير أو الترميم - راجع الفقرتين (أ ، ب) في صدر البحث - ويتفرع على هذا الاصل :

١ - إذا صرف أحد الشركاء في الزرع ما يقتضي سقيه وسائر ضرورياته بدون إذن من شركائه أو الحاكم كان متبرعاً ليس الرجوع عليهم .

٢ - إذا أنفق أحد الشركاء على تعمير المضخة والدولاب ونحوهما بدون إذن الشركاء أو الحاكم كان متبرعاً .

٣ - إذا أنفق على تطهير البئر المشتركة أو ترميمها ، أو أنفق على الدابة

المشتركة بدون إذن من شركائه أو إذن من الحاكم ، كان متبرعاً .

✓ الاصل الثالث : اذا كان أحد الشركاء مضطراً إلى تعمير المشترك لاجل الاستفادة من نصيبه ، إلا انه لو راجع الحاكم لا يجبر الحاكم شريكه على التعمير (راجع فقرة ج) في صدر البحث ، فاذا قام أحد الشركاء بالتعمير لحساب الشركة بدون إذن الشركاء لا يكون متبرعاً ، غير انه إذا كان قد قام بالتعمير بإذن من الحاكم فانه يرجع على شركائه بما يصيب انصباهم مما صرف وان كان بدون إذن من الحاكم فانه يرجع على شركائه بما يصيب انصباهم من قيمة البناء . والسبب في هذا الرجوع المطلق هو ان الشريك مضطر من كل الوجوه إلى انعمير للتوصل إلى الاستفادة من حصته فلا يحمل صرفه على التبذير ، بل لاجل الحصول على الانتفاع من ملكه نظير هذا ان المعير للرهن المستعار إذا أدى دين الراهن لا يعد متبرعاً بدعوى ان الراهن لم يأمره بإيقاع دينه ، لان المعير انما أدى الدين المذكور اضطراراً إلى تخليص ماله . ويتفرع على هذا الاصل :

١ — إذا كان المشترك غير قابل للتقسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى العارة وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر ، فلطالب أن يصرف قدراً معروفاً بإذن الحاكم ، ويكون ما يصيب شريكه مما صرف ديناً عليه فله ان يطالب شريكه به كما ان له ان يؤجر هذا الملك المشترك ويستوفي الدين من اجارته . وإذا صرف أكثر من القدر المعروف فليس له الرجوع بالزائد على القدر المعروف ، كما انه ليس للحاكم ان يأذن بصرف ما هو أكثر من القدر المعروف ، وإذا أذن فلا عبء لاذنه في المقدار الزائد ، لان التصرف

على الرعية منوط بالمصلحة ، وهذا الاذن تصرف على الغير بسبب الولاية العامة
 فينقيد بمقدار المصلحة . وإذا صرف الشريك على تعمير المشترك بدون
 اذن من الحاكم فانه يرجع بما يصيب شريكه من قيمة البناء وقت التعمير
 (م ١٣١٣) لا بما صرف ، وذلك لان تعميره كان بدون اذن من شريكه
 وبدون اذن من الحاكم الذي يقوم اذنه مقام اذن الشريك ، فالرجوع كان
 سببه الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وقدرها هو القيمة . والمراد بالقيمة
 القيمة وقت التعمير على ما مر آنفاً ، لا وقت الرجوع . وكيفية معرفة القيمة هي
 ان يقدر الخبراء قيمة المشترك قبل التعمير وقيمه بعد التعمير مباشرة فالفرق
 هو قيمة البناء وقت التعمير . لكن يلاحظ انه إذا كان ما صرفه الشريك المعمار
 هو اقل من قيمة البناء وقت التعمير فانه يرجع بما يصيب شريكه مما صرفه
 لا بالنسبة إلى قيمة البناء .

ويلاحظ ان الشريك الطالب للتعمير إذا لم يراجع شريكه ولم يطلب منه
 التعمير ، فعمر المشترك بدون اذن شريكه يكون متبرعاً كما هو الظاهر من
 تعبير المجلة (وامتنع الآخر) .

٢ — إذا تهدمت الابنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر ، أو
 احترقت فلكل واحد منهما ان يعمر ابنيته كالسابق ، لكن إذا امتنع
 صاحب التحتاني من البناء ، فلصاحب الفوقاني ان يعمر التحتاني باذن
 الحاكم ، وحينئذ له ان يرجع على شريكه بما صرف ويستوفي منه ذلك جبراً ،
 وله مع ذلك منع صاحب التحتاني من التصرف فيه الى ان يستوفي دينه
 (م ١٣١٥) ، فيكون التحتاني في يده بمنزلة الرهن . والسبب في ذلك هو

ان إذن الحاكم بحكم اذن صاحب التحتاني ، فكان صاحب الفوقاني قد قام بالتعمير باذنه فكان ما صرفه ديناً صحيحاً عليه . لكن إذا امتنع صاحب التحتاني من التعمير وبني صاحب الفوقاني ابنية التحتاني بدون اذن من الحاكم فان له حق الرجوع على صاحب التحتاني بقيمة البناء وقت التعمير لا بما صرف .

٣ — إذا تهدم الحائط المشترك وكان للشريكين حمولة عليه او هدمه أحد الشريكين المذكورين ، وطلب احدهما التعمير وامتنع الآخر فللطالب ان يعمره باذن الحاكم ويرجع على شريكه بما صرف وله ان يمنع شريكه من وضع حمولته على الحائط الى ان يستوفي دينه . وإذا عمر بدون اذن الحاكم ، فانه يرجع بقيمة الحائط وقت البناء (م ١٣١٦) . اما إذا كان لاحدهما فقط حمولة دن الثاني فاذا طلب صاحب الحمولة من شريكه بناء الحائط فامتنع الشريك فالحكم كما سبق ، وإذا طلب بناء الحائط الشريك الثاني الذي لا حمولة له ، فامتنع الثاني فليس للطالب ان يجبر الشريك على البناء ، وإذا بني هو الحائط يكون متبرعاً والفرق ظاهر . وإذا هدم الحائط المشترك أحدهما فانه يضمن حصة شريكه . ولا يخفى ان حكم هذا الفرع يختص فيما اذا كانت ارض الحائط غير قابلة للقسمة بحيث يستطيع كل واحد من الشريكين بناء جدار مستقل ، فان كانت قابلة للقسمة ، فلا جبر على أحد ولكل منهما حق الامتناع عن التعمير ، وإذا امتنع أحدهما وعمر الآخر كان متبرعاً ، وإذا لم يكن للشريكين على الحائط المشترك حمولة ، وتهدم الحائط فكذلك لا يجبر احدهما على بنائه ، فاذا طلب احدهما البناء وامتنع الآخر لا يجبر ، واذا بني

الطالب يكون متبرعاً ، لكن إذا تهدم الحائط الى ان يرى أحد الطرفين مقر نساء الآخر فانهما يجبران على اتخاذ سترة بينهما (م ١٣١٧) ، كما ان الجدار المشترك إذا كان مائلاً للانهدام وامتنع أحدهما عن هدمه وطلب الآخر الهدم فانه يجبر على الهدم بالاشتراك ، حتى لو كان لاحدهما حمولة عليه ، وتقدم الى صاحبه يطلب الهدم فلم يهدم ثم سقط الجدار فانه يضمن نصف ضرر شريكه ، أما إذا سقط قبل أن يتقدم اليه فانه لا يضمن ، لذلك كان الاحوط فيما إذا كان جدار مشترك قد أصابه الوهن ان ينذر الشريك الراغب في الهدم شريكه بطلب الهدم مشتركاً ، أو ان يشهد عليه بطلبه ذلك ، حتى يحتفظ بحق الضمان فيما إذا تهدم الجدار وحصل عليه ضرر منه .

٤ — إذا كان عقار مشتركاً بين صغيرين أو بين وقفين واحتاج إلى التعمير بحيث أن بقاءه على حاله مضر وطلب أحد الوصيين أو المتولين التعمير وامتنع الآخر فانه يجبره على التعمير من مال الصغير أو الوقف إذا تحقق عنده بعد الكشف ان في ترك الحائط على حاله ضرراً بالصغيرين أو الوقفين (م ١٣١٩) . اما إذا كان الضرر يلحق احدهما فقط كأن تكون لاحدهما فقط حمولة على الجدار دون الثاني فيجبر وصي الصغير ذي الحمولة أو متولي الوقف ذي الحمولة على التعمير ، وعلى هذا ان يطلب من شريكه الاشتراك معه في التعمير فان امتنع يجري حكم الفرع الثالث الآنف الذكر ، واذا لم يكن للوقف غلة فللمتولي أن يستدين على الوقف باذن الحاكم ويعمر ، وليس له أن يستدين بلا إذن الحاكم إلا إذا كان الواقف قد شرط له حق الاستئذنة لتعمير الوقف ، كما ان للمتولي ان يصرف على تعمير الوقف

من مال نفسه بالقدر المعروف باذن الحاكم على ان يستوفي ما صرفه من غلة الوقف .

الاصل الرابع :

✓ اذا قام احد الشركاء بالتعمير باذن من شركائه فان له حق الرجوع عليهم بنسبة انصباؤهم ، وان اذن الحاكم عن الشريك الغائب يقوم مقام اذنه . ويتفرع على هذا :

١ - اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك باذن الآخر وصرف من ماله مقداراً معروفاً رجع عليه بمحصته من المصروف (م ١٣٠٩) ، سواء كان قابلاً للقسمة ام لا . اما اذا صرف ازيد من القدر المعروف فلا يرجع عليه بشيء زائد على المعروف . والقدر المعروف يتحقق بواسطة الخبراء . واذا اختلف الشريكان في مقدار النفقة فان كان القائم بالتعمير قد صرف من ماله فعلية البينة لانه يدعى ديناً في ذمة شريكه والشريك ينكر فعلية البينة ، وان كان قد صرف من المال المشترك الذي في يده فالقول له مع يمينه لانه امين . واذا بنى احد الشركاء لنفسه بناية في الملك المشترك باذن شركائه كان البناء له ، وتكون الارض غارية يطبق عليها حكم المادة (٨٣١) .

٢ - اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير ، واحد الشريكين مثلاً غائب ، فللمحاضر ان يعمر المشترك باذن الحاكم ، ثم يرجع على شريكه بنصيبه (م ١٣١٠) من القدر المعروف مما صرفه سواء كان الملك المشترك قابلاً للقسمة ام لا . اما اذا عمر بدون اذن من الحاكم ، فينظر فان كان المشترك قابلاً للقسمة ، فانه يكون متبرعاً ، على ما سبق في الاصل الاول ،

وان كان غير قابل للقسمة فانه يرجع على شريكه بحصته من قيمة البناء وقت
التمير على ما مر في الاصل الثالث .

واذا عمر احد الشركاء المشترك بدون اذن شركائه يتبع في الحكم ما مر
في الاصول الثلاثة السابقة . ولا تناقض بين المادتين (١٣١١) و (١٣١٣)
كما يظهر من ظاهرهما ، حيث ان الاولى قالت بان الشريك اذا عمر بدون
اذن من شركائه يكون متبرعاً ، سواء كان الملك المشترك قابلاً للقسمة ام لا ،
مع ان المادة الثانية افادت انه اذا كان المشترك غير قابل للقسمة وعمره احد
الشركاء بدون اذن من سائر شركائه فانه يرجع عليهم بما يصيب انصباهم
من قيمة البناء وقت التعمير . ووجه دفع التناقض هو ان المادة (١٣١١)
فسرت معنى التبرع بان ليس للشريك اذا عمر بدون اذن شركائه ان يرجع
بما صرف ولم تنف عنه حق الرجوع مطلقاً ، وان المادة (١٣١٣) جعلت
حق الرجوع بما يصيب شركائه من القيمة ولم تثبت له حق الرجوع بما صرف ،
فلا تناقض .

احكام المصاريف غير التعميرية اللازمة للمشارك :

احكام هذا البحث تستند الى الاصل الثاني والثالث والرابع المارة الذكر
في احكام تعبير المشترك . ويتفرع على ذلك :

١ — اذا كان حيوان مشترك بين اثنين مثلاً وابى احدهما عن تربيته
فلآخر ان يراجع الحاكم فيأمر الحاكم الممتنع بان يصرف على الحيوان بالاشتراك
مع شريكه او ان يبيع حصته (م ١٣٢٠) ، فاذا لم يلب الامر يأذن الحاكم

الشريك ان يصرف عليه بالقدر المعروف ويرجع على شريكه بمحسته مما صرف لانه يصير ديناً عليه .

٢ — اذا أبي احد الشريكين عن سقي الزرع المشترك او مداراته وراجع الآخر الحاكم فانه يجبر الشريك الآبي على الاتفاق فان اصر على اباؤه فالحاكم يأذن للشريك الثاني بالصرف بالقدر المعروف على ان يرجع على شريكه بنسبة نصيبه مما صرف . وعلى هذين الفرعين فقس

احكام كري الانهر واصلاحها :

تستند احكام هذا البحث على اربعة اصول :

- ١ — ان خزينة الدولة (بيت المال) معدة للمصالح العامة .
 - ٢ — الغرم بالغنم .
 - ٣ — الضرر العام يدفع بتحمل الضرر الخاص .
 - ٤ — ان اذن الحاكم حسب ولايته العامة يقوم مقام اذن الشريك .
- فيعتبر المأذون من قبله كالمأذون من قبل الشريك نفسه . ويتفرع على هذه الاصول :

- ١ — ان مؤنة كري الانهر غير المملوكة كدجلة والفرات على بيت المال (خزينة الدولة) وكذلك اصلاح حافظتها وتروميم المسنبات اللازمة في بعض النقاط في حفاظتها ، ووضع السدود لصيانة القرى والمزارع من الغرق . فان مؤنة جميع ذلك على الخزينة لانها معدة للمنافع العامة ، الا انه اذا كان في الخزينة ضائقة لاسعة فيها للقيام بمثل هذه المصالح يجبر الناس على القيام بها

فيجبرون علي السكري عند ضيق حال الخزينة (م ١٣٢١) ، لان في عدم السكري ضرراً عاماً ، وتكليف الناس بالسكري ضرر خاص بالنسبة الى الضرر الاول ، وهو يتحمل لدفع الضرر العام ، وكيفية اجبار الناس على السكري هي ان من كان قادراً على العمل فله ان يشتغل بنفسه ، ومن لم يكن ذا قدرة على العمل يدفع نفقة العمال .

اما الانهر المملوكة عامة كانت أو خاصة ، فثؤنة كريبها على اصحابها (م ١٣٢٢) لان الغرم بالغنم ولا يجبر اصحاب حق الشفة على الاشتراك في أمر السكري لان ثؤنة الملك انما تترتب على مالسكه ، وأهل الشفة انما يأخذون من الماء المباح غير المملوك . واذا طلب بعض اصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ، فان كان هذا النهر عاماً يجبر الآبى على السكري مع شركائه ، اختياراً لاهون الضررين ولا يكلف بيت المال بالسكري . وان كان النهر خاصاً فالحاكم يجبر أيضاً الممتنع على السكري ، كما ان للراغب في السكري أن يصرف ما يقتضي للسكري من القدر المعروف باذن الحاكم ، ثم يرجع على شركائه بنسبة ما يصيبهم من المصروف (م ١٣٢٣) ، وان صرف بدون اذن الحاكم يكون متبرعاً ، لانه ليس مضطراً لاجل الاستفادة من النهر الى أن يقوم هو وحده بالسكري لان هنا طريقة لاجبار الشركاء على الاشتراك معه ، وهي مراجعة الحاكم فان الحاكم يجبر الشريك على السكري ، كماله ان يأذن لاحد الشركاء في السكري على ان يرجع على شركائه ، فاذا لم يراجع الراغب في السكري الحاكم يكون متبرعاً .

واذا امتنع جميع اصحاب النهر المملوك عن السكري فان كان عاماً

فالمحكومة اجبارهم على السكري لان في تركه ضرراً عاماً . وان كان خاصاً لا يجبرون على السكري (م ١٣٢٤) .

٢ - إذا لم يكن لاهل الشفة طريق الى النهر المملوك أو غير المملوك ، إلا من أرض مملوكة ، فلهم حق المرور منها الى النهر لاجل الاحتياجات كشرب الماء وتطهير النهر ، وليس لصاحب الارض منعهم ، لان في المنع ضرراً عاماً ، وفي المرور ضرراً خاصاً والضرر العام يدفع بالخاص . (م ١٣٢٥) .

٣ - مؤنة كرى النهر المشترك واصلاحه تبندى من الاعلى أي من مدخل الماء الى النهر ، وجملة أرباب الحصص متشاركون في ذلك ، لان ايصال الماء الى أرض كل واحد منهم متوقف على كرى المدخل فصاعداً فكلهم محتاجون الى ذلك ، فاذا جاوز السكري أرضاً لصاحب حصّة ، بري صاحب تلك الحصّة من المؤنة اللازمة لما بعد حصته ، لان وصول الماء الى حصته حينئذ لا يتوقف على كرى ما جاوز أرضه ، فلا يغرم من السكري الذي يجري فيما جاوز أرضه ، فلا يغرم منه شيئاً ، لان الغرم بالغرم .

وعلى هذه الصورة يجري الاشتراك في المؤنة الى ان ينتهي السكري . مثلاً نهر مشترك بين عشرة ، واحتاج الى السكري ، فصاريف أعلى حصّة الى نهاية أراضيها على الجميع ، والمصاريف اللازمة بعد ذلك ، على التسعة ، واذا جاوزوا أراضي الحصّة التالية للحصّة الاولى ، فالمصاريف اللازمة بعد ذلك ، على الثمانية ، وهلم جرا . فكلما تجاوز السكري أرض واحد من الشركاء بخلص من مصاريف السكري لما بعد حصته . فصاحب الحصّة السفلى ، وهي التي في منتهى النهر ، يشارك الجميع في المصروف ، ثم يقوم بمصاريف حصته وحده ،

ويظهر من هذه الطريقة ان صاحب الحصّة العليا أقل مصرفاً من الجميع ،
 وصاحب الحصّة السفلى أكثر مصرفاً منهم ، والعلة في ذلك ، هي ان الغرم
 بالغنم (م ١٣٢٧) .

ومؤنة كري السياق المالح المشترك ، والمجاري القذرة المشتركة ، على العكس
 مما تقدم في كري النهر المشترك ، أي ان مؤنة الكري تبندى من منتهى
 السياق أو المجرى أي من المحل الذي يصب فيه ، فالجميع يشترك في
 مصاريف القسم الكائن في عرصة صاحب الحصّة السفلى ، وكلما تجاوز الكري
 الى ما قبل الحصّة التي قد انتهى أمرها ، يبرأ صاحبها من الاشتراك في المصروف
 مع أصحاب الحصص التي قبله ، وهكذا الى ان يصل الكري الى صاحب
 الحصّة العليا ، فيتحمل وحده مؤنة الكري في عرصته ، والسبب في ذلك ان
 صاحب الحصّة السفلى يفتنع من الكري في عرصته فقط ، إذ برفع الترسبات
 والارساخ من هذا القسم تدفع حاجته ، فهو غير محتاج الى كري الاقسام التي
 قبل عرصته ، بخلاف من قبله فانهم محتاجون الى كري القسم الاسفل ، إذ لا
 تجري المياه القذرة من دورهم ، والمياه المملحة من أراضيهم إذا كان المصب
 مسدوداً ، والغرم بالغنم . ويتضح مما مر ان صاحب الحصّة السفلى أقل مصرفاً
 من غيره ، وصاحب الحصّة العليا أكثر مصرفاً من غيره (م ١٣٢٧) .

ومثل ما تقدم في الحكم مؤنة تعمير الطريق الخاص ، فان صاحب الحصّة
 التي في مدخل الطريق الخاص يشارك بقية أصحاب الطريق في المصروف
 العائد لخصته فقط ، فاذا تجاوز التعمير حدود ملكه خلس من الاشتراك في
 المصاريف لبقية أقسام الطريق . وكلما تجاوز التعمير ملك أحد يخلص من

الاشتراك في المصرف مع من بعده . فيكون صاحب الملك الذي في منتهى الطريق أكثر الجميع مصرفاً . وصاحب الملك الذي في مدخل الطريق أقل مصرفاً (م ١٣٢٨) . والسبب في ذلك ان الذي يقع ملكه في مدخل الطريق غير محتاج في مروره الى تعمير ما بعد ملكه فلا ينتفع من تعمير ذلك ولا يفنم ، وهكذا الثاني والثالث ، ولكن من كان ملكه في المنتهى محتاج في مروره الى تعمير الطريق من مبدئه الى منتهاه ، فهو غائم من تعمير الجميع والغرم بالغنم .

شركة العقار

شركة العقار نوعان : تجارية وهي المبحوث عنها في قوانين التجارة . وغير تجارية وهي المبحوث عنها في المجلة و ينحصر الكلام فيها بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريف شركة العقد .
- ٢ - أركانها .
- ٣ - صفاتها .
- ٤ - أقسامها .
- ٥ - شروطها .
- ٦ - أحكامها .
- ٧ - انتهاءها .

تعريف شركة العقد : — هي تعاقد اثنين او أكثر على العمل للكسب ،

بواسطة الاموال ، او الاعمال ، او الوجاهة ، ليكون الغنم والغرم بينها حسب الاتفاق المشروع . ولو تعاقد اثنان على ان يكون رأس المال لواحد والربح له ايضاً والآخر عليه العمل فقط يكون انعقد بضاعة لا شركة . ولو كان رأس المال من واحد وعلى الآخر العمل والربح مشترك بينهما ، يكون العقد مضاربة

ولو كان رأس المال من واحد والعمل على الآخر والربح كله للعامل كان العقد قرضاً لا شركة.

وهذا التعريف يشمل سائر أنواع شركة العقد بوضوح، بخلاف التعريف الوارد في المادة (١٣٢٩) فإن ظاهره لا يشمل الا شركة الاموال، ولاجل ان يشمل الانواع السائرة لابد من ان يتوسع في تفسير (رأس المال) الوارد في المادة المذكورة، بان يراد منه ما هو اعم من المال او العمل او الاعتبار. وهذا يقتضي الخروج عن الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني انظر المادة (١٠٥٧).

اركان شركة العقد : ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظاً او معنى ، وليس للايجاب والقبول صيغة مخصوصة، بل كل ما دل على الشركة يعتبر ايجاباً وقبولاً . كأن يقول شخص لآخر شاركك بقدر كذا رأس مال للتجارة بالحنطة او للتجارة مطلقاً وقبل الآخر تنعقد الشركة لفظاً، كما تنعقد لفظاً لو اعطى شخص لآخر مائة دينار مثلاً قائلًا ضع أنت مثلها ليكون المجموع رأس مال تجارة لنا غنمه وعلينا غرمه، فقبل الآخر . ومثال انعقادها معنى ما اذا اعطى شخص لآخر مائة دينار مثلاً قائلًا له ضع أنت مثلها واشتر المال الفلاني وبعه ، أو اشتر أموالا وانجز بها ، ففعل الآخر ذلك فان القبول قد حصل معنى (م ١٣٣٠) :

وكما تأتي شركة العقد لاجل شراء الاموال وبيعها ، فقد تأتي للشراء فقط، كما لو قال شخص لآخر ما تأخذه اليوم من الاموال التجارية ، أو من المال الفلاني فليكن مشتركا بيننا فقبل الآخر ، فانه تنعقد بينهما شركة على

الشراء ذلك اليوم ، أو على شراء ذلك المال المعين . ولكن لا يجوز لاحدهما بعد ذلك بيع شيء من المال المشترك بدون اذن صاحبه ، لان الشركة التي تحققت في الصورة المذكورة هي شركة على الشراء فقط .

ان الشركة وان كانت تتم بالايجاب والقبول ، غير ان الاجدر بها أن توثق بتنظيم صك يذكر فيه مقدار ما يضمنه كل واحد من رأس المال ، وكيفية توزيع الربح ، وهل لهما أن يعملتا منفرداً او مجتمعاً ، وهل لكل واحد أن يعمل حسب رأيه ، وهل لاحدهما أن يبيع نسيئة ونحو ذلك من الامور التي يتفق عليها الشركاء من الشروط المقبولة .

صفة شركة العقد :

صفة عقد الشركة أنه عقد جائز غير لازم فلكل واحد من الطرفين ان ينفرد بفسخه بدون رضا الآخر ، لكن علم الآخر شرط لاعتباره ، فلا تنفسخ الشركة ما لم يكن فسخ أحدهما معلوماً للآخر . وذهب بعض الفقهاء الى ان الشركة إذا كانت موقته أي محددة بمدة فليس لاحد الشركاء أن يستبد بالفسخ بدون رضا الآخرين غير ان هذا الرأي مرجوح ، وأرى ان الاخذ به نظراً للعصر الحاضر من توسع الاعمال التجارية وتكثر الشركات، هو الاوفق والانفع على ما لا يخفى .

أقسام شركة العقد :

تنقسم شركة العقد الى قسمين :

١ - شركة مفاوضة

٢ - شركة عنان

وينقسم كل واحد من النوعين الى ثلاثة اقسام :

١ - شركة بالاموال

٢ - شركة بالاعمال

٣ - شركة بالوجوه

شركة المفاوضة

أي شركة المساواة ، لتفويض كل واحد من الشركاء أمور الشركة للآخرين تفويضاً تاماً . فاذا عقد اثنان أو أكثر عقد الشركة على المساواة التامة بينهم كانت الشركة مفاوضة . والمراد بالمساواة التامة هو التساوي في التصرف بان يتمكن كل واحد من الشركاء في التصرف بكل المال ، والتساوي في رأس المال ، بان يضع كل واحد منهم مقداراً مساوياً لما وضعه الآخر ، والتساوي في الربح ، والا يكون لاحد شيء يصلح أن يكون رأس مال خارجاً عن الشركة كما لو توفي رجل فالتخذ اولاده مجموع ما انتقل اليهم من أبيهم رأس مال على ان يشتروا ويبيعوا من سائر الانواع ويقسم الربح بينهم على التساوي . وشركة المفاوضة في الاموال نادرة (م ١٣٣١) . واما الخلط بين الاموال فليس بشرط ، حتى لو عقدا الشركة ولم يخلط المال ، فاشترى احدهما بضاعة بما وضعه من رأس المال قبل الخلط يكون الربح والخسارة مشتركاً على وجه المساواة .

شركة العنان

العنان مأخوذ من العن وهو الظهور وسميت عناناً لانها تعقد بين الشركاء

لا على وجه المساواة بل حسب ما يعن و يظهر لهم من الاتجار في كل الاشياء
أو بعضها ، ومع التساوي في رأس المال والربح أو التفاضل . وهي كل شركة
تتعقد بين الشركاء لا على التساوي المذكور في شركة المفاوضة . فكل شركة
مفاوضة اختلف فيها شيء من التساوي في الامور المذكورة فيها ، تنقلب
عنائاً (م ١٣٣١) .

شركة الاموال

هي ان تتعقد الشركة على ان يضع كل واحد من الشركاء مبلغاً معلوماً من
النقود على ان يعملوا جميعاً أو كل واحد او مطلقاً على ان يكون بينهم الربح ،
وعليهم الخسار (م ١٣٣٢) .

شركة الاعمال

وتسمى شركة التقبل وشركة الصنائع . هي ان تعقد الشركة على ان يتقبل
الشركاء الاعمال من الغير وما يتحصل من الاجرة يقسم بينهم : فالعمل هو
رأس المال هنا ، ولا يشترط اتحاد الشركاء في الحرفة بل تصح مع اختلافهم
كنجار ، وحداد ، وخياط ، وصباغ ، فشكل واحد من الشركاء ان يتقبل
الاعمال .

ويجوز ان يشترط الشريكان ان يتقبل احدهما العمل على ان يقوم الآخر به
فالشركة صحيحة والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق الواقع بينهما ، ولكن لا
يجوز التنصيب على عدم جواز تقبل احدهما الاعمال مثلاً لو اتفق اثنان على ان
يتقبل احدهما العمل ، وان يعمل الآخر على شرط ان ليس له حق في تقبل
العمل كانت الشركة غير جائزة وتكون الاجرة فيما لو وقع عمل في هكذا عقد

للعامل ، كذلك لو تقبل ثلاثة اشخاص عملاً من غير ان يسبق بينهم عقد شركة ، فقام احدهم بالعمل فان الاجرة تكون خالصة له .

شركة الوجوه : هي ان يتعاقد اثنان فاكثر على ان يشتروا الاموال نسيئة بوجهتهم واعتبارهم وبعد بيعها يقتسمون الربح بينهم . (م ١٣٣٢) . ويكون الربح أو الخسارة بنسبة ما يملكه كل واحد مما يشترونه ، فان كان الشرط على ان يكون لاحدهم نصف والآخر النصف كان الربح كذلك ، وان كان الشرط على ان يكون لواحد من الربح النصف والآخر الثلث والآخر السدس كان الربح بهذه النسبة .

والشركات بأنواعها كما يجوز ان تكون مطلقة يجوز ان تكون محددة بمدة معينة .

شروط شركة العقد :

شروط شركة العقد نوعان :

١ — شروط عامة تنظم الانواع الستة

٢ — شروط خاصة ، تخص نوعاً دون نوع .

الشروط العامة في شركة العقد

ان يكونوا عاقلين أ — ان يكون كل من العاقلين اهلاً للوكالة ، لان شركة العقد مطلقاً ، اهلاً فوكالة تتضمن الوكالة ، لان كل واحد من الشركاء قد اذن لصاحبه بالتصرف في رأس مال الشركة ، او في تقبل الاعمال ، او في استعجال السلم وبيعها . فكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة فكذلك كون الشريكين عاقلين مميزين

شرط في شركة العقد (م ١٣٣٣) فتنبطل الشركة اذا اختلت الاهلية .
لا يقال اذا كانت الشركة تتضمن الوكالة فان من شرط الوكالة ان يكون الموكل
به معلوماً مع انه في شركة العقد مجهول ، لانا نقول ان الغرض من تشريع الشركة
هو توسيع الاعمال والقيام بالمضاربات التجارية فكل واحد من الشركاء وكيل
عن شريكه ضمناً وتبعاً لعقد الشركة فيكون لذلك كونه اهلاً للوكالة ، وأما
اشتراط جميع الشروط اللازمة في الوكالة فانه مما يبطل الغرض الاصلي من تشريع
الاشترك ، ولان الوكالة هنا تبعية ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره فيطلب
من شروط الوكالة اهلية التصرف في الشركاء وهذا القدر كاف لصحة تصرفات
الشركاء والاستفادة من عقد الشركة .

ب — ان يكون نصيب كل شريك من الربح معلوم القدر (م ١٣٣٦)
فان كان مجهولاً فسدت الشركة وحينئذ يقسم الربح بين الشركاء بنسبة
حصصهم من رأس المال . والجهالة تنشأ اما من التردد كأن يقال لك ربع
او ثمن ، او من السكوت كأن يسكت عن بيان مقدار ما يصيب كل واحد من
الربح .

ج — ان يكون الربح جزءاً شائعاً كالنصف او الثلث . فاذا تقاوت الشركاء
على ان يكون لأحدهم مقدار معين مقطوع من الربح كانت الشركة باطلة
(م ١٣٣٧) لاحتمال انقطاع الشركة بسبب هذا الشرط بان لا ينحصل ربح
يزيد على ما شرطوه لصاحب الحصة المعينه ، فلو اشترطوا ان يكون لأحدهم
خمسین ديناراً مثلاً من الربح كان العقد باطلاً ، ويقسم الربح حينئذ بنسبة
حصص الشركاء من رأس المال .

نصيب كل شريك
من الربح معلوم القدر

ان يكون الربح
جزءاً شائعاً

الشروط الخاصة بشركة المفاوضة بصورة عامة :

يشترط في شركة المفاوضة علاقة على الشروط العامة الآتية الذكر ما يأتي :

١ - ان تعقد بلفظ (المفاوضة) او تعداد جميع شروطها واحكامها في
مجلس العقد ، وإلا كانت عناناً (م ١٣٦١) .

٢ - ان يكون كل من المتعاقدين اهلاً للكفالة (بان يكون بالغاً ،
عاقلاً ، مطلق التصرف في امواله) لأن شركة المفاوضة تتضمن الكفالة فلا بد
من كون كل واحد من الشركاء اهلاً للكفالة (م ١٣٣٤) .

٣ - ان يتساوى الشركاء في التصرف فلا تصح بين الكبير والصغير ،
كما ان هذا لا يصح من جهة اخرى وهي كون الصغير ليس اهلاً للكفالة ، فهذه
الشروط الثلاثة تلزم في كل نوع من انواع شركة المفاوضة .

مقايضة في الاموال - ويزاد في شركة المفاوضة بالاموال شرط آخر وهو ان يتساوى
التساوى في الاموال الشركاء في الاموال التي تصح ان تكون رأس مال في الشركة وهي النقود
والفلوس الرائجة ، والذهب والفضة غير المضروبين اذا تعورف التعامل بهما .
ويشترط ان يبقى هذا التساوي من يوم العقد الى يوم انقضاء الشركة ، حتى انه
لو ملك احد الشركاء شيئاً مما يصح الاشتراك فيه بسبب ارث او وصيه او هبة
فزاد على ما يملكه الآخر من ذلك انقلبت الشركة عناناً (م ١٤٦٢) .
أما التفاوت فيما لا يصح أن يكون رأس مال كأن يملك احد الشركاء عروضاً
أو عقاراً أو ديناً لا يملك الآخر مثلها ، فلا يضر في شركة المفاوضة
(م ١٣٥٨) .

مقايضة بالاعمال ويزاد في شركة المفاوضة بالاعمال :

١ - كون كل واحد من الشركاء له حق التقبل .

كل شريك له حق التقبل

٢ - كون كل واحد منهم مسؤولاً وضامناً للعمل الذي تقبله هو أو شركائه ، مسؤولية متساوية .

كل شريك مسؤول
وطامن لكل

٣ - كون كل من الشركاء مسؤولاً عن الدين الذي يترتب بذمة الآخر من اجرة اجير او دكان وما شاكل ذلك . فاذا اشترط الشركاء بينهم شرطاً بخل باحد هذه الشروط لم تكن الشركة مفاوضة (م ١٣٥٩) .

كل شريك مسؤول
عن الدين

ويزاد في شركة المفاوضة بالوجوه :

المفاوضة بالوجوه

١ - المساواة في الشراء والبيع .

المساواة في الشراء والبيع

٢ - المساواة في المال المشتري ، بان تكون حصة كل واحد مساوية للآخر .

المساواة في المال المشتري

٣ - ان يكون ثمن المال مشتركاً بينهم على التساوي .

المال المشتري مشتركاً

٤ - كون الربح متساوياً بينهم ، (م ١٣٦٠) .

الربح متساوياً

فاذا اختلف شرط من هذه الشروط لم تكن مفاوضة .

شروط الشركة بالاموال

شركة الاصول

يشترط في الشركة بالاموال سواء كانت مفاوضة او عناناً

مفاوضة او عناناً

١ - ان يكون رأس المال من الاثمان المطلقة التي لا تتعين بالنعين في رأس مال من

المعاوضات ، وهي النقود المضروبة من الذهب والفضة (م ١٣٣٨) واما غير

المسكوك من الذهب والفضة فان جرى التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة

فهو في حكم النقود يصلح ان يكون رأس مال ، والا فهي بحكم العروض

التي لا تتعين بالنعين

(م ١٣٤٠) ، وكذلك المسكوكات النحاسية الرائجة ، فانها تعد من النقود عرفاً ، فتصلح ان تكون رأس مال .

ان يكون رأس المال ٢ - ان يكون رأس المال عيناً ، لادينا في ذمم الناس (م ١٣٤١) لان عيناً لادنياً الدين وصف في الذمة فلا يصلح واسطة للمبادلة .

اما الاموال غير المعدودة من قبيل النقود كالعروض والعقار ، فلا يجوز ان تكون رأس مال الشركة وذلك لسببين ؟ الاول وقوع النزاع لجهة قيمة ما يعود لكل واحد من العروض والعقار . الثاني ان ذلك يؤدي الى ربح الشخص مما لم يضمن كما لو كان قيمة احدى الدارين مثلاً ازيد من الاخرى ، فاذا بيعت ، كان الفضل ايضاً مشتركاً على تقدير جواز الاشتراك على غير النقود وما في حكمها . نعم يجوز ان يتخذ شخصان العروض والعقار رأس مال الشركة اذا باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر مثلاً ، وبعد حصول اشتراكهما في المالكين على الوجه المذكور ، يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك ، كما لو كان لاثنتين نوع مال من التلبيات ، مثلاً لكل واحد مقدار حنطة نخلطاً احدهما بالآخر فبعد حصول شركة المالك يجوز لهما ان يتخذوا هذا المال المخلوط رأس مال ويعقدا عليه الشركة . (م ١٣٤٢) والخاص بالحصول يجوز عقد الشركة على مال مشترك شركة ملك ، لانه في هذه الصورة ينفي السببان المانعان الآنف الذكر ، لمعلومية قيمة ما يخص كل واحد من المالك المشترك ، ولان ربح كل واحد هو ربح مما يضمه وهو نصيبه من المالك .

ويتفرع على لزوم الشروط المذكورة في شركة الاموال ،

أ — لو كان لواحد برذون مثلاً وللآخر اكاف فاشتركا على ان
ان يؤجراه ، وما حصل من اجرة يقسم بينهما ، فالشركة فاسدة ، والاجرة
الحاصلة تكون لصاحب البرذون ، وان الاكاف لكونه تابعاً للبرذون لا
يكون لصاحبه حصة من الاجرة ، لكنه يأخذ اجراً مثل اكافه (م ١٣٤٣)
والسبب في هذا الحكم هو ان المنافع لا يجوز ان تتخذ رأس مال ، كالعروض
والعقار ، وذلك لاستلزامها ربح الشخص ما لم يضمن ، لان المنافع لا تملك
الا باحد امور ثلاثة .

١ — بتملك العين ذات المنفعة ٢ — بالعقد ، كتملك المنفعة بالعارية ،
والمأجور ، ٣ — بالضمان كارتفاع الغاصب من الشيء المنصوب . ولا شيء
من هذه الثلاثة في مسألة الاشتراك على البرذون والاكاف على الوجه المذكور
اما لو وضع احدهما برذوناً والآخر اكافاً لكي يعمل بهما ، أي يتعهدا
ويتقبلا نقل اموال الناس على ان يكون الربح مشتركاً ، صح ، لان استحقاق
كل منهما من الربح لسبب تعهده النقل ، وهو سبب من اسباب استحقاق
الربح .

ب — لو كان لواحد سيارة وللآخر امتعة وتشاركا على تحميل الامتعة في
السيارة وبيع الامتعة على ان ما يحصل من الربح يكون مشتركاً بينهما ، فالشركة
فاسدة ، والربح يكون لصاحب الامتعة لانه ربح نشأ من ملكه ، ولصاحب
السيارة اجر مثل سيارته ، وكذلك لو كان لواحد دكان وللآخر امتعة فتشاركا
على بيع الامتعة في الدكان ، على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما ،
فالشركة فاسدة والربح كله لصاحب الامتعة ، ولصاحب الدكان اجر مثله

(م ١٣٤٤) وبوجه هذا الحكم هو ان رأس مال احدهما عين غير معدودة من النقود ، ورأس مال الآخر منفعة ، وكلاهما لا يصح ان يكون رأس مال وانما استحق صاحب السيارة او صاحب الدكان اجر المثل لانه لم يرض باستعمال ماله مجاناً ، ولما كان العقد الواقع فاسداً يرجع الى اجر المثل ، وذهب الامام احمد الى ان مثل هذا الاشتراك جائز لوقوع التراضي ، وهو يقطع النزاع وهو رأي يصلح ان يكون مأخذاً لحكم المادة (٦٤) من اصول المرافعات كما ان القاعدة (يعمل بالشروط قدر امكان) ، تصلح ان تكون مأخذاً لذلك .

احكام شركة العقد :

قبل البحث في احكام شركة العقد على اختلاف انواعها ، لا بد من معرفة الضوابط الآتية .

١ - العمل يتقوم بالتقويم فللشركاء ان يقدروا قيمة عمل كل واحد منهم حسب اتفاقهم ، اذ من الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر . مثلاً اذا كان شريكاً شركة عنان ورأس مالهما متساوٍ وكلاهما ايضاً مشروط عمله ، وشروط اعطاء احدهما حصة زائدة من الربح ، يكون الشرط جائزاً لانه يجوز ان يكون احدهما في الاخذ والعطاء امهر وعمله ازيد وانفع (م ١٣٤٥) . وان ضمان العمل نوع من العمل ، فاذا شارك اثنان شركة صنائع بان وضع احد في دكانه شخصاً من ارباب الصنائع على ان ما يتقبله هو ويتعهده من الاعمال يعمل ذلك الشخص ، وما يحصل من الكسب يكون بينهما مناصفة ، تكون الشركة جائزة ، ويكون استحقاق

صاحب الدكان نصف الحصة بسبب كونه ضامناً ومتعهداً للعمل ، فان ضمان العمل والتعهد به نوع عمل ، فلا يقال انه ربح مالم يضمن ، ويكون صاحب الدكان قد نال في ضمن ذلك منفعة دكانه ايضاً ، فليس له ان يطلب أجرة مستقلة عن دكانه ، ويكون استحقاق الشخص الآخر نصف الحصة بسبب عمله الذي قام به (م ١٣٤٦) .

٢ — استحقاق الربح يكون باحد امور ثلاثة :

١ — بسبب المال ، كما في شركة الاموال ، وكما في المضاربة نظراً لرب المال .

٢ — بسبب العمل ، كما في شركة الاعمال وكما في المضاربة نظراً للمضارب .

٣ — بسبب الضمان ، كما في شركة الوجوه ، وكما في ضمان العمل في تقبل الاعمال فان من اخذ احداً من ارباب الصنائع تلميذاً عنده واعمله ما يتقبله ويتعهد من العمل بنصف أجرته مثلاً يكون جائزاً ، والكسب الحاصل يكون نصفه مستحقاً للتلميذ بعمله ، ونصفه للاستاذ بسبب تعهده وضمان العمل (م ١٣٤٧) .

فاذا لم يوجد واحد من هذه الاسباب الثلاثة فلا استحقاق للربح ، فلو قال شخص لاخر انت اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا تنعقد بينهما شركة والربح كله لرب المال لان الثاني لا مل له في القضية ولا عمل ، ولا ضمان . فلا يستحق شيئاً من الربح الحاصل (م ١٣٤٨) .

٣ — استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المعبر المذكور في عقد

الشركة ، وليس هو بالنظر الى العمل الواقع ، ، فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل ، يعد كأنه عمل فيستحق من الربح ، مثلاً الشريك ان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما يقسم الربح بينهما على الوجه الذي شرطاً ، ولو لم يعمل الآخر بعذر او بغير عذر ، لان كل واحد منهما وكيل عن الآخر ، فبعمل شريكه يعد هو كأنه عمل ايضاً ، فيستحق من الربح (م ١٣٤٩) اما الضرر والخسار فيحملانه بنسبة حصة كل واحد منهما من رأس المال . هذا اذا كانت الشركة صحيحة ، كما مرت الاشارة اليه ، اما اذا كانت فاسدة فان كانت الشركة شركة اموال فالربح لرب المال ، وان كانت شركة اعمال فللاعمال .

٤ — الشريك كل واحد منهما اءين الآخر . وينفرع على هذا .

اولاً : ان مال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة ، فاذا تلف في يد واحد منهما او طرأ نقصان على قيمته بسبب تعييبه بلا تعد ولا تقصير لا يكون ضامناً حصة شريكه (م ١٣٥٠) اما اذا تلف او تعيب بتعد منه او تقصير فعليه الضمان ، كما ان عليه الضمان ايضاً لو مات مجهلاً مال الشركة .
ثانياً : اذا عقد أحد الشركاء شركة مع شخص آخر بلا اذن من شريكه وسلمه مال الشركة فضاء المال في يده ، ضمن الشريك العاقد حصة شريكه من المال انظر المادة (٧٩٠) .

ثالثاً : اذا ادعى الشريك ضياع المال في يده بلا تعد منه او تقصير يصدق بيمينه ولو كان ادعاؤه الضياع بعد موت شريكه .

٥ — رأس المال في شركة الاموال يكون مشتركاً بين الشريكين

متساويا او متفاضلا ، ولكن في صورة كون رأس المال من واحد والعمل من الآخر توجد اربعة احتمالات .

الاول : ان يشترط اشتراكهما في الربح فتكون المعاملة مضاربة .

الثاني : ان يكون الربح كله للعامل ، فتكون المعاملة قرضا .

الثالث : ان يكون الربح كله لرب المال فتكون المعاملة بضاعة والعامل مستبضعا (م ١٣٥١) .

الرابع : ان يكون الربح كله للعامل والخسارة على رب المال ، فتكون المعاملة قرضا ويكون شرط الخسارة على رب المال باطلا .

أحكام شركة العنان :

شركة العنان تغترق عن شركة المفاوضة من وجوه :

١ — لا يشترط في الشريكين شركة عنان كون رأس ماليهما متساويين . وهو شرط في المفاوضة .

٢ — لا يشترط ان يدخل كل واحد من الشركاء جميع ما يملكه من النقد في رأس المال . بل يجوز ان يعقد الشركة على مجموعه او على مقدار منه . وهو شرط في المفاوضة (م ١٣٦٥) .

٣ — يجوز في شركة العنان عقدها على جميع أنواع التجارات أو على نوع تجارة خاصة (م ١٣٦٦) ، اما المفاوضة فلا تعقد على نوع تجارة خاصة ، بل لا بد ان تكون على جميع أنواع التجارة ، كما هو الظاهر من عبارة (ان يشتروا ويبيعوا من سائر الأنواع) في المادة (١٣٣١) ، وهو قول بعض

الفقهاء ، وذهب البعض الآخر الى جواز عقدها على نوع تجارة خاصة .

٤ — لا يشترط في العنان المساواة في الربح بين الشركاء (م ١٣٦٧)
بل يجوز ان يشترط لأحدهم أكثر من غيره . وهو شرط في المفاوضة
(م ١٤٣٨) . لكن اذا كانت شركة العنان فاسدة فان الربح يقسم على مقدار
رأس المال ويلغى شرط الزيادة لاحد الشركاء (م ١٣٦٨) ، وذلك لان
الزيادة انما تستحق بالشرط ولما فسد العقد فسد ما في ضمنه وهو الشرط .
وبقي سبب الاستحقاق للربح بمجرد رأس المال فيكون هو المقياس لتوزيع
الارباح .

واما الضرر والخسار الواقع بلا تعد او تقصير فانه ينقسم على كل حال على
مقدار رأس المال ولا ينظر الى اي شرط يخالف ذلك ، والسبب في هذا
الحكم هو ان الضرر قد حصل بسبب اضطراري والاسباب الاضطرابية لا تتبع
الشروط الواقعة في العقد ، فالاسباب الناشئة عنها ايضا لا تتبع المفاوضة ، لان
الحكمة في الزام المتعاقدين بالشروط الواقعة في العقد هي كونها ممكنة الاتباع
والنحرز ، فاذا كانت تلك الاسباب لا يمكن النحرز منها ، يكون الالتزام بها غير
موافق للعقل ، وحينئذ يلغى الشرط ، ويكون العقد صحيحاً فيقسم الضرر على
نسبة الحصص من رأس المال ، لان الشروط الفاسدة لا تفسد الشركة .

وان احكام شركة العنان تفصل فيما يلي :

١ — اذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة
زائدة لاحدهما وكان عمل الاثنين مشروطا ، فالشركة صحيحة . اما اذا
شرط عمل احدهما وحده ينظر : فان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي

حصته من الربح زائدة تكون الشركة صحيحة ايضاً والشرط معتبر ويكون ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله . وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح قليلة ، فهو غير جائز ، ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال ، لانه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطه ، لا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان للزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل ، واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الامور (م ١٣٧١) .
 واذا شرط تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً او متفاضلاً كان الشرط صحيحاً ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء شرط عمل الاثنين او شرط عمل الواحد وحده . لان استحقاق الثاني غير العامل للربح انما هو بسبب رأس ماله الذي اعتبر مقياساً لمقدار الربح في هذه الصورة (م ١٣٧٠) .

واذا شرط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل ، فان كان قد شرط عمل الاثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزائدة من الربح - اي قليل رأس المال - فالشركة صحيحة والشرط معتبر ، وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح - اي الذي رأس ماله اكثر فهو غير جائز ، ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما (م ١٣٧٢) لان العمل لما كان على من رأس ماله اكثر كان استحقاقه من رأس ماله اقل ، فالزيادة في الربح لشريكه بالنظر لكمية رأس مالهما يكون بلا سبب من عمل او ضمان او مال .

ب- يجوز للشريك في شركة العنان المطلقة، أن يبيع بالنقد والنسيئة مما

او اكثر ولو بغبن فالحش (م ١٣٧٣) وان يشتري بمال الشركة الذي في يده بالنقد والنسيئة ، ولكن ليس له ان يشتري بالغبن الفاحش ، فاذا اشترى به يكون له لا للشركة . ووجه الفرق بين البيع بالغبن الفاحش والشراء بالغبن الفاحش ان في الشراء به تهمة الاحتمال ان الشريك انما كان قد اشترى المال لنفسه ثم لما رأى الخطر ، حمله على الشركة ، فلم يبيع للشريك ذلك . ولما لم يكن هذا الاحتمال موجوداً في البيع جاز . ولا تنفاه هذا الاحتمال في شركة المفاوضة جاز للشريك البيع والشراء بالغبن الفاحش ولا يجوز للشريك الذي ليس في يده رأس مال الشركة ان يشتري مالا لأجل الشركة ، باي وجه كان ، فان اشترى كان المال له لا للشركة (م ١٣٧٥) ووجه هذا الحكم انه لو ابيع للشريك ذلك لزم ان يرجع على شريكه بنصف ما اشتراه به مثلاً ، وهذا مما يستوجب تحميل الشريك ديناً اكثر مما تعهد به للشركة ، وهذا بمعنى الاستقراض للشركة ، مع انه ليس لاحد الشريكين أن يستقرض لحساب الشركة بدون اذن شريكه أي ليس له ان يستقرض زيادة في رأس مال الشركة . ومن جهة اخرى ان شخصية كل من الشركاء لم تنعدم في شركة العنان بخلاف الامر في المفاوضة ، فللعناني ان يتصرف لحساب نفسه دون المفاوض ، ولما كان الامر كذلك لم يكن له ان يتصرف على حساب الشركة الا من الاموال الخاصة بها ، ولما لم يكن في يده شيء منها ، حمل تصرفه على حساب نفسه .

٢ ج - إذا اشترى احد الشركاء شيئاً ليس من جنس التجارة التي عقدت بخصوصها الشركة ، كان المال خاصاً بالشريك المشتري وحده سواء اشتراه بماله نفسه ام بمال الشركة ، لان هذا المال لما لم يكن من الاشياء التي يشملها

عقد الشركة لا تنحقق وكالة المشتري عن شريكه ، فيقع الشراء اذاً للشريك الذي قام بالشراء ، مثال ذلك ما لو كانت الشركة معقودة على الاتجار بالخططة ، فاشترى احد الشركاء حصاناً او نحو ذلك ، كان الحصان خاصاً بالمشتري لا للشركة . واذا كان قد دفع ثمنه من اموال الشركة فانه يضمن لشريكه نصيبه مما دفع . واذا كان احد الشركاء بيده مال الشركة وقد اشترى شيئاً من جنس التجارة التي عقدت الشركة بخصوصها كان للشركة ، ولا يكون خاصاً به سواء اشتراه بمال الشركة ام بماله الخاص به ، حتى ولو اشهد وقت الشراء بانه انما اشتراه لنفسه ، الا انه اذا اشتراه بماله الخاص ، فانه يستوفي مادفع من اموال الشركة ، مثال ذلك لو اشترى احد الشركاء مقداراً من التبر ، وكانت الشركة معقودة على التجارة بالتبر ، كان التبر المشتري للشركة لا خاصاً بالشريك المشتري (م ١٣٧٦) وقد علموا ذلك بانه بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين ، والوكيل بشراء شيء معين ليس له ان يشتريه لنفسه .

د — حقوق العقد تعود لمن يتولى العقد من الشركاء على ما هو مقرر في القاعدة (حقوق العقد انما تعود للعاقدة) . وحقوق العقد مثل تسليم المبيع ، قبض الثمن ، والمطالبة به ، وتأجيل الثمن ، والتوكيل بقبضه ، وهبته ، وحط قسم منه ، والرد بخيار العيب ، ونحو ذلك من الامور والاحكام التي تترتب على العقود . فاذا اشترى احد الشريكين مالا ، فقبضه وتأدية ثمنه لارمان عليه وحده ، فهو الذي يطالب بالثمن ، ولا يطالب شريكه ، واذا باع احدهما مالا ، فقبض ثمنه انما هو من حقه وحده ، لذلك اذا ادى المشتري ثمنه الى الشريك الآخر فانه يبرأ من حصة هذا الشريك القابض ، ولا يبرأ من حصة الشريك العاقدة

وكذلك الرد بالعيب ، فانه من حقوق العقد ، فما اشتراه احد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب ، وما باعه احدهما ، لا يرد بالعيب على الآخر (م ١٣٧٨) . وكذلك اذا وكل الشريك العاقد شخصاً في قبض ثمن المال الذي باعه ، فليس لشرিকে عزله ، بخلاف ما اذا وكل احد الشريكين شخصاً في بيع شيء من اموال الشركة او اجارته ، او شراء شيء للشركة ، فان للشريك الثاني عزله ، (م ١٣٧٧) ، لان الموكل لم يوكله على عمل شيء هو من الحقوق الخاصة به (كحقوق العقد اذا كان هو العاقد) وانما قد وكله على عمل شيء هو من حق الشريكين ، وهو بيع شيء من اموال الشركة او اجارته ونحو ذلك .

٥ هـ - لكل واحد من الشركاء ايداع اموال الشركة ، وابضاعها ، واعارتها والتوكيل للقيام بامور الشركة ، والسفر باموالها ، وان يعطي من مال الشركة مضاربة ، وله عقد الاجارة ، والاستيجار لمقتضيات الشركة ، وله تأجيل الثمن ، والخط من الثمن لاجل العيب ، ونحو ذلك من مقتضيات التجارة وشؤون الشركة . ولكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ، لان الخلط اتلاف ، وليس له ان يشرك شخصاً آخر بدون اذن شرিকে (م ١٣٧٩) ، وليس لغير العاقد من الشركاء ان يرهن مال الشركة ، كما ان ليس له ان يرتهن لدين الشركة ، وليس لاحدهما ان يقضى دين الآخر . ولا ان يقرض من اموال الشركة (م ١٣٨٠) ، ولا ان يهب منها شيئاً بدون اذن الآخر . ولكن له ان يستقرض لان الاستقراض نافع للشركة ، وفيه معنى المبادلة التي هي من عمل التجارة ، الا انه اذا اهلك المقرض (بفتح الراء) بيد المستقرض ، فاقارده بالقرض الواقع لا يسرى على شرিকে بل لا بد لذلك من البينة على اثبات القرض او تصديق الشريك الثاني .

و — شركة العنان اما مطلقة ، وهي التي لم يذكر فيها تفويض الشريك في التصرف ولا تقييده ، واما مقيدة وهي التي قيد فيها احد الشريكين الآخر في التصرف بان نهائ عن بعض التصرفات اما مفوضة وهي التي فوض فيها احد الشريكين امور الشركة الى رأي الآخر . فاحكام النوع الاول هي ما تقدم في الفقرتين (رقم ١ - ورقم ٢ -) وهي المبحوث عنها في المواد (١٣٧٣ الى) المادة (١٣٨٠) .

واما المقيدة وهي المبحوث عنها في المادة (١٣٨٣) فحكمها ان ليس للشريك ان يخالف القيد ، فاذا قال له لا تبع نسيئة فباع ، نفذ البيع في حصته فقط وتوقف في حصة شريكه ، فان اجاز وكانت شروط الاجازة متوفرة نفذ البيع فيها ايضاً والا انسخ ، فان هلك المبيع قبل استيفاء الثمن ضمن العاقد حصة شريكه منه ، وكذلك لو قال له لا تذهب الى ديار اخري فذهب وباع فانه يضمن الخسار الذي يطرأ على حصة شريكه .

واما المفوضة ، وهي المبحوث عنها في المادة (١٣٨٢) فحكمها ان للشريك المفوض (بفتح الواو) ان يعمل كل ما هو من لوازم التجارة وتوابعها ، ولكن لا يتضمن ذلك الاذن بالامور التي تعد من قبيل الائتلاف ، او من قبيل التبرع ، كالهبة ، والاقتراض ، فلا بد لجواز مثل ذلك من اذن صريح ، الا ان له ان يكرم شيئاً زهيداً كقطعة سكر او نحوه ، فان مثل هذا شائع عرفاً .

واذا ذهب احد الشريكين الى ديار اخرى لاجل امور الشركة ، يأخذ مصرفه المعناد للكراء والطعام من مال الشركة (م ١٣٨١) فان كان في الشركة ربح يحسب المصروف من الربح ، والا فمن رأس المال . ولا يسري اقرار الشريك

على شريكه مطلقاً. فإذا أقر بدين في معاملات الشركة فإنه لا يسري على شريكه، بل إذا أقر بدين في معاملات تعاطاها للشركة وحده لزمه كل ما أقر به، وإن أقر بأن الدين لزم من عمل تعاطاه هو وشريكه، لزمه نصف ما أقر به ولا يسري على شريكه شيء، وإن أقر بأن الدين لزم من معاملة تعاطاها شريكه، فلا يلزم شيء لأنه أقر على الغير (م ١٣٨٤).

احكام شركة الاعمال العنانية :

تقدم تعريف شركة الاعمال ووضحته المادة (١٣٨٥) وثبتت انها عبارة عن عقد شركة على تقبل الاعمال، فالاجيران المشتركان، يعقدان الشركة على تعهدوازم العمل الذي يطلب من جانب المستأجرين، سواء كانت الشريكان متساويين او متفاضلين في ضمان العمل، أي سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً، او شرطاً ثلث العمل مثلاً لاحدهما وثلثيه للآخر. ولكن يشترط في هذه الشركة ثلاثة امور :

- ١ - ان يكرن العمل مشروعاً فلا يجوز في سرقة ونحوها.
 - ٢ - ان يكون قابلاً للتوكيل . فلا يجوز في احتطاب ونحوه .
 - ٣ - الا يشترط منع احد الشركاء من التقبل.
- واشترط بعض المجتهدين اتحاد صنعة الشركاء . وهو ليس بشرط عند الحنفية، والمجلة جارية على هذا .

واما احكام هذه الشركة : فهي اولاً : انه يجوز لكل واحد من الشركاء تقبل العمل وتعهده . وان يتقبل واحد والآخرين يعملون ، وان يتقبل احدهم

من الشركاء تقبل العمل وتعهده ، وان يتقبل واحد والآخرين يعملون ، وإن يتقبل احدهم ويجري قسما من العمل ، والآخر يكمله (م ١٣٨٦) .

ثانياً : ان كل واحد من الشريكين مثلاً وكيل الآخر في تقبل العمل ، فالعمل الذي يتقبله احدهما يكون إيفاءه لازماً عليه وعلى شريكه ايضاً ، إصالته بوكالة .

ثالثاً : شركة الاعمال العنانية من حيث ضمان العمل بحكم المفاوضة استحقاقاً ، فما يتقبله احد الشركاء من الاعمال ، فان المستأجران يطلب ايفاءه من اي الشركاء شاء ، وكل واحد من الشركاء يكون مجبوراً على ايفاء العمل عند المطالبة به ، وليس له أن يقول هذا العمل تقبله شريكي فأنا لا أخالطه (م ١٣٨٧) .

رابعاً : ان هذه الشركة بحكم المفاوضة من حيث اقتضاء الأجرة ، فلكل واحد من الشركاء أن يطالب المستأجر بتمام الأجرة ، وإذا دفع المستأجر الأجرة الى أى منهما بريء (م ١٣٨٨) وهذا الحكم إستحقاقى ايضاً كالحكم الذي قبله . وإلا فالقياس يقتضي ألا يطالب بالعمل إلا الشريك العاقد مع المستأجر وألا يطالب بالأجرة إلا هو ايضاً . لأن شركة الاعمال العنانية تتضمن الوكالة فقط . وإن حقوق العقد تعود للعاقد .

خامساً : لا يجبر أحد الشركاء على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات ، لأن المعقود عليه مطلق العمل فلا يجبر على أن يفى المتقبل العمل بنفسه ، اللهم إلا إذا شرط ذلك في العقد بين المستأجر والمتقبل (م ١٣٨٩ و ٥٧١) .

سادساً : إن الربح يقسم بين الشركاء حسب الشرط الذي اتفقوا عليه من

حيث التساوي او التفاضل وان كانوا متساوين في العمل (م ١٣٩٠، ١٣٣١) لكن إذا كان الشريكان مثلاً متفاوتين في اشتراط العمل والربح، وجعل اقلهما عملاً اكثرهما ربحاً فلا يجوز، لاداء ذلك الى ربح مالم يضمن، نعم إذا كانت الشركة قد عقدت على أن يكون ضمان صاحب العمل الأقل اكثر من ضمان صاحب العمل الاكثر، فانه يجوز أن يكون نصيب صاحب العمل الاقل في الربح أكثر من نصيب صاحب العمل الاكثر، لان هذه الزيادة بمقابلة الزيادة في الضمان.

سابعاً: الشريكان بضمان العمل يستحقان الاجرة، فاذا عمل احد الشريكين وحده، ولم يعمل الآخر لمرض أو لتفقيه في بلد آخر أو لغير ذلك، فان الربح يقسم بينهما على الوجه الذي شرطاه (م ١٣٩٢): اما إستحقاق الشريك العامل فظاهر واما إستحقاق غير العامل فبسبب ضمان العمل، لان الضمان نوع من العمل على ما مر في المادة (١٣٤٦).

ثامناً: اذا هلك المستأجر فيه او تعيب بدون صنع احد الشريكين، فلا ضمان على احدهما لان الاجبر أمين، وإن هلك او تعيب بفعل أحدهما سواء كان الفعل معتاداً او زائداً على المعتاد فانهما يضمنان بالاشتراك وللمستأجر أن يضمن أياً شاء منهما، ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان، فاذا كانا قد عقدا الشركة على تقبل الاعمال وتعهدها ثلثين وثلثاً يقسم الخسار أيضاً حصتين وحصه (م ١٣٩٣).

ويجوز عقد شركة الحمالين على النقل والعمل كما، يجوز أن يعقد إثنان منهما شركة بان يتقبلا الاعمال على ان الدكان من احدهما والآلات والادوات من الآخر، كما يجوز عقد الشركة هذه على ان يكون الدكان من واحد والعمل على

الآخر ، وكما تصح هذه الشركة على ان يكون من أحدهما فعل ومن الآخر حمل فيقسم الربح بينهما حسب ضمانهما (م ١٣٩٤ ، ١٣٩٥ ، ١٣٩٦ ، ١٣٩٧) اما لو عقدا الشركة على ايجار البغل وأجل فهي فاسدة وتكون اجرة أجل لصاحبه وأجرة البغل لصاحبه ، واذا كان قد اعان أحدهما الآخر في التحميل والنقل فله اجر مثله .

ويلاحظ انه اذا عمل شخص في صناعة هو وابنه او زوجته ، او اخوه ، او ابن اخيه فان الكسب يكون كله له ، وهؤلاء يعدون معينين له ، وذلك اذا توفرت ثلاثة شروط :

- ١ - ان يكون هؤلاء في عيال الشخص الصانع .
 - ٢ - ان يشتغلا سوية في صناعة واحدة .
 - ٣ - الا يكون بين هذا الشخص وهؤلاء او احدهم عقد شركة .
- فاذا نقص شرط من هذه الثلاثة ، لم يكن الربح كله لهذا الشخص . مثلا لو كان الاب نجاراً والابن حداداً يكون ربح كل واحد منهما له لا يشاركه الاخر فيه واذا فرض انهما كانا يجمعان ربحهما في محل واحد ولا يعلم مقدار ما كسبه كل واحد فان المجموع يكون مشتركا بينهما مناصفة . وكذلك الحكم اذا لم يكن في عياله . وكذلك اذا عقدا بينهما شركة ، فان الربح يقسم على ما سبق ذكره في احكام هذه الشركة اي شركة الاعمال . انظر المادة (١٣٩٨) .
- احكام شركة الوجوه العنانية :

لقد تقدم تعريفها ، وهي لا يشترط فيها التساوي بين الشركاء مثلاً في المال المشتري ، فكما يجوز أن يكون ما اخذه الشرى كان من المال بينهما على

المنافسة يجوز أيضاً ان يكون ثلثين وثلثاً ، وثلاثة ارباع وربعاً (م ١٨٩٩) .
وامستحقاق الربح فيها إنما هو بسبب الضمان (م ١٤٠٠) أي ضمان ثمن
الاشياء التي يشترونها للشركة ، حتى لو شرطوا كون الضمان على احدهما لاتصح
الشركة ويكون الربح كله للضامن وللثاني اجرة المثل ان عمل ، ومقدار ضمان كل واحد
من الثمن إنما هو بقدر حصته من المال المشتري (م ١٤٠١) لان الغرم بالغرم .
واما احكامها فهي : —

١ - ان الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكه كل واحد منهما فيما يشترياه ،
فلو اشترطا أن يكون بينهما انصافاً ، كان الربح كذلك ، وان اشترطا ان يكون
لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، كن الربح على هذه النسبة فلو اشترطا ان
تكون نسبة الربح مخالفة لنسبة الملك بطل الشرط وقسم الربح على حسب
الضمان ، لان كل واحد يضمن من مال الشركة بقدر ما يملكه فيها . فلا يجوز
لاحدهما ان يأخذ اكثر مما يضمن (م ١٤٠٢) فان الربح هنا مبني على ضمان
ثمن المال المشتري للشركة ، لا على المال ، ولا على العمل ، لذلك لا يعتبر
الشرط بخصوص الزيادة في الربح على القدر الذي يضمنه ، بخلاف الامر في
الشركة التي بني فيها الربح على العمل ، او على المال والعمل اذ يجز شرط الزيادة
في الربح فيها بناء على تقويم العمل بالتقويم .

٢ - يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال
المشتري سواء باسرا عقد الشراء بالانحداد او باشره أحدهما وحده . وكل شرط
خلاف ذلك لغو مثلاً اذا عقدا الشركة على النصفية بينهما في المال المشتري
يقسم الضرر والخسار ايضاً على التساوي وان عقدا الشركة على كون الحصة

ثلثين وثلثاً في المال المشتري يقسم الضرر والخسار ايضاً ثلثين وثلثاً سواء كانا قد اشترى المال سوية او اشتراه احدهما للشركة (م ١٤٠٣).

احكام شركة المفاوضة :-

- تقدم الكلام على تعريف شركة المفاوضة وشروطها واما احكامها فهي :-
- ١ - إن كل واحد من الشركاء وكيل وكفيل عن اصحابه . لان المساواة المشروطة في هذه الشركة لا تنحقق بدون كون كل واحد وكيلًا وكفيلًا عن سائر الشركاء . فالديون الناشئة عن المعاملات الجارية في الشركة يؤخذ بها كل واحد من الشركاء ، الا انه اذا توجهت اليمين على التعاقد فانه يخلف على البنات ، واذا توجهت الى غير التعاقد ، فانه يخلف على العلم (م ١٣٥٦).
 - ٢ - كما ينفذ اقرار احدهما في حق نفسه ، فانه ينفذ في حق شريكه ايضا ، فاذا اقر احدهما بدين فللمقر له ان يطالب ايها شاء ، وحقوق العقد تعود للشركاء كلهم فما باعه احدهم يجوز رده على الآخر بالعيب . وما اشتراه احدهم يجوز للآخر رده بالعيب . وكذلك الاقالة (م ١٣٥٦).
 - ٣ - اذا وجب على احد الشركاء دين بسبب شيء يصبح الاشتراك فيه كالشراء والاستعجار والاستقراض كان على الجميع ، وان كان بسبب لا يصح الاشتراك فيه كالهمم والنفقة و بدل الخلع ، والصلح عن دم العمد فلا يلزم به الآخر ، لان ما يقابله ، لا يصح الاشتراك فيه .
 - ٤ - المأكولات والملبوسات وسائر الخوايج الضرورية التي يأخذها احد المفاوضين لنفسه واهله وعياله ، تكون له خاصة لاحق لشريكه فيها ، لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن هذه الاشياء بحسب الكفالة (م ١٣٥٧).

٥- كل ما جاز من التصرفات للشركاء في شركة العنان ، على ما مر تفصيله ، يجوز ايضا للمفاوضين ولا عكس ، فان احد المفاوضين له ان يشارك آخر عنانا وما دونها ، ولكن ليس لشريك العنان ان يشارك عنانا بل ما دونها ، كالمضاربة (م ١٣٦٤) . وما لا يجوز في العنان من التبرعات كالهبة والافراض لا يجوز في المفاوضة .

انتهاء الشركة

تدفع الشركة بأنواعها وتنتهي باحد امور :-

١- بفسخ احد الشركاء ولو بدون رضا الآخر لان عقد الشركة من العقود غير اللازمة ، لكن علم الآخرين بالفسخ شرط ، فلا تعتبر منفسخة ما لم يكن فسخ احدهما معلوما للآخرين (م ١٣٥٣) .

(٢) ان يخرج احد الشريكين عن اهلية التصرف مثلاً بان يجن جنونا مطبقاً او ان يحجر عليه ، فاذا جن احد الشركاء جنونا مطبقاً - وهو الجنون الذي يستمر في المراً شهراً كاملاً بلا افاقة - فان الشركة تنفسخ في حقه بعد تمام مدة الاطباق . فاذا عمل الشريك الاخر في مال الشركة كان غاصباً بالنظر الى حصة الجنون فيكون الربح له قضاء والخسار عليه اي ان الربح والخسار ينسب الى الشريك العامل وكذلك الامر اذا حجر على بعض الشركاء .

٣- بموت احد الشركاء . فان الشركة تنفسخ في حقه من حين موته ولو لم يعلم الشركاء بموته ، لان العزل عن الوكالة هنا حكمي ، ولا يشترط العلم في العزل الحكمي لانعدام ذمة الموكل بالموت ، (١٣٥٢) .

٤ — بهلاك رأس المال كله ، لان النقود في رأس مال الشركة تنعين بالتعيين لأن رأس المال في الشركة مقصود بالذات فاذا هلك رأس المال بطلت الشركة والنقود تنعين في الهبة والوصية ايضاً . لان نفس الموهوب والموصى به مقصود بالذات ، ولا يخفى ما يتفرع على ذلك من الحكم في الهبة والوصية .

٥ — بهلاك رأس مال احد الشريكين قبل الخلط وقبل الشراء ، لأن رضا كل واحد من الشركاء بان يشاركه الآخرون في رأس ماله انما كان بمقابلة اشتراكه هو ايضاً في رؤوس اموالهم . فاذا انعدم اشتراكه في المال الهالك انعدم رضاه ايضاً بان يشاركه في رأس ماله الشريك الذي هلك ماله . اما لو هلك رأس مال احد الشركاء بعد خلط رؤوس الاموال فاذا هلك من المخلوط شيء فانه لا يخل بالشركة انظر المادة (١٠٦١) .

وكذلك لو اشترى احد الشركاء بعد العقد شيئاً برأس ماله ، ثم هلك رأس مال الآخر فلا يخل ذلك بالشركة ، لان الشراء وقع لحساب الشركة القائمة ، فيكون المال المشتري والربح والخسارة فيه على ما هو معروف في احكام الشركة الا ان الشريك الذي اشترى الشيء المذكور بماله يرجع على شركائه بمقدار انصباهم من ثمنه .

٦ — بانكار احد الشركاء الشركة ، فاذا انكر احد الشركاء الشركة تعدد منفعه فاذا اثبت الشريك الثاني الشركة المدعي بها ثم ادعى المنكر ان رأس المال قد هلك بيده فانه يضمن حصة شريكه ، وليس له ان يتمسك بانه امين . وسبب ذلك ان الامين اذا انكر الامانة صار بحكم الغاصب انظر المادة (٩٠١) .

٧ — باقتضاء مدة الشركة ، اذا كانت الشركة موقته .

والسبب في انفساخ الشركة في الصور المذكورة هو زوال معني الوكالة المبينة عليها الشركة .

واذا انفسخت الشركة واقسم الشركاء املاك الشركة على ان تكون النقود الموجودة لواحد والامتنعة لواحد والديون لواحد او ان تكون النقود لواحد والامتنعة والديون لواحد ، لانصح القسمة ، بل كلما يقبض من الديون يكون مشتركاً وما يبقى من الدين في الذمم يكون مشتركاً ايضاً . لان القسمة افراز الحصاص ، وذلك لا ينصور الا في الاعيان المشتركة لان الدين وصف في الذمة لا يقبل الافراز . انظر المادة (١١٢٣) والمادة ١٠٩١ .

ضمان الشريك:

الشريك امين لا يضمن اذا هلك مال الشركة او بعضه في يده او تعيب ، بلا تعدد منه ولا تقصير . لكن اذا اخذ شيئاً من اموال الشركة للانجار به ثم مات مجهلاً لحصاص شركائه فان لهم ان يستوفوا حصصهم من تركته سواء كانت حصصهم في عين اخذها الشريك ومات مجهلاً لها او في دين كالوابع شيئاً من اموال الشركة بالدين ومات مجهلاً له ، بان لم يبين المدينين الذين في ذممهم الدين المذكور . انظر المادة (٨٠١) .

— المضاربة —

ينحصر البحث في المضاربة في المواضع الآتية :-

١ - تعريف المضاربة

٢ - ركنها وصفها

٣ - شروطها

٤ - حكمها

٥ - الاختلاف بين رب المال والمضارب

٦ - ما يبطل به عقد المضاربة

تعريف المضاربة :

هي نوع شركة في الربح على ان يكون رأس المال من طرف والعمل من طرف فهي تتحقق بثلاثة أمور :

١ - ان يكون رأس المال من طرف سواء كان شخصاً واحداً أو اكثر من واحد .

٢ - ان يكون العمل من طرف سواء كان شخصاً واحداً أو اكثر من واحد .

٣ - ان يكون اشتراك الطرفين في الربح على نسبة يتفق عليها ، فإذا كان الربح كله للطرف المامل كانت المعاملة فرضاً ، وإذا شرط الربح كله لرب المال ، كانت المعاملة استقبضاعاً . وتسمى المضاربة مقارضة أيضاً وقراضاً . ويقال لصاحب رأس المال : رب المال . وللمامل : المضارب . (م ١٤٠٤)

ركن المضاربة .

بما ان المضاربة عقد من العقود ، فركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها فالايجاب يكون بلفظ المضاربة او المقارضة ، او المعاملة ، او ما يؤدي معاني هذه الالفاظ ، بان يقول خذ هذا المال مضاربة على ان الربح بيننا او على ان لك ثلث الربح او رابعه ويقول المضارب قبلت ، او اخذت او رضيت او نحو ذلك ، وكذلك اذا قال رب المال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق

الله فهو بيننا ، وقال المضارب قبلت لان المعنى المقصود من العقد قد حصل بهذه العبارة . (م ١٤٠٥) .

اقسام المضاربة :

هي قسمان : مطلقة ومقيدة : (م ١٤٠٦)

المضاربة المطلقة : هي العارية من القيد المفيد ، أي التي لم تقيد بزمان ، ولا مكان ، ولا نوع تجارة ، ولا بمنافع معينة ، ولا ببائع معين ، ولا بمشتر معين .

المضاربة المقيدة : هي التي قيدت بشئ مما تقدم كان يقول رب المال اعمل في الوقت الفلاني ، أو في المكان الفلاني ، أو اشتر الاموال الفلانية ، أو عامل فلاناً وفلاناً ، أو عامل أهالي البلدة الفلانية (م ١٤٠٧) . ولكن المعتبر في التقييد ، هو القيد المفيد . فان القيود ثلاثة :

أ - القيد المفيد من كل وجه ، وهذا يجب مراعاته . أنظر المادة (١٤٢٠) .

ب - القيد غير المفيد . وهذا لا يجب مراعاته على المضارب وله مخالفته ، ولا تعتبر المضاربة مقيدة به ، كأن ينهي رب المال المضارب أن يبيع بالنقد ، فهذا قيد لا فائدة منه ، فالمضارب أن يبيع بالنقد وغيره ، ولا يراعي تقيد رب المال .

ج - القيد المفيد في الجملة . كأن يقول رب المال للمضارب اعمل في السوق الفلانية ، ففي مثل هذا القيد إذا نهى رب المال عن مخالفة القيد لزم على المضارب مراعاته ، كأن يقول رب المال : اعمل في السوق الفلانية ولا

تعمل في غيرها . أما إذا لم ينه عن مخالفته جاز للمضارب عدم مراعاة القيد .
كان يقول رب المال خذ هذا المال واعمل به في السوق الغلانية والربح بيننا
ويقول المضارب قبلت . فللمضارب أن يعمل في السوق المذكورة وفي غيرها .

شروط المضاربة :

يشترط لصحة المضاربة ما يأتي :

١ — أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة ، (م ١٤٠٨) لان
المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل . فيلزم أن يكون رب
المال أهلاً للتصرف بالبيع والشراء ، وأن يكون المضارب عاقلاً مميزاً .

٢ — أن يكون رأس المال من قبيل الأتمان (م ١٤٠٩) على ما مر في
بحث الشركة ، لان المضاربة عند حصول الربح شركة ، فيشترط فيها ما
يشترط في رأس مال الشركة فلا تصح المضاربة على أن يكون العروض أو
العقار أو الدين في الذمم رأس مال ، اللهم إلا إذا دفع رب المال عروضاً أو
عقاراً للمضارب على أن يديعه ، ثم يعمل بثمنه مضاربة ، لان المضارب في
هذه الصورة يكون وكيلًا ببيع العروض والعقار والمضاربة تكون مضافة الى
المستقبل أي بعد أن يتحول العروض أو العقار الى النقد . وكذلك إذا قال
شخص لآخر اقض الدين الذي لي بذمة فلان وقدره كذا درهما واعمل به
مضاربة ، فانه يصح لان المضاربة تنعقد مضافة الى المستقبل أي الى أن
يقبض بدل الدين . فيكون المضارب اولاً وكيلًا بقبض الدين وبعد القبض
تنعقد المضاربة على رأس مال هو نقد (م ١٤٠٩) .

٣ — أن يكون رأس المال معلوماً ، (م ١٤١٠) لان جهالة رأس المال

تؤدي الى جهالة الربح ، وكون الربح معلوماً شرط فيجب أن يكون رأس المال معلوماً إذاً ، وان يسلم الى المضارب (م ١٤١٠) لانه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم ، وهو النخلة ، كالوديعة ، ولان المضاربة تنعقد على ان رأس المال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج رأس المال من يد صاحبه الى يد المضارب . فلا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على رأس المال ، حتى لو شرط العمل على رب المال أيضاً واشتغل بقسم من رأس المال الذي في يده لا تصح المضاربة . نعم يجوز للمضارب أن يدفع الى رب المال شيئاً من أموال المضاربة لبيعه ، أو ليشتري به ، على سبيل المعاونة له .

٤ — أن تكون حصة كل من الطرفين من الربح معلومة عند العقد ، جزئاً شائعاً ، (م ١٤١١) . أما كونها معلومة فلان جهالة الحصة تؤدي الى النزاع ، وأما كونها شائعة فلان تعيين قدر معلوم قد يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز الا يحصل من الربح الا ذلك القدر المعين أو أقل منه . وإذا دفع أحد الآخر رأس مال على انه ان عمل به في بغداد فله ثلث الربح ، وإذا عمل به في البصرة مثلاً فله نصف الربح ، جاز لان الحصة معلومة مشاعة ، ويتبع في تقسيم الربح الشرط حسب العمل الواقع .

٥ — ان تكون الحصة للمضارب ، من الربح ، حتى لو شرط أن تعطى له حصة من رأس المال أو ان تكون حصته قسماً من رأس مال وقسماً من الربح تكون المضاربة فاسدة .

ويلاحظ ان كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو جهالة الحصة من

الربح أو كان يتضمن عمل رب المال مع المضارب فإنه يفسد المضاربة ، والا
فالشرط لغو والعقد صحيح . مثلاً ان وقوع التردد في الربح أو أن يعطى أحد
الطرفين مقداراً مقطوعاً (م ١٤١٢) يفسد العقد لان في التردد جهالة وفي
تعيين المقدار المقطوع . قطعاً للشركة في الربح ، لكن لو شرط كون الخسار
على الطرفين فالشرط لغو والعقد صحيح

احكام المضاربة :

المضاربة اما صحيحة واما فاسدة . واسكل منهما احكام .

احكام المضاربة الصحيحة :

١ - ان رأس المال قبل أن يشتري به المضارب به شيئاً امانة في يده
بمنزلة الوديعة ، لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة . فاذا اشترى
به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، لانه تصرف في مال الغير بامرّه وهو
معنى تصرف الوكيل ، فيكون شراؤه على المعروف وهو ان يكون بمثل القيمة
او بالغبن اليسير معتبر كالوكيل بالشراء ، ويكون بيعه ولو بالغبن الفاحش معتبر
ايضاً كالوكيل بالبيع ، وأما شراؤه بالغبن الفاحش فيقع له لا للمضاربة كالوكيل
اذا اشترى بالغبن الفاحش . والبيع أو الشراء اذا وقع فاسداً فهو للمضاربة
أيضاً ولا يعتبر المضارب مخالفاً لان الوكيل بالبيع أو الشراء مطلقاً بملك الصحيح
والفاسد . وبعد حصول الربح يكون شريكاً فيه بالنسبة المعينة عند العقد
(م ١٤١٣ و ١٤٢٥) .

٢ - للمضارب في المضاربة المطلقة ان يعمل كل ما هو من لوازم المضاربة
فله أن يبيع ولو بالغبن الفاحش ، وان يشتري بضمن المثل أو الغبن اليسير ،

وقبول الحوالة بضمن المال الذي باعه ، وتوكيل شخص عنه بالبيع والشراء ،
 وايداع مال المضاربة ، والابضاع ، والرهن والارتمان والايجار والاستعجار ،
 وان يسافر الى بلدة اخرى لاجل البيع والشراء ، وتكون مصاريف السفر بالقدر
 المعروف من مال المضاربة محسوبة على الربح ان حصل ربح (م ١٤١٨) ، وان
 يوكّل عنه وكيلًا بالخصوصة ، وان يحط شيئًا يسيرا من ثمن المبيع اذا ظهر به
 عيب (م ١٤١٤) *

وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله إلا في حالتين :

الاولى اذا كانت عرف البلد جاريًا يخلط المضارب ماله بمال المضاربة .
الثانية اذا كان رب المال قد فوض المضارب ان يعمل برأيه (م ١٤١٥) و
 (١٤١٦) . واذا خلط المضارب مال المضاربة بماله ، فان الربح يقسم اولًا على رأس
 الخلوطين فما يصيب رأس مال المضاربة يقسم بين الطرفين وما يصيب المال
 العائد للمضارب يأخذه وحده (م ١٤١٧) * وليس له ان يضارب بالمال لأن
 من ملك تصرفًا ليس له ان يملكه أو يملك ارق منه فليس له ان يعقد شركة *
 ولكن اذا فوض رب المال المضارب بان يعمل برأيه فان له أن يعقد مضاربة
 مع غيره بمال المضاربة (م ١٤١٦) لكن على شرط ان تعلم حصة رب المال
 من الربح ، فاذا كان نصف الربح لرب المال وضارب المضارب على ان يكون
 لمضاربه الثلث اخذ رب المال النصف ومضارب المضارب الثلث وبقي سدس
 للمضارب واذا كان قد ضارب على النصف فيأخذ رب المال النصف ويأخذ مضارب
 المضارب النصف ولا يبقى شيء للمضارب * وليس له ان يقرض شيئًا من اموال
 المضاربة ، ولا ان يتبرع بشيء منها بدون إذن رب المال *

وليس له أن يشتري المضاربة نسيئة زيادة على رأس المال ، الا اذا اذن له رب المال بذلك . فان اشترى بلا اذن منه كان ما اشتراه له ، عليه خساره وله ربحه .
 واذا كان رب المال قد اذن له بذلك يكون ما اشتراه مشتركاً بينهما شركة وجوه
 (م ١٤١٨) فيقسم ربحه حسب ضمان كل واحد منهما للعالم المشتري . مثلاً
 إذا كان رأس المال مائة دينار واشترى المضارب باذن رب المال أموالاً بمائة
 وخمسين ديناراً ، فربح ثلثي المال يقسم بينهما حسب النسبة المتفق عليها في
 العقد ، وربح ثلث المال يقسم عليهما بنسبة ضمان كل واحد لمقدار من الثلث .
 والخسار الذي يصيب ثلثي المال يكون كله على رب المال ، والخسار الذي
 يصيب ثلث المال يكون على الطرفين بنسبة ضمان كل واحد منهما للمقدار من
 الثلث . وكذلك لو اشترى برأس مال المضاربة كله أموالاً فاستأجر لنقلها
 أو اصلاحها مثلاً بلا اذن من رب المال كان متبرعاً ، لانه لم يبق في يده شيء
 من رأس المال ، فصار بالاستئجار مستديناً على المضاربة وهو ليس له ذلك ،
 فصار عاقداً لنفسه متبرعاً لاجل مال غيره .

٣ - على المضارب في المضاربة المقيدة أن يقيم القيد مطلقاً إذا كان مفيداً
 (م ١٤٢٠) . لان الاصل في الشروط اعتبارها قدر الامكان ، واذا خالف
 الشرط كان غاصباً فيكون الخسار عليه والربح له ، واذا تلف مال المضاربة
 يسكون ضامناً (م ١٤٢١) الا اذا عاد الى الوفاق قبل التلف . اما إذا لم
 يكن مفيداً فيلغو القيد وتعتبر المضاربة مطلقة . مثلاً إذا دفع أحد لآخر رأس
 مال على أن يعمل به في بغداد ، فليس له ان يعمل به في الحلة ، لان البلاد

تختلف رخصاً وغلاءً وتختلف في قوة البيع والشراء ، وإذا دفع رأس المال اليه على أن يبيع بالدرهم فلا عبرة بالقييد ، فله أن يبيع بالدرهم والدنانير لعدم الفائدة من القيد المذكور . وإذا كان القيد قد جاء بصورة النهي فليس المضارب مخالفتة ولو كانت الفائدة محتملة . كما لو قال له على الاتبيع في سوق الميدان (م ١٤٢٢) أما إذا لم يكن من النهي فائدة ما فلا عبرة به كما لو قال له على الاتبيع حالا ، فإن له أن يبيع حالا ومؤجلاً .

٤ — الخسار كله على رب المال وإذا شرط كونه مشتركاً فالشرط لغو (م ١٤٢٨) ، لأن رأس مال ملكه وما العامل الا وكيل له أجرة من الربح ، فلا وجه لتحمله شيئاً من الخسار وكذلك إذا تلف رأس المال أو شيء منه (م ١٤٧٢) بلامتد المضارب أو تقصيره أو مخالفتة ، على ما سبق تفصيله .

حكم المضاربة الفاسدة

إذا نقص شرط من الشروط السالفة الذكر فالمضاربة فاسدة . وحكمها انه ليس للمضارب ان يعمل شيئاً مما تقدم ذكره من الصلاحيات ، ولا يستحق شيئاً من الربح وانما له اجر المثل على الا يزيد على مقدار حصته من الربح المشروط في العقد ، كما انه اذا لم يكن قد حصل في المضاربة الفاسدة ربح ، فليس للمضارب شيء مطلقاً من كل وجه ، لان المضاربة الصحيحة اذا لم يحصل فيها ربح لا يستحق المضارب شيئاً ، وهذا في الفاسدة من باب اولى (م ١٤٢٦) .

ما يبطل به عقد المضاربة :

يبطل عقد المضاربة وينتهي حكمه باحد الاحوال الآتية :

١ - بالفسخ . ولكل واحد من الطرفين الفسخ لأمرها من العقود
غير اللازمة .

٢ - ينهي رب المال المضارب عن التصرف ، أي بعزله (م ١٤٢٤) .
لكن يشترط في الصورتين علم الطرف الثاني بالفسخ وعلم المضارب بالنهي ،
وان يكون مال المضاربة نقوداً عند الفسخ أو النهي ، فان كان متاعاً ، كان
للمضارب بيعها بالنقد . وذلك لاجل ان يعرف الربح من الخسارة ، وان كان
بعضه نقداً وبعضه متاعاً وقت الفسخ أو النهي فليس المضارب ان يتصرف
بالنقد ولكن له ان يبيع المتاع ليحوله الى نقد .

٣ - بموت أحد الطرفين أو خروجه عن اهلية التصرف بالجنون المطبق .
أو بالحجر عليه (م ١٤٢٩) لان المضاربة تشمل الوكالة ، والوكالة تبطل بموت
الوكيل أو الموكل . وإذا مات المضارب بمجهلاً أموال المضاربة أو ديونها فالضمان
في تركته (م ١٤٣٠) وانظر المادة (٨٠١) فان حكمها جار في هذه المسألة .

٤ - بانتهاؤ المدة اذا كانت المضاربة موقته بوقت (م ١٤٢٣) .

٥ - بهلاك رأس المال قبل التصرف به .

وإذا انتهى عقد المضاربة وكان فيها ديون في ذمم الناس ، فان كان فيها ربح
فان المضارب يجبر على تحصيلها لانه اجبر قد عمل باجرة ، وهي حصته من الربح ،
والاجبر مجبور على ايفاء العمل المأجور على ايفائه ، وتحصيل الديون من تمام
عمل المضاربة ، وان لم يكن في المضاربة ربح فلا اجبار على المضارب بتحصيل
الديون بل عليه ان يوكل رب المال على تحصيلها .

اختلاف المضاب ورب المال

إذا ادعى المضارب العموم والاطلاق في المضاربة ، وادعى رب المال التقييد ، فالقول قول المضارب وعلى الثاني انبيئة ، لان العموم والاطلاق هو الاصل والظاهر في المضاربة . وإذا اختلفا في مقدار ما يستحقه المضارب من الربح فالقول قول رب المال ، لان المضارب في هذه الصورة يدعي زيادة الاجرة . وإذا اختلفا في مقدار رأس المال المتبوض في يد المضارب فالقول قول المضارب ، لان القول قول القابض . مثلا إذا كان بيد المضارب بعد بيع أموال المضاربة ألف دينار ، فادعى رب المال ان رأس المال ألف ، فلا ربح ، او انه تسعمائة والربح مائة فقط . وادعى المضارب ان رأس المال ستمائة ، وان الباقي ربح فالقول قوله .

فإنه لا بد من أن يكون المزارع قد أذن له المزارع في أن يزرع في أرضه ما يشاء من غير أن يحد من ذلك المزارع.

المزارعة

تعريف المزارعة

ينحصر البحث في المزارعة بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريفها وركناتها وصفتها
- ٢ - شروطها
- ٣ - أحكامها
- ٤ - انتهاءها

تعريف المزارعة

تعريف المزارعة

هي عقد يرد على الزرع ببعض ما يخرج منه . أي الشراكة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف ، والحاصلات تقسم بين الطرفين (م ١٤٣١) سواء كان البذر من صاحب الأرض أو من العامل ، والمراد من العمل هو العمل المتقضى للزراعة قبل ادراك الزرع ، أما ما يلزم بعد الادراك كالخصاد والدياس فهو على الطرفين ، إلا إذا اشترط كونه على المزارع ، فإنه حينئذ يكون عليه على الرأي الصحيح .

ركن المزارعة

ركناتها الإيجاب والقبول ، (م ١٤٣٢) وليس لها الفاظ مخصوصة بل كل ما دل على التراضي بزرع شخص أرض الآخر يجزئ من الخارج يسمى إيجاباً وقبولاً ، كان يقول رب الأرض اعطيتك هذه الأرض لتزرعها بجرة مما يخرج منها قدره النصف مثلاً فيقول العامل قبلت . ولا تتحقق المزارعة إلا بأربعة

أمور: أرض ، وعمل ، وبذر ، وآلات ، وتنعقد باللفظ والكتابة وبالإشارة المعروفة للآخرس .

صفة عقد المزارعة

هي لازمة بالنظر لمن ليس عليه البذر ، فلا يملك فسخها بدون رضا الآخر الا ببذر ، وهي غير لازمة على من عليه البذر قبل القاء بذره في الارض ، فيملك فسخها بلا عذر ، لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو البذر بالقائه في الارض فيملك فيها ولا يدري ان كان ينبت اولاً ، وليس كذلك من لا بذره . أما بعد القائه فلا يملك الفسخ .

شروط المزارعة هي :

- ١ — أن يكون كل من العاقدین عاقلًا . وأما البلوغ فليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة (م ١٤٣٣) ويكون عقده نافذاً أما اذا كان غير مأذون فيتوقف على الاجازة . وهذا الشرط للانعقاد .
- ٢ — ان تكون الارض معلومة صالحة للزراعة في مدة المزارعة ، فلو كانت سبخة او نزة لا تصح ، لأنها مستأجرة ببعض ما يخرج منها ، واجارة ما ذكر للزرع فيه لا تصح . اما اذا كانت صالحة ولا يمكن زراعتها وقت العقد لعارض كانهطاع الماء مؤقتاً صححت المزارعة (م ١٤٣٦)
- ٣ — التخلية بين العامل وبين الارض ، ليتمكن من العمل بلا مانع (م ١٤٣٦) حتى لو اشترط ان يكون العمل على رب الارض والآلات والبذر على العامل ، لا تصح ، لعدم التخلية .
- ٤ — تعيين ما يزرع او تعميمه (م ١٤٣٤) ان كان البذر من العامل ،

لان بعض المزرعات يضر الارض و بعضها يفيدها ، مع تفاوت كبير في مقدار الضرر والافادة ، فلا بد من بيانه .

- ٥ - بيان من عليه البذر ، حسبما للتزاع ، لانه كما يصح ان يكون من العامل ، يصح ان يكون من رب الارض ، فعدم البيان يفضي الى المنازعة .
- ٦ - بيان حصة من ليس عليه البذر ، من الحاصل ، وان تكون الحصة جزءاً شائعاً (م ١٤٣٥) . واذا بينت حصة رب البذر كفى ، لان نصيب الآخر يكون معلوماً حينئذ .

اما بيان المدة فليس بشرط لجريان العرف بذلك فاذا لم يبين مدة فان المزارعة تقع على اول زرع يخرج .

واذا فقد شرط من الشروط كانت المزارعة فاسدة (م ١٤٣٧)

أحكام المزارعة :

المزارعة اذا استوفت شروطها صححت فيترتب عليها :

- ١ - ملك العامل الانتفاع بالعمل في الحال والشركة في الخارج من الارض في المالك . فهي في معنى الاجارة والشركة . ولهذا قيل انها اجارة ابتداء ، شركة انتهاء - والصحيح انها عقد قائم بذاته له حكمه ، لا هو اجارة ولا هو شركة . بل هو عقد اسمه .. المزارعة - له احكام خاصة كسائر العقود المحمية ،
- ٢ - ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج اليه الزرع لاصلاحه وتماهه ففى المزارع ، وكل ما كان من باب النفقة على الزرع ، فعليهما على قدر انصباهما كالسماد واجرة الآلات الرافعة للمياه ، لان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع .

٣ — ان يكون الخارج بينهما حسب الاتفاق (م ١٤٣٨) فان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لاحدهما قبل الآخر .

٤ — اذا زاد احدهما للآخر شيئاً عن المقدار المتفق عليه فان كان ذلك قبل نضج الزرع صح ، سواء صدر من العامل او من رب الارض ، وان كان بعد نضج الزرع فان كانت الزيادة من صاحب البذر ، لا تصح والخارج بينهما حسب الاتفاق السابق ، وان كانت ممن لا بذره له صحت ، والاصل في ذلك انه اذا كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء عقد المزارعة عليه جازت الزيادة ، وان كان بحال لا يجوز ابتداء العقد عليه لا تجوز الزيادة ، والمزارعة لا تجوز على زرع بعد نضجه ، لان العمل لا يؤثر فيه بالنماء .

اما حكم المزارعة اذا فسدت ، فان المحصول يكون كله لصاحب البذر ، لانه تمام ملكه فان كان صاحبه هو العامل فعليه اجر مثل الارض ، وان كان هو رب الارض ، فعليه اجرة العامل . وتجب الاجرة بزرع الارض وان لم يخرج شيء ، لان الواجب في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل ، وانعدام الخارج لا يمنع وجوب الاجرة في الذمة . بخلاف المزارعة الصحيحة فان الواجب للعامل حصته من الحاصل ولم يحصل شيء ، فلا شيء له .

انتهاء المزارعة

تنتهي المزارعة بامور :

١ — بفسخ صاحب البذر كما تمتناعه عن المضي في العقد ، قبل ابذار البذر

٢ — بانقضاء مدة المزارعة :

٣ — بموت احد المتعاقدين اذا لم يكن الزرع لم يزل غير ناضج .
 ٤ — بفسخها لعذر اضطراري ، فان المزارعة كالأجارة يجوز فسخها بالأعذار
 كما اذا اقتضى بيع الارض لاداء دين على صاحب الارض لا وفاء له الا من ثمن
 الارض ، وكما لو عجز العامل عن العمل لمرض ، وكما لو اضطر المزارع الى السفر ،
 او اضطر الى تبديل حرفته لان من الحرف مالا يغني عن جوع
 واذا انتهت المزارعة بالفسخ أو بغيره من الوجوه ، فلا يخلو الحال من ثلاثة
 وجوه :

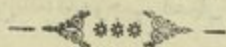
الاول ان تنقضي قبل الزراعة ، فلا شيء حينئذ للعامل وان حرث الارض
 وحفر الانهار ، وقيل على صاحب الارض ديانة ان يرضى العامل فيها اذا امتنع
 عن المضي في العقد قبل ابدار البذر . وارى ان القواعد الفقهية تقتضي بتضمن
 صاحب الارض حينئذ ، لانه بفسخه العقد بعد ان قام العامل بالحرث ونحوه
 يكون فدغره . والفرس ضمن العقد موجب للضمان .

الثاني : ان تنقضي والزرع مستحق للحصاد فتسلم الارض الى صاحبها
 فوراً ، العامل يأخذ نصيبه من الحاصل .

الثالث : ان يكون الزرع لم يستحصد فان الزرع يبقى الى ان ينضج ، وعلى
 العامل اجرة مثل الارض بنسبة حصته من الزرع

ولا تفسخ المزارعة مطلقاً بموت احد المتعاقدين اذا كان الزرع غير ناضج
 بل يبقى المزارعة على حالها فاذا مات صاحب الارض فالفلاح يداوم على العمل
 الى ان يدرك الزرع وليس لوارثه ان يمنعه . واذا مات الفلاح فورثته مخيرون

بين ان يستمروا على عقد ايهم فتعتبر المزارعة باقية ، فليس لصاحب الارض
 حينئذ ان يجبرهم على اخلاء الارض (م ١٤٤٠) وبين الا يستمروا على عقد ايهم
 وحينئذ يكون الزرع القائم مشتركا بينهم وبين صاحب الارض وعندئذ اما ان
 يقتسموا الزرع بالحصص واما ان يعطيهم صاحب الارض ، قدر حصتهم من الزرع
 البقل ، واما ان ينفق على الزرع من ماله الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم
 بحصتهم ، لان في هذا رعاية للجائنين •



المساقاة

الكلام في المساقاة ينحصر في المواضع الآتية :

١ - تعريفها ، وأركانها ، وصفها

٢ - شروطها

٣ - أحكامها

٤ - أفتاؤها

تعريف المساقاة

هي نوع شركة على أن يكون اشجار من طرف ، وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمرة بينهما (م ١٤٤١) . وبعبارة أخرى هي اصلاح الشجر بجزء مما يخرج من ثمره . ويراد من الشجر كل ما غرس ليبقى في الارض سنة فأكثر من كل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة ، سواء كان مثمر أم غير مثمر ، ويشمل هذا السكروم والرطاب وأصول الباذنجان ونحوه ، وتكون المساقاة على غير المثمر في نظير ما يأخذه المساق من السعف والخطب ونحوها .

وتجوز عند المالكية في الاشجار والخضراوات ونحوها ، حتى في دود القز . ثم ان عقد المساقاة انما يصح على الاشجار التي هي محتاجة الى التربية والعمل للحصول على الثمرة ، فلا تصح المساقاة على اشجار أدرك ثمرها ، بل تكون فاسدة ، لانا لو صححناها لاقتضى أن يستحق العامل من ثمرة الاشجار بلا سبب .

ثم ان انتربية والعمل في الاشجار على ثلاثة أقسام :

- ١ — العمل اللازم لتربية الثمرة قبل ادراكها وهو على العامل حتما .
- ٢ — العمل المتقضي للاشجار كشكر يرب النخل مثلا ، وهذا يكون على المتعاقدين إلا إذا شرط كونه على العامل .
- ٣ — العمل اللازم بعد ادراك الثمرة وقسمتها وهذا يكون على الطرفين كل واحد يقوم بما يخص حصته .

ركن المساقاة

ركنها الاجاب والقبول ، وليس لها الفاظ مخصوصة فاذا قال صاحب الاشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على أن تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل تنعقد المساقاة (م ١٤٤٢) وتنعقد بالكتابة ، وإشارة الآخرس ، كسائر العقود .

صفة عقد المساقاة

هو من العقود اللازمة ، فاذا امتنع أحد المتعاقدين بعد تمام العقد ، اجبر على الوفاء به . وبهذا تفترق المساقاة عن المزارعة ، فان المزارعة غير لازمة على رب البذر قبل القاء بذره على ما سبق بيانه .

شروط المساقاة هي :

- ١ — أن يكون العاقدان عاقلين مميزين (م ١٤٤٣) وأما البلوغ فليس بشرط .
- ٢ — أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة مما يزيد العمل في الثمرة ، فان كان المدفوع بخلافه بسر قد تنهى عظمه فالعقد فاسد لانه إذا

تنتهي عظمه فانه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة .
 ٣ - أن يكون الخارج لها ، فلو شرط ان يكون لاحدهما فسدت ، لزوال الشركة .

٤ تكون حصة كل واحد منهما من الخارج مشاعة معلومة القدر (م ١٤٤٤) .

٥ - أن يكون الشجر المعقود عليه معلوماً ، وان يسلم الى العامل (م ١٤٤٥) لان الترتيب لا يمكن بدون التسليم . والمراد من التسليم هو تخلي رب الاشجار الى العامل ، حتى لو شرط العمل عليهما فسدت .

ولا يشترط بيان المدة لان وقت الثمر معلوم ، والتفاوت الواقع قليل ، فاذا لم تبين مدة يقع العقد على اول ثمرة تخرج في اول السنة . نعم إذا كانت الاشجار لم تثمر واقتضى اعطاؤها بالمساقاة ، فانه يشترط بيان المدة فاذا لم يبين المدة يفسد العقد ، لان الأثمار في مثل ذلك يتفاوت تفاوتاً فاحشاً حسب قوة الارض وضعفها ، فلا يمكن صرفه لاول ثمرة تخرج منها . وكذلك تفسد لو عيئت مدة لا يمكن حصول الأثمار فيها . أما لو عيئت مدة تتردد بين حصول الأثمار فيها وعدمه ، فالعقد صحيح لاحتمال الأثمار . واذا عيئت مدة وبرز فيها بعض الثمر ثم برز بعض الثمر بعد انقضاء المدة ، فالعامل يكون شريكاً فيها برز فقط . أما إذا لم يبرز شيء طول المدة فالعقد فاسد للعامل أجر المثل .

أحكام المساقاة الصحيحة هي:

١ - ان كل عمل يحتاج اليه الشجر من السقي واصلاح النهر والحفظ

والتقيح للنخل فيلّي العامل ، لأنها من توابع المعقود عليه فتنبأله العقد . وكل ما كان من باب النفقة على الشجر من السداد ونصب العرائش ونحوهما ، فلي الظرفين ، على قدر حصتهما ، لأن العقد لم ينبأله لا مقصوداً ولا ضرورة ، وكذلك الجذاذ والقطاف ، لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل ، فلا يكون من حكم العقد .

٢ — أن يقسم الخارج بين العاقدين على الشرط (م ١٤٤٦) .

٣ — إذا لم يخرج الشجر شيئاً فلا شيء لواحد من العاقدين وأما المساقاة الفاسدة فحكمها ان الثمرة تكون بينهما لصاحب الاشجار ويأخذ العامل اجر المثل (م ١٤٤٧) على الا تزيد الاجرة على مقدار الحصة التي كان قد رضى بها . وكذلك له اجر في المساقاة الفاسدة إذا لم يخرج الشجر ثمرة .

انتهاء المساقاة

تنتهي المساقاة بأور :

١ — بموت أحد العاقدين ، غير انه إذا مات صاحب الاشجار والثمره فجاء فرعاية لمصلحة الجانبين يداوم العامل ، على العمل الى أن تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفي منعه ، كما ان العامل ليس له اجرة في المدة التي بين انفساخ العقد ونضج الثمر . وإذا مات العامل والثمره فجاء فلورثته أن يقوموا بمقامه وليس لصاحب الشجر منعهم . ولكن العامل أو ورثته لا يجبرون على الدوام على العمل ، بل لهم ذلك ان شاؤا ، ولهم ان يتركوا العمل ، وحينئذ يكون صاحب الشجر مخيراً بين أحد الامور الثلاثة الآتية :

أ — الموافقة على قطع الثمر القائم وقسمته حسب السهام المتفق عليها .
 ب — اعطاء العامل او ورثته من النقود قيمة ما يخص نصيبهم مستحقاً للقطع .

ج — الانفاق على الشجر حتى ينضج الثمر ثم الرجوع على العامل او ورثته بقدر نصيبه مما انفق او ان يأخذ به ثماراً من نصيبه (م ١٤٤٨) .

٢ — بانتهاء مدة المساقاة .

٣ — بالاقالة .

٤ - بفسخ أحد الطرفين لعذر من الاعذار التي مر ذكرها في فصل المزارعة . ومن الاعذار عجز العامل عن العمل لمرض أو عاهة أو نحوها او سفره سافراً مضطراً اليه ان اشترط ان يعمل بنفسه ، والا فلا يكون كل منها عذراً بل له ان يضم غيره مقامه . ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة ، فيخاف منه على الثمر والسعف مثلاً .



كتاب الوكالة

ينحصر البحث في الوكالة بالمواضيع الآتية :

١ - تعريف الوكالة وركنها وصفتها ،

٢ - أقسامها ،

٣ - شروطها ،

٤ - أحكامها العامة ،

٥ - أحكام الوكالة بالشراء ،

٦ - أحكام الوكالة بالبيع ،

٧ - الأحكام المتعلقة بالمأمور ،

٨ - حكم الوكالة بالخصوص ،

٩ - انتهاء الوكالة .

تعريف الوكالة :

هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم بملكه . ويقال للمقيم موكل ، ولمن أقامه مقامه وكيل ، ولذلك التصرف ، موكل به انظر المادة (١٤٤٩) ، ويفهم من التعريف أن الموكل به يلزم أن يكون معلوماً ، ويقضي ذلك ألا تصح الوكالة العامة ، إلا أن يقال ، أن التعميم يؤدي إلى الغرض من تعيين الموكل به فإن التعميم يشمل جميع أنواع التصرفات وهذا يحكم ما لو عين تصرف مخصوص .

والوكالة غير الرسالة من حيث الماهية والحكم ، أما من حيث الماهية فإن الرسالة

هي تبليغ احد كلام الآخر لغيره من دون ان يكون له دخل في التصرف
ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه . (م ١٤٥٠)
واما من حيث الحكم ، فالفرق يتضح من الأمور الآتية :

١ - الوكيل يعقد العقد بنفسه والرسول انما هو مبلغ بكون مرسله قد
باشر العقد

٢ - الوكيل قد يضيف العقد الى نفسه والرسول يضيفه الى موكله دائماً
٣ - حقوق العقد في الوكالة تعود للوكيل لا للموكل ، وفي الرسالة تعود
للمرسل لا للرسول

٤ - رؤية الوكيل المسمع تسقط خيار الرؤية ورؤية الرسول لا تسقطه .
٥ - الوكيل اذا عزل عزلاً حقيقياً لا تنتهي وكالته الا بعد علمه بالعزل
والرسول تنتهي رسالته من حين العزل .

٦ - لا تجوز الوكالة بالاستقراض (على الرأي الراجح) وتجاوز الرسالة به
انظر المادة (م ١٤٥٤)

ركن الوكالة

ركنها الايجاب والقبول كسائر العقود ، وليس لهما الفاظ مخصوصة ، بل
كل لفظين يدلان على اقامة شخص غيره مقامه في التصرف يصلحان ايجاباً
وقبولاً ، كان يقول الموكل : وكلتك بكذا او افعل كذا او اذنت لك ان تفعل
كذا او اجزت لك ان تفعل كذا ، (م ١٤٥٢) ويقول الوكيل قبلت او رضيت .
والقبول كما يكون صراحة يكون دلالة ، كما لو قال الموكل وكلتك بكذا فسكت
الوكيل ثم باشر العمل المذكور في الايجاب فان تصرفه صحيح ، سواء وقعت مباشرة

العمل في المجلس او في خارج المجلس ، لان السكوت في معرض الحاجة بيان .
 لكن اذا كان الوكيل قد رد التوكيل بعد صدور الايجاب لا يكون هناك توكيل
 ما ، فاذا تصرف المراد توكيله بعد ما سبق منه الرد لا يكون تصرفه صحيحاً
 نافذاً في حق الموكل ، بل قد يكون موقوفاً على اجازته باعتبار المتصرف فضولياً
 كما لو وكل احد آخر ببيع داره فرد التوكيل ثم باع الدار ، فان بيعه يكون موقوفاً
 على اجارة صاحبها ، وقد يكون التصرت نافذاً في حق المتصرف نفسه ، كما لو
 وكل احد آخر بشراء دار ، فرد التوكيل ثم اشتراها فان الشراء يقع له نافذاً .
 ثم ان الاجازة اللاحقة للمعقود الموقوفة بحكم الوكالة السابقة فاذا عقد الفضولي
 عن غيره كان عقده موقوفاً ، فاذا اجاز من عقد الفضولي عنه . نفذ العقد
 باعتبار الفضولي وكلا عن المحيز حين العقد ، فبيع الفضولي واجارته وهبته تكون
 نافذة اذا اجاز من عقد الفضولي عنه ، وكانت شروط الاجازة متوفرة عند
 صدورها وهي وجود العاقدين والمعقود عليه وكون كل من العاقدين اهلاً للتصرف ،
 اما شراء الفضولي فان اضافته الى من عقد عنه كان موقوفاً على اجازته كما لو قال
 البائع بعت هذا المال لفلان بكذا درهما فقال الفضولي قبلته عن فلان . اما لو
 اضاف الشراء الى نفسه فانه قد يتعقد لنفسه نافذاً كما لو قال البائع بعتك هذا
 المال لفلان بكذا درهما فقال المشتري اشريت . قبلت وقم البيع نافذاً عليه .
 واذا قال البائع بعتك هذا المال بكذا درهما فقال المشتري قبلته عن فلان ،
 لا يتعقد البيع لعدم امكان ارتباط القبول بالايجاب في هذا الوجه .
 والاجازة لا تلحق غير المعقود الموقوف ، فلا تلحق المعقود النافذة ، والمعقود
 الفاسدة او الباطلة ، ولا تلحق الانلاف ولو اتلف احد مال شخص فاجاز

صاحب المال ذلك الاتلاف لا تعتبر الاجازة ، فله حق تضمين المتلف بعد ذلك . ولا تلحق الاجازة العقود المفسوخة فاذا فسخ صاحب المال بيع الفضولي فليس له بعد ذلك اجازته .

والاجازة كما تكون بالقول تكون بالفعل ، كما لو قبض صاحب المال ثمن ماله الذي باعه الفضولي وقد تكون الاجازة لعقد قد وقع كما لو افسد الخياط الثوب فآخذه صاحب الثوب ولبسه ، فليس له تضمين الخياط بعد ذلك ، لان أخذ صاحب الثوب ثوبه ولبسه اياه ، اجازة لفعل الخياط في الثوب . ويستثنى من الافعال الاتلاف ، فانه لا تلحقه اجازة ، كما مر آنفاً .

وهل يتضمن الامر التوكيل ؟ أي اذا أمر أحد آخر باجراء عمل فهل يكون ذلك توكيلاً له بالعمل المذكور ؟

ان الامر يكون على ثلاث حالات :

١ - يعتبر فيها توكيلاً ، وذلك إذا صدر الامر مفيداً انابة المأمور عن الأمر في اجراء عمل ، كما لو دفع أحد الى آخر نقوداً وقال له اشتر الشئ الغلاتي من التاجر الغلاتي ، فنذهب واشتره منه ، وكما شرط للمأمور اجرة على العمل الذي أمره به ، لان شرط الاجرة دليل الانابة .

٢ - يعتبر فيها رسالة . وذلك اذا صدر الامر على وجه لا يشعر بانابة المأمور عن الأمر . كما لو ساءم أحد تاجراً في مال ثم أرسل خادمه قائلاً اشتر المال الذي ساءمت فيه مع فلان اذهب اليه وقل له ان سيدي اشترى منك المال الغلاتي بكذا ، فان المأمور هنا رسول لا وكيل ، والامر ارسال لا توكيل .

٣ - يعتبر فيها مشورة لا توكيلاً ، ولا ارسالاً ، كما اذا صدر الامر في

مقام الاستشارة والمشورة، كما لو قال أحد لآخر في معرض شرائه شيئاً : اشتره
بألف فإنه جيد .

صفة عقد الوكالة

هي من العقود غير اللازمة من الجانبين أي انه يجوز لكل من المتعاقدين
فسخه بدون رضا الآخر ، الا اذا تعلق بالوكالة حق الغير فانها تكون لازمة
على الطرفين . وذلك كالنوكيل ببيع المرهون لاداء الدين من ثمنه ، وكذلك
تكون لازمة اذا كانت باجرة لان الوكيل حينئذ أجير خاص ، أو عام . فيترتب
على عقد الوكالة حينئذ أحكام الاجارة .

أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة باعتبار العقد الى مطلقة ، ومقيدة بشرط ، ومعلقة ، ومضافة
الى الزمن المستقبل . وتنقسم باعتبار الموكل به الى عامة و خاصة .

الوكالة المطلقة : هي التي لم تعلق على شرط ، ولم تقيد بشرط ولم تضاف الى
الى مستقبل ، كأن يقول الموكل وكنك على بيع داري فيقول الوكيل قد قبلت
(م ١٤٥٩) .

الوكالة المعلقة : هي التي عُلقت على شرط كأن يقول الموكل وكنك على
بيع فرسي اذا جاء التاجر الفلاني الى هنا وقال الوكيل قبلت ، فاذا جاء التاجر
تحقق الوكالة فلو قيل بيع الفرس حينئذ وليس له بيعها قبل ذلك (م ١٤٥٩)
وكذلك تنعقد الوكالة معلقة كما لو قال الراهن للمرتهن اذا حل أجل الدين ولم
أؤدي الدين اليك فانت وكيلي ببيع المرهون لاستيفاء الدين وقبل المرتهن ،

فاذا حل الاجل ، ولم يف الراهن بالدين فللمرتهن بيع المرهون استيفائه الدين من يمينه .

ومن انواع الوكالة المعلقة . الوكالة الدورية وهي ان يقول الموكل وكلتك ببيع هذا المال على اني كلما عزلتك فانت وكيلي ، فكما يعزله الموكل تنعقد وكالة جديدة . وانما سميت دورية لانها تدور على نفسها . وصورة التخلص من حكم هذه الوكالة هي ان يقول الموكل رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة .

الوكالة المقيدة : هي التي قيدت بقيد مفيد من كل وجه ، كأن يقول الموكل وكلتك على بيع داري بمائة دينار وقال الوكيل قبلت ، فليس له ان يخالف القيد فلا يجوز له ان يبيعها بأقل من المقدار المضروب له ، واذا فعل كان بيعه موقوفا على اجازة الموكل (م ١٤٥٦) . اما اذا لم يكن في القيد الذي قيد به الموكل فائدة ما فانه يعد لغواً ولا يلزم الوكيل بمراعاته ، كما لو قال الوكيل وكلتك ببيع هذه الدار بمائة دينار ولا تبعها بأكثر من ذلك . فان للوكيل ان يبيعها بأكثر من ذلك ولا عبرة بالقيد ، أو قال له بيع مالي بكذا ولا تأخذ باليمن كفيلا ، فان هذا القيد لغواً . واذا كان القيد مفيداً من وجه وغير مفيد من وجه فان كان الموكل قد نهى الوكيل عن مخالفة القيد ، لزم الوكيل اتباع القيد فاذا خالف كان عقده موقوفاً على اجازة موكله ، كما لو قال له بيع هذا المال بكذا بحضور من الشهود فان هذا القيد مفيد من وجه وهو اذا كان الشهود الحاضرين عدولاً . وغير مفيد اذا تبين انهم غير عدول ، فاذا كان الموكل قد قال له

لا تبع بغير محضر الشهود ، لا يجوز للوكيل المخالفة ، وان لم يكن قد نهاه كان له المخالفة .

غير ان الوكيل ليس له المخالفة في الجئس الذي قيده به الموكل ، ولو كانت المخالفة الى النفع . فلو قال له بيع فرسي بالف درهم فباعها بخمسين طناً من الحنطة لا ينفذ البيع على الموكل . أما المخالفة في القدر فان كانت الى النفع ، فجائزة ، والا فلا ينفذ العقد في حق الموكل ، كما لو وكله على بيع فرسه بمائة درهم فباعها بالف ، فان العقد نافذ في حق الموكل لان المخالفة الى النفع ، لم تكن اذا باعها بثمانين درهما مثلاً ، لا تنفذ في حق الموكل .

الوكالة المضافة الى المستقبل : هي التي قيد حكمها في زمن في المستقبل ، أي ان اثر العقد فيها لا يعتبر الا اذا جاء ذلك الزمن الذي تقيدت به الوكالة ، كما لو قال الموكل وكنك على بيع داري عند حلول شهر نيسان وقال الوكيل قبلت فان تصرف الوكيل بالبيع لا يعتبر الا اذا حل نيسان (م ١٤٥٦) . والفرق بين الوكالة المعلقة والوكالة المضافة الى المستقبل ، ان الوكالة في المعلقة لا تنعقد الا عند تحقق الشرط ، وفي المضافة ، تنعقد في الحال ولكن ظهور حكمها لا يكون إلا في المستقبل .

الوكالة الخاصة : هي التي يكون موضوعها عملاً معيناً أو أعمالاً معينة ، كأن يقول وكنك باجارة ارض او بيع فرس ، وحكم الوكالة الخاصة ان الوكيل ليس له ان يتصرف عن الموكل الا بالخصوص الذي قيد به .

الوكالة العامة : هي التي لا تشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر انابة الموكل الوكيل في أعماله بصورة عامة أي بذكر عبارة تدل على

العموم في التصرف . كأن يقول للوكيل أنت وكيلي في كل شيء ، أو في كل مالي وعلي من الحقوق والتصرفات ، أو فوضت اليك الامر فيما يتعلق بإدارة شئون أموالي . أو وكلتك وكالة مطلقة عامة ، فلو لم يذكّر في الإيجاب ما يشعر بالعموم في التصرف لا تكون عامة ، كما لو قال له قد وكلتك على أموالي ، فإن الوكالة هنا تحمل على الوكالة بحفظ الأموال . لأن الحفظ أقل معاني الوكالة ، واللفظ يحمل على أقل ما يمكنه إذا لم تقم القرينة على خلاف ذلك .

وحكم الوكالة العامة . ان للوكيل أن يباشر جميع أعمال الموكل بنفسه ويجوز له أن يوكل عنه غيره في مباشرتها ، ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل فلا يعزل بعزل الوكيل الأول ولا يموت (م ١٤٦٦) ولكن ليس للوكيل العام مباشرة التبرعات والاستقطاعات في حق موكله ، فليس له ان يهب شيئاً من أمواله ولا ان يطلق زوجته ، او يقف املاكه .

شروط الوكالة :

منها ما يخص الموكل ، ومنها ما يخص الوكيل ، ومنها ما يخص الموكل به .
أما ما يخص ^{الوكيل} الوكيل ، فهو ان يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره ، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره ، فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل اصلاً ، لأن العقل من شرائط الاهلية ، وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه . كالطلاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة محضاً ، و يصح بالتصرفات النافعة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن الولي ، لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن الولي فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل ،

وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة ، فان كان مأذوناً له بالتجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه ، وان كان محجوراً ينعقد موقوفاً على اجازة وليه (م ١٤٥٧) .

وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو :

١ - ان يكون عاقلاً ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل .
وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي المميز مأذوناً كان أو محجوراً . الا انه اذا كان محجوراً فان حقوق العقد تلزم موكله ولا تلزمه (م ١٤٥٨) . ولكن قبضه بمن ما قد باعه حسب وكالته معتبر ، وكذلك تسليمه ما قد باعه ، مع ان القبض والتسليم من حقوق العقد ، وسبب هذا الاعتبار هو ان عدم اللزوم لا ينفي الجواز . فعدم لزوم حقوق العقد بالنسبة اليه لا ينفي جواز قيامه بها وانما لم تعد حقوق العقد اليه لان في ذلك نوع تبرع وهو ليس من أهل التبرع . وأما الصبي المميز المأذون فتحكمه حكم البالغ ، فنعود اليه حقوق العقد الذي قام به حسب الوكالة .

والسفيه المحجور حكمه حكم الصبي غير المأذون في جميع ما تقدم .

٢ - علم الوكيل أو من يتعاقد معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما ، كان العقد موقوفاً على الاجازة وطريق العلم بالوكالة قد يكون بسماع الوكيل بنفسه من الموكل ، وقد يكون بواسطة خطاب أو رسول منه ، أو باخبار رجلين أو رجل وامرأتين مطلقاً ، أو باخبار رجل واحد عدل أو غير عدل وقد صدقه الوكيل ، فانه في جميع هذه الاحوال يكون وكيلاً .

٣ - أن يكون الوكيل معلوماً ، أي غير مجهول جهة فاحشة ، فلو قال

الدائن لمدينه سلم ديني لكل من يريك العلامة الغلانية ، فان المدين إذا سلم الدين لمن اراد تلك العلامة فهلك الدين في يده لا يبرأ من الدين ، لان الوكيل بالقبض مجهول جهالة فاحشة ، اما لو كانت الجهالة يسيرة فلا يغير ، كما لو خاطب أحد شخصين قائلاً وكلت أحدهما ببيع مالي هذا ، فأيهما قام بالبيع تفقد بيعه .

وأما الذي يرجع الى الموكل به ، فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز ، وبجمل القول فيه ان التوكيل لا يخلو اما ان يكون بمقتضى الله (وتسمى بلسان القانون الحق العام) وهي الحدود (عقوبات) واما ان تكون بمقتضى العباد .

والتوكيل بمقتضى الله نوعان : أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء ، اما التوكيل باثبات الحدود فان كان في حد لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا ، لا يصح لانه يثبت عند القاضي بالبينه والاقرار بلا خصومة ، وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف ، فيجوز التوكيل باثباته والتوكيل باستيفاء الحدود جائز .

والتوكيل في حقوق العباد الخالصة جائز فيجوز للانسان ان يوكل عنه غيره بإيفاء ما عليه من الدين ، واستيفاء ماله منها ، وبالبيع والشراء ، والاجارة والاستئجار ، والهبة والانتهاج ، والوصية والايضاء ، والخصومة ، والصلح ، وبقبض رأس مال السلم ، وبديل الصرف في مجلس العقد ، وبطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة ، وبالزواج ، وبإخلاء ، والاعارة ، والاستعارة ، والايذاع ، والاستيداع ، والرهن والارتهان ، والشركة ، والمضاربة ،

والاقراض . وقبض الدين ، والاقرار ، والخصومة ونحو ذلك من التصرفات (م ١٤٥٩) . ولا يجوز التوكيل بالاستقراض إلا إذا أضاف الوكيل العقد الى موكله فانه يكون رسولا حينئذ . وجوز ابو يوسف الوكالة بالاستقراض ، لان كل من يملك تصرفاً فان له ان يوكل عنه غيره في ذلك التصرف . ولا يجوز التوكيل على احرار المباحات .

ولابد من ان يكون الموكل به معلوماً فلا يصح التوكيل على تصرف مجهول . ويستخلص مما سبق ان شروط الوكالة هي :

- ١ - ان يكون الموكل مقتدرًا على ايقاء العمل بنفسه لنفسه . الموكل
- ٢ - ان يكون الوكيل عاقلًا مميزًا ، ولا يشترط بلوغه . الوكيل
- ٣ - علم الوكيل او من يتعاقد معه ، بالوكالة .
- ٤ - ان يكون الوكيل غير مجهول جهالة فاحشة .
- ٥ - ان يكون الموكل به معلوماً . الموكل به
- ٦ - ان يكون من الامور القابلة للتوكيل بها .

أحكام الوكالة

للوكالة عدة أحكام ، منها :

- أ - ثبوت ولاية تصرف الوكيل فيما يشمل التوكيل . ثبوت الولاية
 - ب - ليس للوكيل ان يوكل غيره في الخصوص الذي وكل به ، إلا اذا اذنه الموكل بذلك ، أو قال له اعمل برأيك ، أي عم له الوكالة ، فله حينئذ يوكل غيره . ليس له ان يوكل غيره
- ان يوكل وكيلًا في الخصوص الذي توكل به ، ويعتبر هذا الوكيل وكيلًا عن

الموكل ، لان الوكيل الاول يكون قد وكل الثاني باسم موكله ، فهو واسطة في تنفيذ أمره وتبليغه ، وعليه فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الاول أو بوفاته (م ١٤٦٦) • وهل للوكيل الاول عزل الثاني ؟

ينظر فإذا كان الموكل خصص له توكيل شخص معين أو قال له وكل من شئت ، فليس له حق العزل ، وان قال له اصنع ما شئت أو اعمل برأيك ، كان له أن يعزله بعد ما وكله •

ويستثنى من عموم هذا الحكم ثلاث مسائل :

١ — الوكيل يقبض الدين له أن يوكل امينه بقبض الدين المذكور ، فإذا قبضه الوكيل الثاني برئ المدين ، وإذا هلك بيده بلا تعد أو تقصير لا ضمان عليه لانه امين .

٢ — الوكيل يدفع الزكاة له أن يوكل غيره بدفعها .

٣ — إذا قدر الوكيل بالبيع ثمن الشيء المراد بيعه ، فله أن يوكل غيره بالبيع بذلك الثمن ، لان الاحتياج الى رأي الوكيل انما هو لتقدير الثمن وقد حصل ذلك منه في الصورة المذكورة ، وكذلك الامر في الوكيل بالشراء .

ج — إذا تعدد الوكلاء بان وكل شخص شخصين أو أكثر في عمل أو عدة أعمال ، فان كانت الوكالة بمقد واحد وجب اتفاق الوكلاء على العمل ولا يجوز لواحد منهما الانفراد بعمل أو تصرف ، إلا إذا كان لا يحتاج في عمله الى الرأي ، وذلك كتسليم الهبة ورد الوديعة وأداء الدين والطلاق على غير مال ، والخصومة ، أو كان الموكل قد صرح في عقد الوكالة بجواز انفراد كل واحد من الوكلاء بالعمل ، كان يقول : على أن يعملوا مجتمعين ومنفردين .

تعدد الوكلاء

وان كان الموكل قد وكل كل واحد من وكلائه المتعدين بعقد على حدة
جاز لكل واحد الانفراد بالتصرف ، (م ١٤٦٥) ويستثنى من هذا
الحكم :

- ١ - ما لو عين الملك حاكماً للنظر في دعوى .
 - ٢ - الحكيمان (بفنح الحاء والكاف) اللذان عينهما الخصمان .
 - ٣ - الوصيان اللذان نصبهما الحاكم أو الولي على الصغير .
 - ٤ - المضاربان اللذان عقدا المضاربة مع رب المال .
- فان هؤلاء لا يستقل أحدهم في العمل ، وان كان تعيين كل واحد في زمن
غير الزمن الذي قد عين فيه الآخر .
- د - ان المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين
والعين وقضاء الدين ، أمانة بمنزلة الوديعة ، لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة
يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها على ما مر في كتاب
الامانات . وكذلك المال في يد الرسول . (م ١٤٦٣) ويكون القول قوله في
دفع الضمان عن نفسه . ويتفرع على هذا :

- ١ - لو دفع المدين لوكيله دراهم ليدفعها الى دائئه فادعى الوكيل الدفع
وانكر الدائن ، فالقول للوكيل ، لان الاصل براءة ذمته . ولكن لا يقتضي
ذلك ثبوت قبض الدائن ولا سقوط حقه ، بل يقال حينئذ للمدين : صدق
أحدهما وكذب الآخر . فان صدق الوكيل وهجز عن اثبات قوله ، يحلف
الدائن ، فان حلف لزم على الموكل الدفع الى الدائن دينه ، ولا يرجع بشيء على
الوكيل . وان صدق الدائن ، حلف الوكيل ، فان حلف لا يلزمه شيء

المعتبر بحمله
الرد على

والدائن مطالبة الموكل بدينه .

٢ - لو ارسل المدين دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول ، فان كان رول المدين يتلف من مال المدين ، وان كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين (م ١٤٦٤)

٣ - ان حقوق العقد تعود الى الوكيل إذا أضاف العقد الى نفسه وتعود الى الموكل ، اذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل ، بخلاف الرسول فان حقوق العقد تعود الى مرسله (م ١٤٦٣) .

مقرر العقد
مقرر الوكيل
او الموكل

وجملة القول في هذا المقام هو ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له إلا ما امر به الموكل كالتوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوها . ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوها . اما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقهما ترجع الى الوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه فيسلم المبيع ، ويقبض الثمن ، ويطالب به . ويخاصم في العيب .

والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفي فيه بالاضافة الى الوكيل فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشترية والاجارات والصلح عن اقرار ، فحقوق هذه العقود ترجع الى الوكيل وعليه . (م ١٤٦١) ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كلاجنبي ، حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري بالثمن ولو طالبه فابى لا يجبر على تسليم الثمن اليه . ولو امره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة فايها طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه . واذا ابى الوكيل من مطالبة المشتري بالثمن ولم يأذن لموكله بالمطالبة يجبره الحاكم على ان يوكل موكله بالمطالبة ،

إذا طلب الموكل ذلك من الحاكم .

والاصل ايضاً ان كل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل ، كالنكاح والطلاق على مال ، والخلع والصلح عن انكار ، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه ، والوكيل فيها سفير ومعبّر محض عن الموكل ، حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر ، وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فيطالب حينئذ بموجب كفالته لا بسبب وكرالته . ووكيل المرأة لا يملك قبض المهر .

والاصل ايضاً ان كل عقد لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة ، والاعارة ، والايدياع ، والرهن ، والقرض ، لا يملك الوكيل المطالبة بحقوق العقد من رد العارية والوديعة وفك الرهن ورد بدل القرض . والرجوع عن الهبة ، لان الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للموكل فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول ، بخلاف الوكيل بالبيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار ، لان الحكم فيها للعقد لا للقبض والوكيل هو العاقد حقيقة وشرعاً .

والخلاصة : ان القول بان حقوق العقد تعود للوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه والى موكله اذا اضاف العقد اليه ، انما هو في العقود التي يجوز للوكيل ان يضيفها الى نفسه او الى موكله ، ولم تكن من العقود التي لا تتم الا بالقبض .

اما التي لا يجوز اضافتها الى نفسه اي التي لا تقع عن موكله الا اذا اضافها الى موكله ، فانه اذا اضافها الى نفسه فانها تقع اليه اصاله ، ولا تعود الى موكله

بوجه من الوجوه واذا اضافها الى موكله فانها تقع لموكله وتعود حقوقها على الموكل .
 والعقود التي لا تتم الا بالقبض ، تنفع عن موكله مطلقاً سواء اضاف العقد الى
 نفسه او الى موكله الا ان حقوق العقد مطلقاً تعود الى موكله ، لما سبق
 من العلة .

والعقود التي يجوز للوكيل اضافتها الى نفسه والى موكله فتتبع عن موكله
 في صورتين ولم تنوقف على القبض هي : البيع ، والشراء والاجارة والصلح
 عن اقرار (م ١٤٦١) وبعبارة اخرى عقود المعاوضات .

والعقود والتصرفات التي لا يجوز للوكيل اضافتها الى نفسه ، اي التي لا تقع
 عن موكله الا اذا اضافها الى موكله ، هي : الارتهان والانتهاج وقبول العارية
 والشركة والمضاربة والصلح عن انكار ، والنكاح ، وكذلك الطلاق والوقف .
 وانما اشترط في هذه التصرفات اضافتها الى الموكل ، لانها تنضمّن الاسقاط المنبئ
 عن الملائشة فهي لا تقبل انفصال الحكم عن السبب بل تقارنه في الوجود ،
 فلا يجوز اذاً ان يصدر السبب من شخص ويثبت حكمه لشخص آخر ، بخلاف
 المعاوضات فانها تقبل انفصال الحكم عن السبب ، الا ترى ان
 البيع قد يتحقق سببه - وهو العقد - ويتأخر حكمه اذا كان فيه خيار ، فحكمه
 قد لا يقارن سببه ، فهو يقبل انفصال الحكم عن السبب فجاز فيه ان يصدر
 السبب من شخص ويثبت الحكم لشخص آخر .

والعقود التي لا تتم الا بالقبض هي : الهبة ، والاعارة ، والرهن ، والايداع
 والا قراض .

و إذا لم تشرط الاجرة في الوكالة فاذا اوفى الوكيل بها يكون متبرعاً
 ليس له ان يطالب باجرة الا اذا كان ممن يشغل في مثل الخصوص الذي
 توكل به بالاجرة ، فانه يستحق حينئذ اجر المثل ، ولو لم تشرط له اجرة ،
 لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

اما لو شرطت الاجرة فان الوكيل يستحقها عند ايفائه الخصوص الموكل به
 فيستحق الاجر المسمى ان كانت الاجارة صحيحة واجر المثل ان كانت فاسدة
 (م ١٤٦٧) . وانظر المادة (٥٦٢) .

وذهب الامام الشافعي الى ان حقوق العقد تعود الى الموكل مطلقاً .

الوكالة بالشراء

افردت المجلة فصلاً خاصاً بالوكالة بالشراء ، وفصلاً خاصاً بالوكالة بالبيع ، ولم
 تفرد فصلاً خاصة بالوكالة بالايجار والاستئجار ، والرهن والقرض ، وغيرها من
 التصرفات التي تجري فيها الوكالة ، وذلك لاهمية الكلام في الوكالة بالبيع
 والشراء وكثرة جرياتها بين الناس .

شرط الوكالة بالشراء :

الاصل في هذا الباب : ان الوكالة بالشراء في ثلاث صور تعتبر صحيحة
 مطلقاً :

١ - اذا كانت الوكالة عامة ، كان يقول الموكل للوكيل اشتر لي كل ما يلزمي
 لان الموكل به معلوم في الجملة ، لان كل ما يشتريه الموكل يكون ممثلاً في
 شرائه لامره .

المعطى به معلوماً ٢ - ان يكون الموكل به معلوماً بالشخص ، كان يقول للوكيل اشتر لي هذه

الدار ، أو سيارة زيد .

٣ ان يكون الموكل به مجهولاً جهالة يسيرة ، كان يقول للوكيل اشتر لي شاة أو بقرة ، أو جملاً . واتمالم تضر الجهالة اليسيرة لان مبنى التوكيل على التوسع ، لانها للاستعانة ، فاذا اعتبرت الجهالة اليسيرة مانعة لصحة الوكالة ، كان في الامر حرج .

وتصح الوكالة ايضاً اذا كان الموكل بشرائه مجهولاً جهالة متوسطة بشرط بيان ثمنه ، أو وصفه ، كما لو وكل أحد غيره بشراء دار أو لؤلؤة فمالم يذكر ثمن الدار أو اللؤلؤة أو وصفهما وصفاً يجعلهما معلومين ، لا تصح الوكالة .

ولا تصح الوكالة مطلقاً إذا كان الموكل به مجهولاً جهالة فاحشة ، كان يقول الموكل للوكيل اشتر لي دابة ، فان التوكيل غير صحيح وان بين الثمن أو الوصف . وجهالة الجنس تعتبر جهالة فاحشة كالتوكيل بشراء دابة ، فان لفظ دابة يشمل اجناساً مختلفة كالخيل ، والبقر وغيرهما من صنوف الحيوانات . والمراد بالجنس هنا ما جاء في المادة (٢٤٠) وهو ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه .

وجهالة النوع تعتبر يسيرة ، كالتوكيل بشراء فرس ، فان الجنس هنا معلوم ولكن النوع مجهول .

والجهالة المتوسطة هي الجهالة بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء دار ، فان الدور من جنس واحد نظراً للغرض الاصلي منها وهو السكنى ، وليست كجنس واحد نظراً لاختلافها بالموقع والشكل ، فالجهالة متوسطة فاذا بين ثمنها أو وصفت للوكيل تكون الجهالة يسيرة فتصح الوكالة ، والا تبقى فاحشة فلا تصح .

الوكالة . فيتضح مما سبق ان الموكل به يلزم ان يكون معلوماً للوكيل على الوجه
 الآنف الذكر ليتمكن من ايفاء الوكالة . وتحصل المعلومية ببيان جنس الشيء
 الذي يريد الموكل شراؤه . وان لم يكن بيان جنسه كافياً بان كان تحت الجنس
 انواع متفاوتة فتحصل المعلومية ببيان نوعه أو ثمنه . فاذا لم يبين الموكل شيئاً
 مما سبق ذكره ، فان كانت الوكالة عامة صححت ، والا فلا تصح (م ١٤٦٨) .
 مثلاً لو وكل أحد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة . واذا أراد أحد أن
 يشتري له قماش ثياب يلزم ان يبين جنسه يعني قماش حرير أو قماش قطن مع
 بيان نوعه بقوله هندي أو شامي ، أو ثمنه بقوله بان تكون طاقته بكذا درهما ،
 فان لم يبين جنسه وقال اشتر لي دابة ، أو ثياباً ، ار قال ثياب حرير ولم
 يبين نوعه أو ثمنه فلا تصح الوكالة . ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب ،
 او حرير من اي جنس ونوع كان فهو مفوض لرأيك تكون الوكالة عامة والوكيل
 ان يشتري من اي نوع وجنس شاء (م ١٤٦٨) .

والاجناس تختلف بثلاثة وجوه :

١ — باختلاف الاصل كبز القطن و بز الكتان ، وصوف الغنم مع شعر
 المعزى ، ولحم البقر مع لحم الشاة ، و خل العنب مع خل التمر .

٢ — باختلاف المقصد وان كان الاصل واحداً ، كجلد الشاة مع صوفها .

٣ — باختلاف الصنعة ، وان كان الاصل والمقصد متحداً كالجوخ
 الانكليزي والجوخ الطلياني و بز الكتان النمساوي ، و بز الكتان الياباني
 (م ١٤٦٩) .

أحكام الوكالة بالشراء

١- ليس للوكيل أن يخالف في جنس الشيء الذي قد وكل بشرائه، سواء كانت المخالفة إلى خير أو شر. ولا في جنس الثمن الذي قيده به الموكل. ويترتب على هذا أن الموكل إذا قال للوكيل اشتر لي داراً فاشتر لي سيارة، أو قال اشتر لي مقدار كذا حنطة فاشتر لي شعيراً أو قال اشتر لي كبشاً فاشتر لي فمجة، لا يقع الشراء للموكل، بل ينفذ على الوكيل نفسه. وكذا لو قال له اشتر لي داراً بمائة قنطار من الحنطة فاشتر لي الدار بمائة قنطار من الشعير لا يقع الشراء للموكل، بل ينفذ على الوكيل (م ١٤٧٠ و ١٤٧١).

٢- إذا كان التوكيل مقيداً فإنه يجب فيه مراعاة القيد سواء كان القيد راجعاً إلى الشيء المشتري أو إلى الثمن، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير في القدر أو الوصف. ويترتب على هذا أن الموكل إذا قال لوكيله اشتر لي هذه الدار بمائة دينار، فاشترها بأزيد لا يكون شراؤه نافذاً على الموكل، بل على الوكيل لكن لو اشترها بأقل فإنه يكون نافذاً على الموكل، وكذلك لو قال اشتر لي المال الغلاني نسيئة فاشتره نقداً فإنه ينفذ على الوكيل لا على الموكل (م ١٤٧٩). وكذلك لو قال له اشتر لي بخيار شرط فاشتره بلا خيار لا ينفذ الشراء على الموكل. ولكن لو قال له اشتر لي قنطار حنطة رديئة بمائة درهم فاشتر لي قنطار حنطة جيدة بمائة درهم فإن الشراء ينفذ على الموكل بخلاف العكس، فإنه ينفذ على الوكيل لا على الموكل. ثم إن القيد إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون بدلالة العرف ودلالة الحال، كما لو قال الموكل اشتر لي لبناً ولم يصرح بكونه أي لبن، فإنه يحمل على اللبن المعروف في البلدة

(م ١٤٧٣) فاذا اشترى له خلاف ذلك فانه ينفذ على الوكيل لا على الموكل .
وكذلك لو وكل المسكاري احداً باشتراء حصان فانه يحمل على حصان الحمل
فلو اشترى له حصان سباق ، فانه لا ينفذ على الموكل بل على الوكيل . وبما ان
القيد دلالة معتبر لم يشترط في صحة الوكالة لزوم بيان وصف الموكل به ككونه
اعلى او ادنى او اوسط (م ١٤٧٨) ، لان هذا الاشتراط لا يلائم مبنى
الوكالة وهو التوسع فان في ضبط الاوصاف مشقة ، فاستحسن عدم فساد
الوكالة عند عدم ذكر الوصف والا كنفاء بدلالة العرف احوال الموكل .

٣- اذا كان التوكيل مطلقاً اي لم يقيد فيه الوكيل بشرط ، فانه يراعى
فيه الاطلاق ما امكن الا اذا قام دليل على التقييد من عرف او غيره فينتقيد
به على ما مر ذكره في الفقرة (٢) الآتية الذكر .

مراعاة الاطلاق

احكام الوكالة بالبيع

الوكيل بالبيع اما ان يكون مقيداً بشروط من الموكل او غير مقيد بشئ* .
فان كان مقيداً بشروط وجب عليه مراعاتها ، فان خالفها لا ينفذ العقد . على
الموكل بل يكون موقوفاً على الاجازة ، فان اجازته نفذ ، والا بطل ، الا اذا كانت
المخالفة الى خير ، فانه ينفذ على الموكل . ويترتب على هذا :

١- اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بانفص من ذلك
واذا باع ينقصد موقوفاً على اجازة موكله . ولو باع بلا اذن الموكل وسلم المال الى
المشتري ، فلهوكل ، ان يسترد المبيع من المشتري ، او ان يجيز البيع او ان
يضمن الوكيل مقدار النقصان (م ١٤٩٥) اما اذا باعه باكثر مما عينه الموكل
نفذ على الموكل ، لان الوكيل قد خالف الى خير .

اذا قيد بالثمن

٢ قيد بالنقد — إذا كان الموكل قيد الوكيل بان يبيع بالنقد ، فباع بالنسيئة كان البيع موقوفاً سواء كان التقيد صراحة او دلالة ، كما لو قال له بع مالي هذا واد ديني او قال بعه لاني محتاج الى النفقة ونحو ذلك مما يدل على تعجيل الثمن (م ١٤٩٧ آخر فقرة) فاذا باع في هذه الصور مؤجلاً وسلم المبيع ، فانه يضمن ممجلاً لموكاه ، كما ان للموكل ان يحجز البيع . وكذلك اذا قال له بعه بكذا مؤجلاً الى سنة فباعه لاكثر من سنة . اما لو باعه نقداً او مؤجلاً لاقبل من سنة كان نافذاً لان المخالفة الى خير .

٣ قيد بالرهن والكفيل — اذا قال الموكل لوكيله بع بالرهن او الكفيل ، او بشرط الخيار فاذا باع بدون مراعاة ذلك كان البيع موقوفاً ، واذا كان قد سلم المبيع ، كان الموكل مخيراً بين الاجازة وتضمن الوكيل الثمن (م ١٥٠١) . لكن لو لم يقيد الوكيل بلزم اخذ الرهن او الكفيل ، فباع نسيئة واخذ رهناً او كفيلاً كان له ذلك (م ١٥٠٠) لان حقوق العقد تعود اليه ومن جملة ذلك توثيق الدين ، فعليه اذا هلك الرهن وسقط الثمن او بعضه من جراء ذلك لا يضمن الوكيل ، لان الجواز الشرعي ينافي الضمان .

ووجه الفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع من جهة ان الاول اذا خالف ينفذ العقد ، وان الثاني اذا خالف يتوقف العقد على الاجازة ، هو ان الوكيل بالشراء متهم ، اذ انه يملك الشراء لنفسه فيمكن تنفيذ الشراء عليه ، حتى لا يستطيع التخلص من كل ما يشتريه لنفسه ولا يرضى به ، بدعوى انه اشتراه للموكل . اما البيع فانه لا تهمة فيه على الوكيل . وان كان الوكيل غير مقيد بشروط ، بل جاء عقد الوكالة مطلقاً من كل

إذا لم يمتد الوكيل قيد ، فإنه يراعي الاطلاق . ويترب على ذلك :

١ - أن الوكيل بالبيع مطلقاً أن يبيع مال موكله بالثمن الذي رآه مناسباً ^{له} ^{المبيع مطلقاً} قليلاً كان او كثيراً اي ولو بالغين الفاحش (م ١٤٩٤). وذهب غير ابي حنيفة الى ان الوكيل لا يملك البيع الا بضمن المثل او الغبن اليسر في التوكيل المطلق ، لان مطلق البيع ينصرف الى المتعارف منه والبيع بغبن فاحش غير متعارف فلا ينصرف اليه التوكيل . ولا تخفى جدارة هذا الرأي .

٢ - أن الوكيل يملك البيع الصحيح والفاقد ، بالاثمان المطلقة وهي النقود ، وبغيرها . وله ان يبيع بالنقد والنسيئة لمدة متعارفة بين التجار في حق نوع المال المبيع ، اذا كان البيع الواقع للتجارة . ولكن ليس له ان يبيع لمدة طويلة غير متعارفة عند التجار في نوع المال (م ١٤٩٨) . وذهب غير ابي حنيفة الى ان الوكيل في البيع المطلق لا يملك الا البيع الصحيح لا الفاسد والاثمان المطلقة لا بغيرها ، وبالنقد لا بالنسيئة . ولا تخفى جدارة هذا الرأي .

٣ - للموكل ان يبيع نصف المال الموكل ببيعه ، او ربه او ثلثه عند ابي حنيفة عملاً بالاطلاق . وذهب غيره الى ان المبيع اذا لم يكن يضره التبعض يصح للوكيل بيع بعضه كالمقدرات من الموزونات ونحوها ، وان كان مما يضره التبعض فليس له ذلك . واذا باع كان بيعه موقوفاً ، الا اذا باع النصف الآخر قبل الخصومة وفسخ البيع ، فإنه يكون نافذاً حينئذ لحصول الغرض ، لان الوكيل قد لا يتيسر له بيع السكل دفعة واحدة . وقد اخذت المجلة هنا بمذهب غير ابي حنيفة (م ١٤٩٩) . ويستثنى من حكم هذه المادة ما لو وكل احد

شخصاً على بيع فرسه أو داره بالف درهم ، فباع نصفها بالف درهم فإنه يصح
ذافناً في النصف .

ومن أحكام الوكالة بالبيع

أ - لا يملك الوكيل بالبيع أن يبيع الشيء الموكل ببيعه لنفسه ولا لولاده
لنفسه ولولاده الصغار ولو أمره الموكل بذلك ، لأن حقوق العقد ترجع إليه فيكون مطالباً
ومطالباً في آن واحد وهو لا يجوز ، كما أنه يكون قد تولى طرفي العقد في غير
المسائل التي يباح فيها ذلك (م ١٤٩٦) .

ب - لا يملك الوكيل بيع مال موكله لمن لا تقبل شهادتهم له إلا في أربع صور :

- ١ - أن يكون قد باعه بأكثر من ثمنه
- ٢ - إذا كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بعه لمن شئت (م ١٤٩٧)
- ٣ - إذا عين الموكل للوكيل ثمناً فباعه بذلك الثمن لمن لا تقبل شهادتهم له .
- ٤ - إذا أمره الموكل أن يبيع المال لمن لا تقبل شهادتهم للوكيل .
- ج - أن الوكيل بالبيع لا يجبر على أداء الثمن من ماله إذا لم يكن قد قبض
الثمن من المشتري (م ١٥٠٢) لأن الوكيل مأمور بالبيع وليس هو بمتعهد بالثمن .
ولو أنه دفع الثمن من كيسه بلا أمر من المشتري ولم يكن قد قبض الثمن من المشتري
يكون متبرعاً . ويستثنى من حكم هذه المادة ما إذا باع الوكيل معجلان أجل
الثمن ، فإن تأجيله معتبر لأن حقوق العقد تعود إليه ، إلا أنه يجبر على أداء الثمن
إلى موكله ، وهو يقبض له الثمن عند حلول الأجل .

د - أن قبض الثمن وإن كان من حقوق الوكيل لا الموكل ، إلا أن الموكل
لو قبضه يصح ، لأن الثمن المقبوض حق للموكل وقد وصل إليه ولا فائدة من
يعيد الموكل أن يقبض

استرداده وتكرار تسليمه بواسطة الوكيل (م ١٥٠٣) .

٨ — اذا كان الوكيل بلا اجرة ، فانه لا يجبر على استيفاء ثمن المال الذي
الوكيل بلا اجرة باعه ولا على تحصيله ، لانه متبرع ، والمنبرع لا يجبر على العمل ، ولكنه
يلزم ان يوكل موكله على قبض الثمن ، وايفاء سائر الحقوق او استيفائها .
ثم اذا كان توكيله اياه بحكم الحاكم ، لا يملك الوكيل عزله ، لانه ليس له نقض
حكم الحاكم . وان كان برضاه لا بحكم الحاكم ، كان له عزله . واما اذا كان الوكيل
بأجرة كالللال والسمسار ، فانه يجبر على تحصيل الثمن وايفاء سائر الحقوق
او استيفائها ، لانه في هذه الصورة غير متبرع بل عامل بأجرة ، واستيفاء
الحقوق او ايفاءها ، من تمام العمل الذي هو اجبر فيه (م ١٥٠٤) .

٩ و — للوكيل بالبيع أن يقبل البيع بلا اذن موكله إذا لم يكن قد قبض
له احوالة البيع الثمن هو او موكله . أما لو قبض هو أو موكله ، فليس له الاقالة بعد ذلك
لان الثمن المقبوض ملك الموكل ويعتبر تحت يده بحكم وضع يد وكيله عليه ،
وليس للوكيل سلطه ازالة يد موكله عن الثمن حينئذ ، ولان الوكالة قد انتهت
فلا تعتبر الاقالة . أما قبل قبض الثمن فلا وكيلا ان يقبل العقد ، لان حقوق
العقد عائدة اليه ، الا ان هذه الاقالة تعتبر غير نافذة في حق الموكل ، لان
الوكيل يبيعه المال قد انتهت وكالته ، فتعتبر الاقالة بين الوكيل والمشتري
بيعاً جديداً بينهما ، بالنظر الى الموكل ، وبناء على ذلك يلزم الوكيل أن
يؤدي الثمن الى الموكل . فلا عبرة باقالته بالنظر الى موكله (م ١٥٠٥) .

ويلاحظ : ان ولاية الموكل لا تنقطع عن الشيء الموكل يبيعه بل يبقى له حق
النصرف فيه . ويترتب على ذلك انه لو باع كل من الوكيل والموكل الشيء الموكل

ببيعه ينظر ، فان صدر البيع منهما في وقت واحد او في وقتين ولم يعلم السابق منهما صح البيع منهما وصار المبيع مشتركاً بين المشتريين ، ولكن يكون كل منهما مخيراً بين الاخذ والترك لتفرق الصفقة عليه . واذا اخذ واحد منهما ياخذ بنصف الثمن الذي اشترى به ، بقطع النظر عما اشترى به الآخر ، سواء كان اكثر منه او اقل . وان كان العقد ان في وقتين مختلفين وعلم السابق منهما صح الاول وبطل الثاني .

واهم الفروق بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء هي :

١ — ان الوكيل بالشراء اذا خالف في الجنس او تعدى الى شر ينفذ العقد عليه ويكون الشيء المشتري عائداً اليه ، حتى لو اجاز الموكل لا تعتبر اجازته لان الاجازة لا تلحق العقود النافذة . بخلاف الوكيل بالبيع فانه اذا خالف الى شر كان العقد موقوفاً على اجازة الموكل فان اجاز نفذ العقد في حقه وان لم يجز انفسخ العقد .

٢ — ليس للوكيل بالشراء الاخذ بالغبين الفاحش ، فان اخذ نفذ عليه وكان المبيع عائداً اليه ، بخلاف الوكيل بالبيع فان له البيع بالغبين اليسير وبالغبين الفاحش .

٣ — ليس للوكيل بالشراء ان يشترى مقايضة . ولكن الوكيل بالبيع له البيع مقايضة .

٤ — الوكيل بالشراء ليس له حق الاقالة . بخلاف الوكيل بالبيع فان له ذلك الا ان الاقالة لا تنفذ في حق موكله بل في حقه على ما سبق ذكره .

الاصطلاح المتعلقة بالمأمور

ان الاحكام في هذا الباب تستند الى القواعد الآتية :

القاعدة الاولى : اذا كان المأمور به — ١ — مما يطالب به الأمر ويجب من اجله ، او كان — ٢ — من الأمور الواجبة عليه مديناً او كان — ٣ — مما يملكه المدفوع اليه بدلاً عن ماله . فان المأمور اذا اداه من مال نفسه بأمر الأمر يرجع على الأمر مطلقاً بعد الاداء . وينفرع على هذه القاعدة .

أ اذا امر احد شخصاً بأداء دينه الذي هو لاحد او لبيت المال واداه المأمور من ماله يرجع على الأمر سواء شرط الرجوع عليه او لم يشترط ذلك (م ١٥٠٦) لان المأمور ادى شيئاً واجباً على الأمر مديناً كما انه قد يجبس من اجل ذلك نظراً لقانون الاجراء .

اما اذا ادى احد دين غيره بدون أمره فلا رجوع عليه بل يعتبر الدافع متبرعاً الا في المسائل الآتية :

الاولى : اذا اوفى احد الورثة او الوصي من مال نفسه دين المتوفى فانه يرجع على التركة ، ولو كان الايفاء جرى بدون امر من سائر الورثة .

الثانية : لو نفذ الوصي من مال نفسه وصية الميت ، فانه يرجع على التركة ولو كان ذلك بلا امر احد .

الثالثة : لو انفق الوصي من مال نفسه على اليتيم لعدم وجود مال حاضر لليتيم ، فانه يرجع بما انفق بالمعروف على اليتيم فيستوفيه من ماله عند حضوره او عليه بعد البلوغ سواء اشهد وقت الانفاق على انه ينفق ليرجع او لم يشهد . وهذه

المسألة غير متفق عليها لكن العمل بمقتضاها هو رأي اكثر من لهم رأي في
الفقه .

والوجه في الرجوع في هذه المسائل الثلاثة هو الامر الحكي وكون هذا المأمور
به حكماً واجب الايفاء .

الرابعة : ما لو طلب احد من شخص ملا جبراً عليه كقطاع الطريق اذا
طلبوا من احد ملا جبراً فامر المطلوب منه شخصاً ان يؤدي ما يطلب منه
فادى المأمور فانه يرجع على الأمر لان ما اداه وان لم يكن واجباً على الأمر في
نفس الأمر الا انه بحكم الواجب نظراً للاجبار الذي ازعج الأمر .

ب — اذا امر احد شخصاً ان يصرف عليه او على عياله فانه يأخذ
مصروفه بقدر المعروف من الأمر مطلقاً اما الزائد على القدر المعروف فلا رجوع
فيه لانه محض تبرع لان المأمور به واجب على الأمر مدنياً ، واذا توفى المأمور
فلوارثه حق الرجوع على الأمر ، لان ما دفعه مورثه صار ديناً في ذمة الأمر ،
واذا توفى الأمر يرجع المأمور او وارثه على التركة (م ١٥٠٨) . واذا اقر الأمر
بالأمر وانكر كون المأمور قد صرف ما امر به ، كان القول قوله ، وعلى المأمور
اثبات الصرف ، واذا عجز يتوجه التيمين على الأمر بعدم علمه ان المأمور قد
صرف ، واذا اختلفا في المقدار ، فعلى المأمور البينة لاثبات الزيادة .

ج — لو امر احد آخر بانشاء داره فانشأها المأمور ، يأخذ ما صرفه بقدر
المعروف من الأمر مطلقاً . وكذلك لو امر المؤجر المستأجر بان يبني في الدار
المأجورة او يرمم ما يقضي ترميمه فيها (م ١٥٠٨) .

واما الزائد على القدر المعروف فلا رجوع فيه . وسبب الرجوع هو ان بدل

ما انشأه واجب الاداء على الأمر ، فان المأمور وكيل بالانشاء ومأمور بصرف ما يجب لذلك . ومن هذا القبيل ما يقوم به المتعهدون في وقتنا من انشاء الدور للناس في بغداد (م ١٥٠٨) . اما لو كان انشاء الدار بدون أمر فان كان قد انشأها المذمى لنفسه يعد غاصباً ، وان كان قد انشأها لصاحب الارض كان متبرعاً . ثم انه اذا اختلف الأمر والمأمور في مقدار ما صرف يكشف البناء من قبل اهل الخبرة فان كان تقديرهم يوافق احد القولين فهو المعتبر ، لانه يعتبر هو القدر المعروف ، وان اختلف اهل الخبرة فيما بينهم ، فكان رأى بعضهم يؤيد قول الأمر ورأى البعض يؤيد قول المأمور ، فعلى مدعى الزيادة البيه لاثبات الزيادة . وهذا بخلاف ما اذا كان صاحب الدار قد دفع الى احد نقوداً وأمره ان يبني له بها بناء ثم اختلفا في مقدار ما صرف فان المعتبر هو قول المأمور بيمينه لانه امين ، والامين مصدق بيمينه .

القاعدة الثانية :

اذا امر احد غيره بان يدفع مقدار كذا من المال لشخص ، فان كان المأمور شريك الأمر او كان المأمور في عيال الأمر ، او كان الأمر في عيال المأمور ، او قال الأمر : ادفعه عني . فان المأمور يرجع على الأمر ولو لم يذكر شرط الرجوع . وكذلك سائر ما قد جرى العرف بالرجوع فيه من الاوامر الواقعة كالمأمور بالتاجر كاتبه ان يدفع مبلغاً لاجد . وكما لو امر احد صرافاً بدفع مبلغ لاجد ، (م ١٥٠٩) . الفقرة الاخيرة وان كون الأمر الواقع مما يقتضي الرجوع فيه عرفاً انما يتحقق عند النظر في القضية المنازع فيها وعرضها على العرف .

القاعدة الثالثة :

إذا امر احد غيره بدفع شيء غير واجب عليه مدنيا ولم يكن العرف يقضي بالرجوع في مثل ذلك الأمر ، ولم يكن الأمر قد نسب الدفع عنه بان قال : ادفع عني . فان شرط الأمر قبل الدفع الرجوع عليه فان المأمور اذا دفع ما قد امر به يرجع على الأمر وان لم يشترط الرجوع فلا رجوع عليه (م ١٥٠٩) ويتفرع على هذا .

١ - اذا امر احد غيره بان يهب كذا درهما ، او ان يقرض فلاناً كذا درهما ، لا يرجع المأمور اذا لم يشترط الأمر الرجوع ، لم يكن المأمور ممن له الرجوع عرفاً

٢ - اذا امر احد غيره بان يدفع مبلغ الزكاة المترتبة عليه ، من نفس مال المأمور او ان يدفع لشخص بدل الحج عنه . او ان يدفع الكفارة عن يمينه ، فان المأمور لا يرجع اذا دفع ما لم يكن الأمر قد شرط الرجوع عليه ، او كان المأمور مما جرى العرف برجوعه على الأمر . لان المدفوع وان كان واجباً على الأمر الا انه واجب ديني لا مدني . لكن اذا قال له في هذه الصور ادفع عني فانه يرجع مطلقاً .

القاعدة الرابعة

لا يعتبر امر احد الا في حق ملكه . ويتفرع على ذلك :

١ - لو امر احد شخصاً ، مشيراً لماله بان يحرقه او يرميه في البحر ، ففعل المأمور ذلك ، لا ضمان عليه .

٢ - لو امر احد شخصاً ان يرمي مال شخص آخر في البحر او ان يتلفه

بأية صورة ، ففعل المأمور ذلك وهو يعلم ان المال لغير الأمر ، فلصاحب المال ان يضمن المأمور وليس على الأمر شيء ، لان امره لا يعتبر في ملك غيره . نعم اذا كان الأمر قد اكراه المأمور اكراهاً ملجئاً ، فان الضمان يتوجه الى الأمر لا المأمور على ما مر في بحث الاكراه . وان فعل المأمور ذلك غير عالم ان المال المأمور باتلافه هو لغير الأمر ، فان صاحب المال له ان يضمن المأمور ايضاً لانه هو الفاعل المباشر ، لكن للمأمور حق الرجوع بما ضمن ، على الأمر بسبب غشه وخداعه اياه اذ ان المأمور كان يظن انه ملك الأمر ، اذ ان هذا الظن هو الظاهر (م ١٥١٠)

ما يرجع به المأمور -

المأمور يرجع على أمره بأدنى الشئين مما دفع وما قد امر بدفعه . فاذا دفع اجود مما امر به لا يرجع الا بما امر به لانه ليس له تعدي الأمر ، فالمأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة اذا ادى الدين بدراهم خالصة يأخذ من الأمر دراهم مغشوشة . واذا دفع اخس مما امر به يرجع بما دفع ، لانه ليس له حق في الزيادة ، بل ان حقه في قدر ما اوفى به . فالمأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم خالصة إذا ادى دراهم مغشوشة يأخذ من الأمر دراهم مغشوشة . ووجه الفرق بين المأمور والكفيل من حيث ان الكفيل يرجع بما كفّل لا بما ادى ، هو ان الكفيل بالاداء يقوم مقام الدائن فكأنه ملك الدين بالاداء ، والمأمور اشبه بالسفير فلا يقوم مقام الدائن ولا يملك الدين بالايفاء .

واذا صالح المأمور الدائن على مقدار من الدين ، يرجع بمقدار البذل ، لان القدر الساقط يسقط عن المدين . وان كان قد صالحه على شيء ، كما اذا

صالحه عن الدين على سيارة فانه يرجع على الأمر بمقدار الدين ، لانه يعتبر انه قد اشترى منه السيارة بمقدار الدين وكذلك لو باعه السيارة واجرى تقاص الدين من ثمنها . ولو كان المأمور قد باعه السيارة بازيد من ثمن مثلها ، فليس للأمر ان يحط الزيادة من دينه ويكلف المأمور ان يقبض منه الباقي بعد حط مقدار الزيادة على ثمن المثل من اصل الدين الموفى (م ١٥٠٧)

مجبور امتثال المأمور الامر

المأمور غير مكلف بامتثال امر الأمر حتى ان المأمور بايفاء الدين اذا وعد بايفاءه لا يجبر على الايفاء ، اذ ان المأمور غير ملتزم بايفاء دين غيره (م ١٥١١)
ولا يكن المأمور مجبر على امتثال الأمر في صورتين :

١ - اذا كان للأمر دين في ذمة احد او نقد مودع عنده فاذا امره بايفاء الدين الذي عليه لاحد من الدين الذي في ذمته او النقد المودع عنده ، فان هذا المأمور مجبر على اداء دين الأمر ، فاذا طالبه دائن الدائن باداء ما قد امر به لزم المأمور الاداء ، لان دائن الدائن في هذه الصورة يعتبر وكيلاً عن الدائن بقبض الدين الذي له على المأمور او الوديعة التي له عند المأمور ، فكما ان المأمور كات ملتزماً باداء الدين الذي عليه الى نفس الدائن ، كذلك يكون ملتزماً بادائه الى وكيله ، وكما انه ملتزم بتسليم الوديعة الى المودع عند طلبها ، فانه ملتزم بتسليمها الى وكيله ايضاً . ويمكن حمل التجيير في سندات الامر (الكميالات) وفي السفتجة (البوليصة) اذا كان المسحوب عليه مدينًا لاساحب على هذا الحكم ، لان المخاطب في الصورتين ما هو الا مدين للأمر يطلب منه ايفاء دين الأمر المجبر له

وإذا أنكر المأمور الدين أو الوديعة فإن دائن الدائن ليس له أن يخاصم المأمور
 لاثبات الدين أو الوديعة، لأن الوكيل بالقبض ليس له حق الخصومة (م ١٥١٢).
 ٢- إذا كان المأمور وكيلًا بالبيع باجرة ومأمورًا بإيفاء الدين من ثمن
 المبيع، كما لو قال أحد الآخر بع مالي الفلاني واد من ثمنه الدين الذي علي لفلان،
 وجعل له على ذلك اجرة، فقبل الوكيل، فإنه يلزم بالبيع وبإداء الدين المأمور
 بإيفائه، لأن الوكالة بالاجرة لازمة وعلى الوكيل أن يوفي العمل الموكل به حينئذ،
 إذ ليس له فسخ الوكالة لأنه غير متبرع. بخلاف ما إذا كانت الوكالة بدون
 اجرة، فإن الوكيل المأمور بالإيفاء من ثمن المبيع لا يجبر على ذلك، لأن عقد
 الوكالة حينئذ غير لازم، فباستطاعته فسخ الوكالة وعدم القيام بموجبها
 (م ١٥١٢).

هـ- ما إذا أعطى امرئ آخر فقرًا وأمره بإيفاء دينه

إذا أعطى أحد الآخر مقدارًا من الداهم وأمره أن يسلمه إلى دائنه الفلاني.
 فادعى المأمور التسليم فإنه يصدق بيمينه. ولو أنكر الدائن تسلم المبلغ المذكور
 يقال للمدين صدق أحد الشخصين وكذب الآخر فإن صدق الدائن وكذب
 المأمور يلزم بإبداء الدين ثانية إلى الدائن، وليس له على المأمور سوى اليمين
 لأنه أمين مصدق بيمينه، وإن صدق المأمور وكذب الدائن كان عليه البيعة
 لاثبات التسليم ولا يعتبر قول المأمور بالتسليم، لأن قوله شهادة على فعله،
 لدفع الضمان عن نفسه.

وإن أعطى أحد مقدارًا من الدراهم ليعطيها إلى دائنه فلان فليس لسائر
 دائنيه حق باخذ شيء من تلك الدراهم أي ليس لهم حق باقتسامها غرامة بينهم

لأن الشخص أن يتصرف في ماله كيفما شاء ، وإن يرجح في الإيفاء بعض دأئنيه على بعض . نعم إذا كان الأمر مريضاً مرض موت فإن ما يأخذه الدائن المدفوع اليه لا يخلص له ما قد دفع اليه في مرض الموت إذا لم تف التركة بسائر ديون الغرماء بل لهم حيفئذ حق الرجوع عليه ، بما يصيبهم غرامة بما قبض (م ١٥١٤) .

وإذا كان الأمر في الصورة السابقة قد توفي قبل أن يدفع المأمور لمن قد أمر بالدفع اليه ، فليس للمأمور أن يدفع له شيئاً إذا كان قد وصله العلم بموت الأمر بل عليه أن يعيد المبلغ المذكور الى التركة ، وللدائن المرسل اليه أن يرجع التركة بخصوص دينه ، لأنه بموت الأمر قد انفزل عن الوكالة عنه بالدفع وأصبح مجرد أمين ، وليس للأمين أن يتصرف في الامانة . فإذا دفع والحالة كذلك يكون ضامناً (م ١٥١٤) . والظاهر من مفهوم هذه المادة أن المأمور إذا لم يصله العلم بموت الأمر ودفع المبلغ الى الدائن لا ضمان عليه وإن كان قد انفزل بموت الأمر ، لأنه في هذه الحالة معذور بالدفع .

وإذا كان الأمر قد اعطى المأمور الدراهم على أن يعطيها لدائنه وقيده بان لا يسلمها اليه مالم يأخذ منه وصلاً بها او تظهيراً بقبضه ايها ، على ظهر السند الذي بيد الدائن المعطى من المدين المذكور ، فإذا سلمها المأمور من دون أن يفعل شيئاً من ذلك ثم انكرها الدائن ولم يثبت قبضه ايها وحلف الدائن بعدم قبضها واخذها الدائن ثانياً من الأمر ، فإن المأمور يضمن للأمر الدراهم التي كان قد دفعها على الوجه المذكور الى الدائن وضاعت على المدين ، وذلك لأن الأمر قيد الوكيل بقيد مفيد بصورة النهي ، وليس للوكيل ان

ينحالف القيد المفيد ، وإذا خالف يضمن (م ١٥١٥) ولا ينفع المأمور رحمه
 أنه قد أخذ السند غير أنه قد ضاع منه ، إلا إذا اثبت بالبينة .
 وإذا كان تقييد الأمر جري لا بصورة النهي فإن المأمور إذا سلم الدراهم ولم
 يأخذ وصلاً أو تظهيراً لا يضمن ، لأن القيد ليس مفيداً من كل وجه لجواز
 ضياع الوصل أو انكار معطيه أنه وصله وعدم التمكن من اثبات كونه وصله .
 راجع المادة (١٤٥٦) وشرحها .

- نظام الوكالة بالقصود -

الخصومة لغة بمعنى المنازعة والجدل ، وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني ،
 بمعنى الجواب للخصم بالانكار أو الانكار .

ولا يترتب على الوكيل بالخصومة شيء إذا ثبت المدعى به على موكله ، فلا
 يلزم هو بالانقضاء ولا يجلس من أجله ، سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة .
 ويصح التوكيل بالخصومة في اثبات الديون والاعيان وسائر الحقوق ،
 سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه . ولا يتوقف صحة التوكيل على
 رضا الطرف الآخر إذا وكل أحد الطرفين . فليس كل من المدعي أو المدعى
 عليه أن يوكل من شاء في الخصومة سواء رضى خصمه بذلك أم لم يرض
 (م ١٥١٦) .

ويشترط للتوكيل بالخصومة :

١ - أن يبين الموكل من قد وقع التوكيل لخصمته أو أن يعمم ، لذلك لو قال
 وكلت فلاناً بأن يخاصم ، من غير أن يبين الجهة التي يخاصمها أو يعمم ، لا
 يصح التوكيل .

٢ - أن يبين المدعى به ، أو أن يعزم ، كان يقول وكنت فلاناً لخصم
 وبدأ في الخصوص فلاني ، أو وكنت فلاناً في طلب كل حق لي والادعاء به ،
 أو وكنت فلاناً لخصم في كل دعوى تقام علي وإن يطلب كل حق لي .
 ونحو ذلك .

والتوكيل بالخصومة يثبت بالبينة . ولكن نظراً للاصول المتبعة عندنا لا بد
 لذلك من وثيقة تحريرية مصدقة من كاتب العدل ، أو حاكم المحكمة التي
 أقيمت فيها الدعوى . ويجوز أيضاً أن يثبت التوكيل بالبينة أو الاقرار على
 أن يستوفي الطابع اللازم الصاقه في صك الوكالة ويلصق في الضبط . ولكن
 هذه الصورة لم تجر العادة بها . ويجوز أن يقيم أحد الدعوى على شخص باعتباره
 وكيلاً عن فلان الغائب ويطلبه للمخاصمة حسب وكالته عنه ، فإذا أثبت
 المدعي الوكالة عن الغائب بالبينة ، بأن يشهد الشهود بأن فلاناً (المدعى عليه)
 قد وكل هذا الشخص للمخاصمة مع هذا (المدعي) وإن هذا الشخص قد
 قبل ، فإن هذا الوكيل يجبر حينئذ على إيفاء الوكالة . وهل له أن يعزل نفسه ؟
 إن ثبت كونه وكيلاً بالاجرة فلا شك أنه ليس له أن يعزل نفسه . وإن لم
 يثبت كونه بالاجرة ، فالظاهر أنه ليس له ذلك أيضاً ، لتعلق حق الغير بهذه
 الوكالة ، وهو المدعي ، فليس له أن يعزل نفسه بدون رضاه .

ما يملكه الوكيل بالخصومة وما لا يملكه :

١ - للكيل بالخصومة أن يقر أمام الحاكم ، أي في مجلس القضاء
 (م ١٥١٧) . لأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب ، والجواب كما يكون
 بالانكار يكون بالاقرار . لكن إذا استغنى الموكل الاقرار عليه فلا يعتبر

اقرار الوكيل (م ١٥١٨) ، لان التوكيل حيفئذ مقيد وليس للوكيل أن يخالف القيد الى شر على ما سبق الكلام عليه في المادة (١٤٥٦) . فاذا أقر أمام الحاكم والحالة هذه لا يعتبر اقراره لانه لا يقوم فيه مقام الموكل ، وينعزل فلا تصح مراعاته ومخاصمته ، لان الاقرار المذكور اعتراف بأنه مبطل في دعواه ، وبعبارة أخرى ان اقراره هذا اعتراف بان لا حق لموكله بالخصومة ، فواخذ بهذا الاعتراف في حق نفسه فيعزل ، ولان الشخص إذا أقر بكون المال لغيره لا يصح له أن يدعيه لنفسه ولا أن يدعيه لآخر بالوكالة عنه أو الوصاية عليه ، لان دعواه تكون مناقضة لاقارره ، والتناقض يبطل الدعوى .

والوكيل بالخصومة أن ينكر ، إلا أن يستغنى الموكل الانكار ، سواء كان وكيل المدعى ، أو وكيل المدعى عليه ، لان الانكار قد يكون مضرراً للموكل ، كما لو كان المدعى به أمانة ، فانه إذا انكر الوكيل كون موكله قد أخذ الأمانة ، لا تسمع دعواه بعد ذلك بان موكله قد رد الأمانة الى صاحبها وانه مصدق بقوله . أما قبل الانكار فله ذلك وتسمع دعواه ويصدق موكله بيمينه . لكن الوكيل إذا أنكر في هذه الصورة أمام الحاكم لا ينعزل لعدم تحقق شيء من الاسباب الموجبة للعزل المار ذكرها في صورة اقراره أمام الحاكم إذا لم يكن مأذوناً بالاقرار .

ولا يملك الوكيل بالخصومة :

١ - الصلح . فاذا وكل أحد آخر بدعواه وصالح الوكيل عن تلك الدعوى بلا إذن من موكله ، لا يصح صلحه (م ١٥٤٢) . والوكيل بالصلح

أيضاً لا يملك الخصومة ، لان الصلح والخصومة متغايران ، اذ الصلح مسالمة لا مخاصمة .

٢ - الابراء . فليس للوكيل أن يبرئ المدعى عليه عن الدعوى بدون اذن موكله .

٣ - الهبة . فليس لوكيل المدعي أن يهب المدعى به الى المدعى عليه ، ولا لوكيل المدعى عليه أن يهبه الى المدعي . لان الهبة والابراء ليسا من قبيل الخصومة .

٤ - الاقرار في غير مجلس القضاء . فليس للوكيل أن يقر خارج مجلس القضاء ، لانه وكيل بالجواب للخصم ، والجواب انما يكون في مجلس القضاء ، لانه في غير مجلس القضاء ما هو إلا مجادلة ، وليس هو وكيلًا بالمجادلة . اذا أقر في غير مجلس القضاء ، فان اقراره لا يعتبر ولا ينفذ على موكله ، ومع ذلك فانه ينعزل ، لان اقراره هذا ما هو إلا اعتراف بان موكله مبطل في الدعوى فليس له أن يدخل خصماً في دعوى يعترف انها باطلة (م ١٥١٧) . والظاهر من التعليل انه إذا كان وكيل المدعى عليه فان له أن يقر خارج مجلس القضاء ولا ينعزل خصوصاً إذا تصورنا انه وكيل بالاقرار فقط ، كما إذا وكل المدعى عليه شخصاً بالخصومة واستثنى انكاره . لكن حكم هذه المادة مطلق . والفقهاء يأبى الاطلاق كما يظهر للتأمل .

٥ - القبض . فليس للوكيل بالخصومة حق القبض لان من يؤتمن على الخصومة يجوز الا يؤتمن على قبض المال . فليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به بدون اذن من موكله (م ١٥١٩) .

كما ان الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة بخصوص ما وكل بقبضه (م ١٥٢٠). لانه قد لا يحسن التقاضي . وذهب الاكثرون من المجتهدين الى أن الوكيل بالخصومة يملك قبض المحكوم به ، كما ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة بخصوصه . ولم تأخذ المجلة برأي الاكثرية ، لقوة دليل المسلك الذي ذهب اليه .

— انتهاء الوكالة —

تنقضي الوكالة بأحد الاسباب الآتية :

١ - بتمام الوكيل العمل الموكل به ، فينعزل الوكيل عن الوكالة بالطبع عزلاً حكماً (م ١٥٢٦) سواء كان اتمام العمل وقع على يد الوكيل أو الموكل ، لكن لو رجع المال الى الموكل بالملك القديم رجعت الوكالة أيضاً ، كما لو كان وكيلاً ببيع مال فباعه الموكل ، ثم رد عليه بخيار العيب أو الشرط مثلاً ، فان وكالة الوكيل ببيعه تعود اليه .

٢ - بعزل الموكل الوكيل ، إذا كانت الوكالة بغير اجرة ، لان الوكالة حينئذ عقد غير لازم . أما إذا كانت باجرة فلا ينعزل بعزل الموكل إلا إذا رضي الوكيل ، لانه حينئذ يكون اقالة لائقاً .

ولكن يشترط لانهزال الوكيل بعزل الموكل اياه ثلاثة شروط :

الاول : ان يعلم الوكيل بالعزل ، فهو يبقى وكيلاً الى أن يصله خبر العزل لجميع تصرفاته قبل وصول خبر العزل اليه صحيحة معتبرة (م ١٥٢٣) .
وحصول العلم يكون اولاً : بالعزل مباشرة . ثانياً : بوصول كتاب من الموكل يخبره بالعزل . ثالثاً : بتبليغ رسول الموكل بالعزل . رابعاً : باخبار الفضولي

يعزل الموكل اياه ، بشرط ان يكون المخبر متعدداً ، أو واحداً عدلاً أو غير
عدل وصدقه الوكيل .

الثاني : الا يتعلق بها حق الغير . فان تعلق بالوكالة حق الغير صارت
الوكالة لازمة ، فلا يصح العزل الا برضاء من تعلق حقه بها ، كما اذا وكل
شخص غيره ببيع الرهن وتسديد الدين من ثمنه فان الوكيل لا يعزل الا بإبقاء
ما وكل به أو برضاء المرتهن ، وكما لو وكل المدعى عليه شخصاً بالخصومة
بطلب المدعي فانه ليس له عزله بغياب المدعي ، لان المدعي في هذه الصورة
قد اعتمد على ان يثبت حقه بمواجهة هذا الوكيل متى شاء فلو جاز للموكل عزله
لتضرر المدعي على تقدير اخفاء الموكل نفسه (م ١٥٢١) .

الثالث : أن يحصل علم المدين بالعزل إذا كان الموكل قد وكل الوكيل
بقبض دينه بحضور المدين . فلا يصح في هذه الصورة عزل الوكيل المذكور
بغية المدين ، واذا عزله لا يعتبر العزل بالنظر الى المدين ما لم يعلم بالعزل ،
فاذا كان قد دفع الدين الى الوكيل من دون أن يعلم بانه قد عزل يبرأ ، وليس
للدائن بعد ذلك مطالبته (م ١٥٢٥) . وبوجه ذلك ان التوكيل لما وقع بحضور
المدين ، فاذا اعتبرنا صحة العزل بغيبته وعدم علمه ، يكون المدين مغروراً
متضرراً والضرر والغرر ممنوعان شرعاً .

ويلاحظ ان عزل الموكل وكيله مطلق في الوكالة المطلقة أي غير الدورية أو
الوكالة المعلقة على العزل . اما الوكالة الدورية ، وهي ان يقول انت وكيلي وكلما
عزلتك فانت وكيلي ، فانه لا يعزل الا اذا قال له : قد عزلتك وقد عزلتك

بعد عزلي اياك . واما المعلقة على العزل وهي ان يقول انت وكيلي واذا عزلتك فانت وكيلي ، فانه لا ينعزل الا اذا قال له قد رجعت عن وكالتي المعلقة وقد عزلتك عن الوكالة المنجزة .

ويلاحظ ايضاً ان الوكيل قد ينعزل بمجرد عزل الموكل اياه وقبل وصول خبر العزل اليه في صورتين : احدهما ، ما لو وكله وقبل وصول خبر التوكيل اليه عزله ، فانه ينعزل لان هذا العزل ابطال للايجاب ، ولانه لا ضرر فيه على الوكيل لانه لم يبلغه خبر التوكيل فلم يتشبث بعمل ، بخلاف ما لو بلغه خبر التوكيل وتشبث بعمل فلو اعتبر العزل قبل وصول خبر العزل اليه لنضرر . الثانية لو فسخت الشركة وكان احد الشركاء غائباً ، فان وكالة الشريك تنفسخ من حين الفسخ . وذلك لان وكالة الشريك تابعة للشركة وفي ضمناها ، واذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

٣ ان يعزل الوكيل نفسه ، اذا لم تكن الوكالة باجرة ولم يتعلق بها حق الغير على ما سبق بيانه (م ١٥٢٢) . على انه لا يعتبر عزله نفسه اذا كان وكيلاً بالخصوصية او بشراء شيء معين الا بعد وصول خبر عزله نفسه الى الموكل (م ١٥٢٤) دفعاً للضرر عن الموكل ، لانه كان معتمداً على موكاه في امر الخصوصية ، وشراء الشيء المعين . فاذا اعتبرنا عزله نفسه قبل وصول الخبر اليه لا حتمل ان يجري مرور الزمان مثلاً على دعواه وهو لا يعلم ، ولا يمكن ان يعزل نفسه ، ويشترى لنفسه الشيء المعين الموكل بشراؤه .

٤ — بموت الموكل . ولا يشترط في هذا علم الوكيل بالموت ، فهو معزول حكماً من حين الموت . فلا يبرأ مدين الموكل اذا كان قد دفع الى الوكيل الدين

بعد وفاة الموكل . ولا تقع التصرفات التي يجريها الوكيل عن موكله بعد موته وقبل حصول علمه بالموت . ولا يخفى ما في هذا من الخيف المحتمل وقوعه على الوكيل او من يتعامل معه الوكيل ، فانه قد يكون وكيلا بالبيع او بالشراء فيجري البيع او الشراء بصفتها كبرى لحساب موكله وهو غير عالم بانه ميت اذ ان الشراء يقع عليه ، وهو قد لا يريده ، والبيع يبطل فينضر المشتري المتعامل مع الوكيل .

لكن اذا مات الموكل وكانت الوكالة قد تعلق بها حق الغير فيما عدا الخصومة فان الوكالة لا تنتهي ولا تنسخ . وانما قلنا فيما عدا الخصومه لانها تنتهي الوكالة بها بالموت ولو تعلق بها حق الغير كالمثال السابق وهو ان يوكل المدعى عليه الوكيل بطلب المدعي .

٥ - بخروج الوكيل او الموكل عن اهليته التصرف بان حجر عليه او جن جنونا . مطبقاً (م ١٥٣٠) اما بالنسبة للوكيل فلمدم قدرته على مباشرة العمل . واما بالنسبة للموكل فلانه ببطلان اهليته يبطل منه الامر والتوكيل . الا ان الموكل اذا خرج عن اهليته للتصرف وكانت الوكالة قد تعلق بها حق الغير فانها لا تنسخ لانها في هذه الحالة لا تنسخ بموت الموكل فعدم انفساخها بخروجه عن الاهلية من باب اولي .

٦ - ان يهلك الشيء الموكل بعمله .

٧ - بموت الوكيل . فلا تنتقل الوكالة الى وارثه لانها لا تورث (م ١٥٢٩) لكن لومات الوكيل وكان له خيار عيب فان لوارثه او وصيه ان يرد المبيع بالخيار المذكور . وليس معنى هذا انتقال الوكالة الى الوارث لان خيار العيب كان ثابتاً

الوكيل بالاصالة لا بالوكالة ، فينتقل الى وارثه بهذا الاعتبار .

٨ — يقبل اسم الموكل به كما اذا وكله بشراء حنطة معينة فصارت دقيقاً .

انظر المادة (١٤٧٢)

٩ — ببلا الثمن بيد الوكيل بالشراء . فانه لو وكل احد شخصاً بشراء سيارة ودفع اليه ثمنها فهلك الثمن بيد الوكيل فان الوكالة تنفسخ ، حتى لو اشتراها بعد ذلك ينفذ الشراء على الوكيل ، ولو اجاز الموكل الشراء لا تعتبر اجازته لان الاجازة لا تلحق العقود النافذة .

١٠ — باقرار الوكيل بالخصومة اذا لم يكن مأذوناً بالاقرار ، وباقراره في غير مجلس القضاء ولو كان مأذوناً بالاقرار .

١١ — ببلوغ الصغير قبل ايفاء الوكيل ما قد وكل به اذا كان الوكيل وكلاء عن الولي او الوصي وكان الموكل به مما يعود الى الصغير .

١٢ — واذا وكل احد شخصاً بقبض دين على شخص ثم احوال احد بالدين على المدين فان الوكالة تنفسخ ، لان الموكل بقبضه قد انتقل الى المحال له ولا نيابة للوكيل عنه .

١٣ — بمخالفة الوكيل موكله الى شره ، كما لو وكله بشراء هذه الفرس بخمسين ديناراً فاشتراها بستين ديناراً ، او اشتراها مقايضة فانه ينعزل وينفذ الشراء عليه لا على الموكل .

١٤ — اذا اضاف الوكيل بالنكاح العقد الى نفسه ، فانه ينعزل من الوكالة . ويقع العقد عليه .



كتاب الصلح والابراء

الكلام في هذا يقع في المواضع الآتية :

١ - في تعريف الصلح ، وركنه ، وصفته

٢ - وفي أقسامه

٣ - وفي شروطه

٤ - وفي أحكامه

٥ - وفيما يبطل به الصلح ، والحكم بعد البطلان .

تعريف الصلح وركنه وصفته

هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما ، وركنه الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك عن كذا على كذا ، أو عن دعواك كذا على كذا ، ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ، ورضاه ، فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم الصلح .

وقد يكون الصلح بالتعاطي بشرط ألا يكون بدل الصلح من جنس الدين ، كما لو ادعى أحد على آخر بالف درهم فأعطاه فرساً فترك الدعوى فإنه صلح بالتعاطي ، أما لو أعطاه خمسمائة درهم مثلاً فترك الدعوى فلا يكون صلحاً بالتعاطي بل يعتبر المبلغ المقبوض استيفاء لبعض الدين . ولا يكون الصلح على بعض الدين إلا إذا ارتبط بالإيجاب وقبول صريحين ، أو إيجاب صريح من قبل الدائن وعدم رد من المدين . وإنما قلنا (أو إيجاب صريح من المحل) لأن الصلح على

بعض الدين ينقصد بإيجاب الدائن وحده على شرط عدم رد المدين الإيجاب ،
لان الصلح في هذه الصورة ابراء ، والابراء يتم بإيجاب الدائن وعدم رد
المدين . (م ١٥٣١) .

ويصح الصلح في الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة أما الصلح عن
الدعوى الباطلة فلا . واذا ظهر بعد ذلك بطلان الدعوى فله صلح الذي دفع
البذل ان يسترجعه ، اذ لا عبرة بالظن الظاهر خطاؤه .

صفة عقد الصلح

صفته انه عقد لازم من الجانبين فلا يستقل احد منهما بفسخه بدون رضا
الآخر (م ١٥٥٦) ويسمى كل واحد من المتعاقدين « مصالحاً » (م ١٥٣٢)
وبدل الصلح يسمى « المصالح عليه » (م ١٥٣٣) ومصالحاً به ايضاً . والمدعي
به يسمى « مصالحاً عنه » (م ١٥٣٤) .

اقسام الصلح :

انواع الصلح ثلاثة :

١ - صلح عن اقرار . وهو الصلح الواقع بعد اقرار المدعي عليه بالمدعى
به ، سواء كان الاقرار صراحة ، او حكماً كما لو طلب المدعى عليه الصلح من
الدائن ، فانه اقرار بالدين حكماً .

٢ - و صلح عن انكار . وهو الصلح الواقع بناء على انكار المدعى عليه .

٣ - و صلح عن سكوت . وهو الصلح الواقع بعد سكوت المدعى عليه ،
بان لا يقر ولا ينكر (م ١٥٣٥) .

شروط الصلح

شروط الصلح بعضها يرجع الى المصلح ، وبعضها يرجع الى المصلح عليه ،
وبعضها يرجع الى المصلح عنه .

اما الذي يرجع الى المصلح فهي :

١ - ان يكون عاقلا فلا يصح صلح المجنون والصبي غير المميز . اما
البلوغ فليس بشرط ، فيصح صلح الصبي المميز المأذون اذا لم يكن فيه ضرر
ظاهر ، كما اذا وجب للصبي المأذون دين على انسان ولم تكن له بينة عليه ،
فانه يصح صلحه حينئذ على اخذ البعض ، لانه عند انعدام البينة لا حق له
الا بالخصومة والحلف ، والمال المتحقق انفع له منهما ، وقيل انما يصح صلحه اذا
لم تكن له بينة وتحقق ان المدين سيحلف ، وهذا هو الظاهر من صراحة المجلة ،
فان كانت له بينة عليه لا يجوز الصلح المذكور ، لان الخط تبرع وهو لا يملك
التبرعات . وكذلك اذا اقر الصبي المأذون بشي عليه ، يصح صلحه . لان
اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي لا تبرعا منه
فيصح . وله ان يعقد الصلح على تأجيل الدين الذي له على احد ، اذ ليس في
ذلك ضرر ظاهر اي ضرر فاحش . وكذلك لو باع الصبي مالا وظهر فيه عيب قديم
واراد المشتري رده عليه ، فانه تجوز له المصالحة عنه ، اذ لا ضرر في ذلك .
اما المعتوه فالظاهر من المادة (١٥٣٩ م) ان صلحه لا تجوز . ولكن نظر
الى مفاد المادة (٩٧٨) من ان المعتوه كالصبي المميز ينبغي ان يجوز صلح
المعتوه اذا كان مأذونا بالتجارة ولم يكن في الصلح ضرر بين وعليه يراد من
المعتوه في المادة (١٥٣٩ م) المعتوه غير المأذون .

وإذا ادعى الصبي المأذون على أحد مالا فصالحه على مقدار قيمته أو غبن يسير صلح ، وإذا صالح على نقصان فاحش لا يصح ، إلا إذا لم تكن له بيعة عليه فإنه يصح صلحه ولو بالغبن الفاحش ، لما سبق قريباً (م ١٥٣٩) .

٢ — أن يكون الولي أو الوصي المصالح عن الصغير مثلاً محافظاً على مصلحة من هو تحت ولايته ، فلا يصح الصلح إذا كان ضاراً به ضرراً بيئاً ، فلو ادعى أحد على صبي ديناً فصالح أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي ، يصح أن كان للمدعي بيعة ، فإن لم يكن له بيعة لا يصح اللهم إلا إذا صالح على أن يعطي من مال نفسه لأنه لا ضرر حينئذ بالصغير .

ولا يتحقق شرط وجود البيعة إلا بامور هي :

أولاً — أن يقيم المدعي الدعوى .

ثانياً — أن يشهد الشهود بحضور الولي .

ثالثاً — أن تحصل القناعة للولي أنهم سيشهدون أمام الحاكم .

وإذا كان للصبي طلب في ذمة أحد وصالحه أبوه بحط مقدار منه ، لا يصح صلحه أن كانت له بيعة ، وإن لم تكن له بيعة وتحقق أن المدين سيحلف يصح ، وإذا كان للصبي مال على آخر فصالح وليه أو وصيه على مقدار مساوٍ لطلبه أو أقل يسير ، صح . وإن كان الصالح بنقصان فاحش لا يصح إلا إذا لم تكن له بيعة وتحقق أن المدعي عليه سيحلف (م ١٥٤٠) .

ويلاحظ أن صلح الولي أو الوصي إذا وقع بناء على تصرف أجراه هو ، يصح مطلقاً أي ولو كانت له بيعة على رأي أبي يوسف ومحمد ، ولكنه يضمن للصغير النقصان . مثلاً لو أجر الولي دار الصغير بالف درهم ثم تصالح مع المستأجر على

خمسائة ، فانه يصح على قولها ولو كانت له بيعة ويضمن للصغير خمسمائة .
والظاهر من اطلاق المجلة عدم الفرق بين ما إذا كان الصلح بناء على تصرف
أجراه هو أو أجراه غيره .

ولا تجوز المصالحة عن الصغير الا من وليه في المال وهو الاب ووصيه ،
والجد ووصيه ، والقاضي .

والوكيل بالخصومة أن يصلح عن دعوى موكله إذا كان موكله قد أذنه بالمصالحة ،
والا فلا ، لان الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح (م ١٥٥٢) . فاذا
كان الوكيل مأذوناً بالمصالحة ، فان صالح على مقدار من جنس الدين الذي في
ذمة الموكل ، أو عن دم العمد أو الجنائيات فيما دون النفس ، أو عن النكاح ،
فالصلح سواء كان عن اقرار أم عن انكار أم عن سكوت ، يلزم بدل الصلح
الموكل ولا يطالب الوكيل به ، إلا إذا كان ضامناً به لان الصلح في هذه الصور
يتضمن الاسقاط ، فالوكيل في حكم الرسول . واذا كان الصلح على مال من غير
جنس المصالح عنه ، فان كان عن انكار فكذلك يلزم على الموكل ، سواء كان
المصالح عنه والمصالح عليه من الاعيان أو من الديون المختلفة الجنس ، وان
كان عن اقرار فاذا أضافه الوكيل الى نفسه لزمه البذل ، وان أضافه الى الموكل
لزم الموكل . مثلاً لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك
المبلغ ولا يكون الوكيل مسؤولاً عنه ، لكن لو قال الوكيل صالح على كذا وأنا
كفيل به ، يؤخذ ذلك المبلغ منه وهو يرجع على موكله . وأيضاً لو وقع الصلح
عن اقرار بمال عن مال بان كان الوكيل قد عقد الصلح بقوله للمدعي صالحني
عن دعوى فلان بكذا ، يؤخذ بدل الصلح منه لانه في حكم البيع ، وهو يرجع

على الموكل (م ١٥٤٣) .
 وللفضولي ان يصلح عن دعوى واقعة بين شخصين . فاذا اضاف العقد
 اليه فهو ضامن على كل حال ، وان اضافه الى المدعى عليه ، فهناك
 خمس صور .

- ١ - ان يضمن بدل الصلح .
- ٢ - ان يضيف بدل الصلح الى ماله بان يقول على مالي الغلافي .
- ٣ - ان يشير الى النقود او العروض الموجودة بقوله على هذا المبلغ .
- ٤ - ان يطلق ويسلم البديل بان يقول صالحت على كذا ولم يكن ضامناً .
 ولا مضيقاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء ويسلم المبلغ .
- ٥ - ان يطابق كالصورة الرابعة ولكنه ، لم يسلم المبلغ المصالح
 عليه .

ففي الصور الاربع الاولى يلزم الصلح ويكون الفضولي متبرعاً ، وفي الصورة
 الخامسة يكون الصلح موقوفاً على رضا المدعى عليه (م ١٥٤٤) . وانما يلزم في
 الصور الاربع لان المقصد من الصلح براءة المدعى عليه من الدعوى ، فكون
 الاجنبي سبباً للبراءة لا يكون مانعاً للعقد .

ثم اذا استحق البديل المصالح عليه الذي دفعه الفضولي ففي صورة الضمان
 وهي الصورة الاولى يرجع المصالح المدعي على الفضولي ، لانه قد ضمن البديل .
 وفي الصور الثلاث بعدها لا يرجع عليه بشيء لان الفضولي متبرع والصلح
 وقع على معين ولم يتعهد بالدفع من مال آخر .

واما الشروط التي تلزم في المصالح عليه فهي :

٢ - أن يكون مالا متقوماً مقدور التسليم او منفعة ، سواء كان المال عيناً او ديناً ، لان المصالح عليه ان كان عيناً فهو في حكم المبيع فلا بد من ان تتوفر فيه شروط المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن . فلا بد ان تتوفر فيه شروطه . (م ١٥٤٥) .

٢ - أن يكون معلوماً علماً نافعاً للجهة الفاعلة المؤدية الى النزاع ، الا اذا كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم ، فانه لا يشترط العلم به ، كما اذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئاً ثم تصالحا على ان يجعل كل منهما حقه بدل صلح عما للآخر .

اما المصالح عنه فلا يشترط العلم به لانه في الاصل لا يحتاج فيه الى التسليم ، ولهذا اذا اصطلحا على ان يعطى كل للآخر ما يدعيه فلا بد من ان يكون كل منهما معلوماً لان المصالحة في هذه الصورة تقتضي التسليم ، والتسليم يقتضي ان يكون ما يسلم معلوماً ، دفعاً للمنازعة (م ١٥٤٧) .

٣ - أن يكون مملوكاً للمصالح ، حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح ، لانه تبين انه ليس مملوكاً للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح (م ١٥٤٦) .

٤ - الا يكون مما لا يصح تملكه بيعاً وشراء او اجارة ، كالحقوق المجردة مثل حق المسيل وحق الشرب من نهر لاحق للمصالح في رقبته ، فانها لا يصح بيعها منفردة فلا تصح ان تكون وحدها بدل صلح ، وكذلك لا تصح المصالحة على ان يحمل كذا وكذا جذعاً على هذا الحائط ، او على ان يسيل المدعي ميزابه في دار المدعى عليه اياماً معلومة ، لان هذه المنافع لا يصح اجارتها لعدم

العرف . والحاصل ان الاصل ان كل ما يجوز تملكه بالبيع والشراء او الاجارة يجوز ان يكون بدل صلح ، ومالا فلا .

واما الشروط التي تلزم في المصالح عنه فهي :

١- ان يكون مما يصح للمصالح الاعتياض عنه ، فلا يصح الصلح عن الحقوق المجردة . وبعبارة اخرى ان يكون مالا متقوماً مقدور التسليم او منفعة . ثم ان الحقوق المجردة وان لم يصح الصلح عنها ، الا انه يصح الصلح عن دعواها باعطاء البدل لاجل الخلاص من اليمين (م ١٥٥٥) فان الصلح عن دعواها لا يتضمن الاعتياض عنها ، بل هو يتضمن الفداء عن اليمين وقطع المنازعة ، فيصح الصلح بهذا الاعتبار .

وهنا ضابطة وهي ان كل حق يستلزم توجه اليمين تجوز المصالحة عنه باعتبار

ان البدل فداء لليمين وقطع للخضومة .

٢ - ان يكون من حقوق العباد ، لان المصالح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه او باستيفاء البعض واسقاط الباقي ، او بالمعاوضة . فلا يصح الصلح عن حقوق الله التي تسمى بالحقوق العمومية بعرف القانون .

٣ . ان يكون المصالح عنه حقاً للمصالح نفسه فان لم يكن حقاً له لا يصح كالصلح عن دعوى نسب الصغير ، فلو ان امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صيداً في يده انه منها وجحد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل ، لان النسب حق الصبي لا حقها ، فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها . ومن جهة اخرى ان الصلح اما اسقاط او معاوضة والنسب لا يحتملها .

٤ - ان يكون الحق ثابتاً للمصالح في الحمل المصالح عنه فان لم يكن ثابتاً

له في المحل ، فلا يجوز الصلح عنه ، كما اذا صلح المشتري الشفيع على شيء ،
ليترك شفيعه ، فالصلح باطل ، لانه لا حق للشفيع في المصالح عنه ، وانما
الثابت له حق التملك ، وهو ليس حقاً ثابتاً في المحل بل هو عبارة عن الولاية
وهي صفة الوالي ، فلا يحتمل الصلح عنه .

لكن لو تصالح الشفيع على ان يأخذ نصف المشفوع مثلاً ببدله من ثمن
المثل . كن ذلك بعد اجراء الطلبات الثلاث ، يصح الصلح ، ويكون بذلك
قد اخذ ما اخذ بالشفعة واسقط حقه عن الباقي ، لانه صلح عن الشفعة .
واذا تصالح على ذلك قبل اجراء طاب الشفعة ، يكون قد اشترى ذلك المقدار
ابتداءً . اسقط الشفعة عن الكل

احكام الصلح

احكام الاصل العام لجميع انواع الصلح هو انقطاع الخصومة والمنازعة
بين المتداعيين ، فاذا تم فليس لواحد من الطرفين فقط حق الرجوع ، ويملك
المدعي بالصلح بدله ، ولا يبقى له حق في الدعوى وليس للمدعى عليه ايضاً
استرداد بدل الصلح منه . (م ١٥٥٦) واذا مات احد الطرفين فليس
لورثته فسخ صلحه ، لان الورثة قائمون مقام المورث في الحقوق ، فكما ان ليس
للمورث حق الفسخ كذلك ليس لورثته ذلك . (م ١٥٥٧) لكن اذا وقع
الصلح عن اقرار على منفعة ثم مات احد المتصلحين قبل استيفاء المنفعة فيما
ان الصلح هنا بمعنى الاجارة فانه يبطل ، على القول ببطلان الاجارة بموت
أحد الطرفين ، وجينئذ يسقط من المصالح عنه بنسبة ما قد استوفى من المنفعة .
ويجوز للطرفين ان يتفقا على فسخ الصلح واقالته ان كان الصلح الواقع

بمعنى المعاوضة ، لان الاقالة في المعاوضات جائزة . وان كان الصلح لا يتضمن
المعاوضة بل الاسقاط ، فلا يصح نقضه وفسخه اصلاً ، لان الساقط لا يعود
(م ١٥٥٨) .

والصلح احكام اخرى تدخل في نوع دون نوع من الصلح . واليك
البيان .

١ -- ان الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين ، هو
في حكم البيع . فان كان كل من المالكين قيمياً يكون مقايضة وان كان احدهما
مثلياً والآخر قيمياً ، كان بيعاً مطلقاً ، وان كانا مثليين مختلفي الجنس من
النقود كان صرفاً .

وبما ان الصلح في هذه الصورة في حكم البيع فانه يجري فيه خيار العيب
والرؤية والشرط ، كما تجري الشفعة في كل من المصالح عنه والمصالح عليه اذا
كان عقاراً . واذا استحق المصالح عنه كله يسترد المدعى عليه بدل الصلح كله ،
واذا استحق بعض المصالح عنه كان المدعى عليه مخيراً بين ، الفسخ وبين الرجوع
على المدعي بذلك المقدار من البديل ، كما هو الحال في البيع . واذا استحق بدل الصلح
كلاً او بعضاً فان كان من نوع الدين فللمدعي ان يطلب من المدعى عليه مثل
ما استحق من البديل ، ولا يتأثر عقد الصلح وان كان البديل عيناً لا ديناً ،
فللمدعي ان يطلب من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلاً او بعضاً
اي ان عقد الصلح قد تأثر بهذا الاستحقاق ، اذ انه باستحقاق الكل
يبطل الصلح ويرجع المدعي بكل المصالح عنه ، وباستحقاق البعض يبطل
في مقدار ما استحق (م ١٥٤٨) . ويفترق الصلح عن البيع في مسألة وهي

ما اذا صالح المدعى عليه المدعي بظنه انه مدين له ثم تصادقا على انه غير مدين ، او انه ظهر بنتيجة الحساب انه غير مدين ، فان الصلح يكون باطلا ويسترد المدعى عليه ما دفعه الى المدعي من المال ، ولكن لو اشترى المدعي من المدعى عليه بدينه مالا ثم ظهر انه ليس بمدين ، فان البيع لا يبطل ولا يسترد المدعى عليه المال ، بل عليه ان يدفع الثمن . ووجه الفرق ان الصلح يبنى على المسامحة فلو الزمنا فيه البيع الضمني نكون قد ضررنا المدعى عليه ، بخلاف البيع فانه يبنى على المساواة فليس في تصحيحه ضرر ، وتصحيح العقود بدون ضرر اولى ، مهما امكن .

٢ - ان وقع الصلح عن الاقرار . وكان احد البديلين منفعة ، كان بحكم الاجارة ، كما لو ادعى زيد على عمرو بستاناً فاقرب به ثم تصالحا على ان يسكن زيد عشر سنين في دار عمرو ، فيلزم في هذا العقد ما يلزم في الاجارة من توقيت مدة الانتفاع ، وانفساخ عقد الصلح بموت أحد العاقدين على رأي من قال بانفساخها - وهو رأي لم تأخذ به المجلة اذ لم يرد في كتاب الاجارة صراحة بذلك - .

واذا استحق المصالح عنه كلا او بعضاً كان للمدعى عليه ان يسترد من بدل الصلح بقدر ما استحق كلا او بعضاً ، لانه لم يدفع المصالح به الا ليسلم به ما عنده . واذا استحق البديل كله او بعضه رجع المدعي على المدعى عليه بقدر ما استحق ، لانه ما ترك المدعى به الا ليسلم له البديل (م ١٥٤٩) . ولو وقع الصلح في دعوى دار على ان يسكنها المدعي خمس سنين مثلاً ، لم يكن الصلح بمعنى الاجارة بل يكون استيفاء لبعض الحق ، فيظهر من هذا ان القول

بان الصلح على المنفعة بحكم الاجاره ، انما هو فيما اذا لم تكن المنفعة متفعة المصالح عنه .

٣ - الصلح عن الانكار والسكوت هو في حق المدعي معاوضة ، لانه بالنظر اليه قد اخذ المصالح عليه بدلا عن المدعي به الذي يزعم انه ملكه . وهو في حق المدعي عليه فداء عن اليقين وقطع للخصومة لا معاوضة ، لانه لم يعترف بكون المدعي به عائداً للمدعي حتى نعتبر ان المدعي به بقي في يده عوضاً عما دفعه الى المدعي من بدل الصلح ، فكان ما دفعه الى المدعي هو لمحض قطع المنازعة وفداء اليقين الذي توجه اليه عند عجز المدعي عن البينة . وانما اعتبر السكوت انكاراً مع انه يحتمل الاقرار والانكار ، لان الاصل براءة الذمة ، فحملة على الانكار اقرب .

ويترب على هذا انه اذا كان بدل الصلح عيناً كان في معنى البيع فتسري عليه جميع احكام البيع فتجري فيه الخيارات كما تجري فيه الشفعة اذا كان عقاراً . واذا كان منفعة كان في معنى الاجارة فتسري عليه احكام الاجارة . وانما المصالح عنه فلا تسري عليه احكام البيع او الاجارة ، فلا تجري فيه الخيارات ، كما لا تجري فيه الشفعة اذا كان عقاراً .

واذا استحق المصالح عنه كالا او بعضاً بالبينة يرد المدعي عليه ما يقابل المستحق كالا او بعضاً ، لانه لم يدفع البذل الا ليسلم له المدعي به ، فاذا استحق لم يتم له مقصوده فيرجع بما ذكر . واذا استحق بدل الصلح وكان عيناً رجع المدعي بالخصومة على المدعي عليه بمقدار ما استحق لانه لم يترك الدعوى الا ليسلم له البذل ، اما اذا كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين . فلا

يبطل الصلح ولا يرجع المدعي بالخصوصة بل يلزم المدعى عليه ان يسلم اليه مثل ما قد استحق .

وانما قيدنا الاستحقاق بان يكون بالبينة ، لانه لو ثبت بالاقرار لا يرجع المقر بشئ ولا يؤثر اقراره على المدعي ، لان الاقرار حجة قاصرة (م ١٥٥٠) .
٤ اذا وقع الصلح على ان يكون بعض المدعى به ، بدلا . فان كان

المدعى به من الاعيان ، يكون الصلح استيفاء لبعض المدعى به واسقاطاً لحق الدعوى في الباقي ، كما لو ادعى احد بروضة مثلاً ثم صالح على مقدار منها وبراء المدعى عليه عن دعوى باقيةا (م ١٥٥١) اما لو صالحه على بعضها وبراءه عن الباقي فلا يصح الا براء لان البراء عن نفس العين غير صحيح ، بخلاف البراء عن دعوى العين . وسيجيء الكلام عن البراء عن الاعيان في بحث البراء . وان كان المدعى به ديناً في الذمة فانه يكون استيفاء للبعض وبراءه عن الباقي ، اي اذا صالح احد عن طلبه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكون قد استوفى بعض طلبه واسقط الباقي اي ابراء ذمة المدين من الباقي (م ١٥٥٢) .

٥ — اذا صالح احد على تأجيل دينه الذي في ذمة احد يكون قد اسقط حق تعجيله لكن يشترط لصحة هذه المصالحة الا يكون في التأجيل جهالة فاحشة . ويستثنى من هذا دين القرض فان المصالحة على تأجيله غير معتبرة لان تأجيل القرض غير لازم (م ١٥٥٣) .

كما انه اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يدفع له بدلها سكة معشوشة يكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة . و يعتبر هذا الصلح

من قبل بيع الصرف فلا بد فيه من قبض البديل في المجلس (م ١٥٥٤) .
 ٦ - الصلح للخلاص من الدين الموجهة الى المدعى عليه ، على اعطاء بديل ،
 يصح ويكون المدعي قد اسقط به حق خصومته فلا يحلف المدعى عليه
 (م ١٥٥٩) .

هل يصح الصلح عن الدين الموجهة الى المدعي كيمين الاستظهار
 والاستحقاق ؟ الظاهر لا اذ ليس في هذا قطع خصومة ليعتبر الصلح عن
 حق الدعوى ، ولان الظاهر من الفقه ان الفداء خاص باليمين الموجهة الى
 المدعى عليه لا الى المدعي و يمين الاستظهار توجه الى المدعي .
ما يبطل به الصلح والحكم بعد ذلك .

يبطل الصلح بالامور الآتية :

- ١ - بالاقالة ، اذا كان في الصلح الواقع معنى المعاوضة ، ولو بالنظر
 لاحد الطرفين (م ١٥٥٨) . و يعلم مما سبق الصلح الذي فيه معنى المعاوضة .
- ٢ - الرد بخيار العيب والرؤية . ثم ان كان الصلح عن اقرار يرجع
 المدعي بما ادعاه ، وان كان عن انكار او سكوت يرجع بالخصومه .
- ٣ - استحقاق احد العوضين . وقد علم حكم استحقاق احد العوضين مما
 سبق . وهذا الاستحقاق ليس في الحقيقة ابطالا بل هو بيان ان الصلح لم
 يصح . الا انه ابطال من حيث الظاهر .
- ٤ - اذا هلك كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم الى المدعي وكان مما
 يتعين بالتعيين . وحكمه ان المدعي يرجع على المدعى عليه بالمدعى به بالمقدار
 الذي قد هلك من البديل ، في الصلح الواقع عن اقرار . ويرجع الى دعواه في

الصلح الواقع عن انكار او سكوت . اما اذا كان بدل الصلح ديناً اي ممالا
يتعين بالتعيين ، فلا يأتي على الصلح خلل بل يلزم المدعى عليه اعطاء المدعي
مثل المقدار الذي تلف . والحاصل ان هلاك بدل الصلح كلاً او بعضاً
كاستحقاقه كلاً او بعضاً .

٥ — موت احد المتعاقدين . في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لان
الصلح في مثل هذا يحكم الاجارة وهي تبطل بموت احد المتعاقدين . ولكن
المجلة لم تأخذ بهذا على ما اشرنا اليه سابقاً من ان المجلة لم تذهب الى بطلان
الاجارة بموت احد المتعاقدين . ويدل على ما ذهبنا اليه ان المادة (م ١٥٥٧)
اطلقت عدم بطلان الصلح بموت احد الطرفين .

ومن مسائل الصلح التخارج ، وهو اتفاق بعض الورثة مع سائر الورثة
بان يخرج من البين على ان يدفع اليه مال معلوم مقابل حصته من التركة .
فالتخارج نوع مصالحة . وهو على صور :

١ — ان تكون التركة عروضاً او عقارات او خليطاً منهما . فيعطي
الخارج مقداراً معلوماً من المال مقابل حصته . وهذه الصورة صحيحة معتبرة .

٢ — ان تكون التركة نقوداً ، فينظر حينئذ فان كان بدل الصلح من
غير جنس المصالح عنه صح ، والا فلا . فلو كانت التركة ذهباً واعطى الخارج
فضة صح وكذلك العكس ، ولكن يلزم القبض في المجلس لان المعاملة بيع
صرف في الحقيقة . كذلك لو كانت التركة ذهباً وفضة واعطى الخارج مقداراً
من الذهب ومقداراً من الفضة ، كثر المقدار او قل ، فانه صحيح لان ما يأخذه
من الذهب يعتبر مقابل نصيبه من الفضة وما يأخذه من الفضة يعتبر مقابل

نصيبه من الذهب فاختلف الجنس ، وكذلك يصح لو كانت التركة نقوداً ، واعطى الخارج عروضاً او عقاراً

٣ - ان تكون التركة نقوداً ، غير نقود من عروض وعقار ، فينظر فان كان بدل الصلح عروضاً او عقاراً صح ، كذلك يصح اذا كان بدل الصلح من النقود ولكن اكثر من مقدار حصته من النقود المتروكة ، لان ما يقابل حصته من النقود في المقدار بعد استيفاء ، والزائد بعد بدلا عن حصته من العروض والعقار . اما اذا كان البديل مساوياً لحصته من النقود المتروكة او اقل فلا يصح لعدم تلبية التحويل الذي ذكرناه .

٤ - ان تكون التركة كلها ديوناً في الذمة وجرى التخارج على ان يكون بعض الديون للخارج . وهذا غير صحيح ، لامتياز عمليتك الدين لغير من عليه الدين . ولاستلزامه قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز .

٥ - ان تكون التركة ديوناً وغير ديون وجرى التخارج على غير الديون ، وهو صحيح ، ويبقى الدين مشتركاً بين الجميع حسب حصصهم الارثية . اما لو كان بدل الصلح ديناً وغير دين فانه لا يصح لانه باطل في الدين واذا بطل العقد في البعض بطل في الكل .

ثم ان بدل الصلح الذي دفع الى الخارج ان كان من التركة فان باقي التركة يقسم على سائر الورثة الباقين حسب عدد رؤوسهم ان لم تكن سهامهم مختلفة . وان كانت سهامهم مختلفة فان الباقي يقسم على عدد سهامهم من مسألتهم قبل التخارج فلو كان الورثة زوجاً وبنتاً واخناً ووقع التخارج مع الزوج على شيء من التركة فان الباقي يقسم على ثلاثة حصص اثنتان للبنت واحدة للاخت . وان

كان بدل الصلح ليس من التركة بل من مال آخر مشترك بين سائر الورثة فان نصيب الخارج من التركة يقسم على الورثة بنسبة حصصهم من البدل المشترك بينهم .

ويلاحظ ان الخارج لا يصح اذا كان على التركة دين ولو قل الا اذا اوفى الدين اولا او تعهد بعض الورثة بتحملة ، وهو يكون متبرعا بذلك .
واذا ظهر بعد الخارج مال للتركة ، فانه لا يشملته الخارج على القول الراجح ، بل يكون مشتركا بين سائر الورثة حسب انصائهم الشرعية .

الابراء

ينحصر الكلام في هذا الباب بالمواضيع الآتية .

١ - تعريف البراء واقسامه وركنه .

٢ - ما يصح فيه البراء وما لا يصح .

٣ - شروطه واحكامه .

٤ - حدود شمول اللفظ البراء .

تعريف البراء واقسامه .

هو اسقاط احد كل دينه ، او بعضه ، او اى حق من حقوقه من ذمة احد ويسمى ابراء اسقاط . واذا اطلق البراء فانه ينصرف الى هذا المعنى على الاصح ، لانه حقيقة فيه ، ولانه المتبادر عند الاطلاق ، وقد ذهب البعض الى انه عند الاطلاق يحمل على ابراء الاستيفاء . وهنا نوع آخر ، ويسمى ابراء الاستيفاء وهو ان يقر احد باستيفاء دينه كله او بعضه من مدينه . وهذا النوع في الحقيقة اقرار لا ابراء وانما يسمى ابراء مجازاً . فالبراء اذاً نوعان .

ابراء اسقاط ، وابراء استيفاء والمبحوث عنه هنا هو الاول ، لان الثاني داخل ضمن الاقرار (م ١٥٣٦) .

وينقسم ابراء الاسقاط الى قسمين ايضاً : الى ابراء خاص ، وبراء عام .
والابراء الخاص هو ابراء احد آخر من دين معين او حق معين او من دعوى متعلقة بخصوص معين معلوم كدعوى الطلب بدار او ضيعة او دين كأن يقول له ابرأتك من الدعوى المتعلقة بالدار الفلانية وكأن يقول ابرأت زيدا من الدين الفلاني ، وكأن يقول ابرأتك من حق الشفعة في الدار الفلانية (م ١٥٣٧) .

والابراء العام هو ابراء احد آخر من جميع الحقوق او جميع الديون او جميع الدعاوي كأن يقول لا حق لي قبل فلان . او ابرأتك من جميع الحقوق او جميع الدعاوي ، او جميع الخصوصات ، او يقول ابرأت زيدا من جميع الديون (م ١٥٣٨) فاذا كان الابراء خاصاً ، لا يبقى للمبرئ حق على المبرأ بذلك الخصوص . واذا كان عاماً ، لا يبقى للمبرئ حق على المبرأ بالحدود التي يشملها العموم . مثلاً ان قوله لا حق لي قبل فلان يشمل الامانات والمضمونات والديون وسائر الحقوق ، فلا يحق له الدعوى على فلان بشيء سابق على الابراء . وكذلك قوله ابرأت فلاناً من جميع الدعاوي فانه لا يحق له الدعوى عليه بشيء سابق على الابراء . واذا قال ابرأت زيدا عن سائر الديون ، لا يبقى له حق الدعوى عليه بدين سابق على الابراء .

ركن الابراء :

ركنه ايجاب المبرئ وعدم الرد من المبرأ . فلا تتوقف صحة الابراء على القبول

ولكنه يرتد بالرد اذا لم يكن اسقاطاً محضاً لان البراء حينئذ وان كان اسقاطاً من جهة الا انه يتضمن معنى التمليك. ويدقح حق الرد بالأمر الآتية :

١ - السكوت في المجلس . فليس له بعد انقضاء المجلس وهو ساكت حق الرد فاذا رد فلا عبرة برده . والمراد من المجلس مجلس البراء اذا كان المبرأ حاضراً ومجلس بلوغ خبر البراء اذا كان غائباً .

٢ - طلب البراء . فاذا طلب المدين البراء من دائئه فابراه فلا يحق له الرد .

٣ - القبول فاذا ابرأ احد آخر من دين مثلاً وقبل المبرأ ، فلا يحق له الرد بعد القبول . فلا بد من القبول في السلم .

غير ان البراء عن رأس مال السلم يتوقف على القبول ويرتد بالرد ، وذلك لان قبض رأس مال السلم شرط لصحة العقد فالبراء عن رأس مال السلم يكون فسخاً للعقد في الحقيقة ، وان العقد الذي ينعقد صحيحاً لازماً تتوقف اقالته وفسخه على رضا الطرفين .

والحاصل ان البراء بالنظر الى القبول والرد على ثلاثة انواع :

١ - ما لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد ، وذلك اذا كان اسقاطاً محضاً كلابراء عن الكفالة ، وبراء المحال له المحال عليه .

٢ - ما لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد كلابراء عن الديون ما عدا رأس مال السلم ، وذلك لتضمنه التمليك .

٣ - ما يتوقف على القبول ويرتد بالرد ، وذلك كلابراء عن رأس مال السلم ، لانه فسخ للعقد في الحقيقة (م ١٥٦٨) .

ويلاحظ ان الابراء لا يصح تعليقه على الشرط لان فيه معنى التملك وما كان كذلك من العقود والنصرقات لا يصح تعليقه . ويترتب على هذا ان الدائن اذا قال لمدينه ان اديت لي نصف الدين فقد ابرأتك من النصف الآخر ، انه لا يبرأ بأداء النصف عن النصف الآخر .

ويجوز اقترانه بالشرط الملائم ، كما اذا قال الدائن لمدينه ابرأتك عن نصف الدين على شرط ان تؤدي لي النصف الآخر في يوم كذا وان لم تؤده في هذا اليوم فان الدين يرجع كما كان بتمامه ، فان ادى النصف في الوقت المعين برئ من النصف الآخر وان لم يؤده لا يبرأ من شيء ويبقى عليه الدين كله . واذا كان الشرط فاسداً يصح الابراء ويلغى الشرط ، كما اذا لم يعين وقت الاداء في المثال المذكور تعيناً تاماً ، لان الابراء لا يبطل بالشروط الفاسدة .

ما يصح فيه الابراء وما لا يصح .

يصح الابراء :

١- عن الدعوى سواء كانت دعوى دين او عين مضمونة ، او عين غير مضمونة او دعوى حق مجرد كحق الشفعة وحق المسيل وسائر الحقوق (م ١٥٦٤ و ١٥٦٥ و ١٥٦٦) .

٢- وعن الدين سواء كان عن كل الدين او بعضه ، فلو اتلف احد مال غيره فقد ثبت في ذمته بدله للمالك وكذلك اذا غصب احد مالا فهلك في يده ، فانه يترتب في ذمته بدله للمالك ، فله المالك ان يبرئ المتلف او الغاصب مما يترتب في ذمته ، كلا او بعضاً . وهكذا سائر الديون .

٣ - وعن الحقوق القابلة للاسقاط كحق المرور وحق المسيل وحق الشفعة
وسائر الحقوق المجردة ، لان الحق المجرد يبطل بالابطال انظر المادة (١٢٢٧) .
اما الحقوق التي لا تقبل الاسقاط ، فلا يصح البراء فيها كحق الرجوع في
الهبة ونحوه .

٤ - وعن العين غير المضمونة ، فلو كان لاحد امانة بيد شخص فقال
له ابرأتك عن هذه العين ، يحمل البراء على البراء عن دعواها ، فلا
تجمع دعواها بخصوصها .
ولا يصح البراء :

١ - عن نفس العين المضمونة لان الاعيان لا تقبل الاسقاط . فلو قال
ابراأتك عن العين الغلانية ، فان هذا البراء غير معتبر ، فلا تكون العين
ملكاً للمبرأ ، بل تبقى ملكاً للمبرئ . فله حق الدعوى بالعين المذكور .
نعم يعتبر هذا البراء من حيث نفى وصف الضمان ، اعمالاً للكلام قدر
الامكان ، فتصبح هذه العين المضمونة ، بعد البراء امانة بيد المبرأ . ووجه
الفرق بين العين المضمونة وغير المضمونة ان اعمال الكلام في البراء عن
العين غير المضمونة ، لا يمكن الا بحمله على البراء عن دعواها ، واعمال
الكلام في البراء عن العين المضمونة ، ممكن بحمله على البراء عن ضمانها ،
وهو اقل من البراء عن دعواها ، والاعمال انما يكون قدر الامكان .
وبلاحظ ان البراء عن الاعيان اذا كان على وجه الاخبار فانه يصح ،
ويعتبر ذلك اقراراً ونفيّاً للملك ، وذلك كما لو قال ان فلاناً برئ مما لي عنده
فان هذا البراء يشمل العين والدين . وكذلك لو قال لا ملك لي في المال

الفلافي الذي بيد زيد . ولكن اذا كان الابرأ بصورة الانشاء فان الابرأ
عن الاعيان يجرى فيه التفصيل السابق .

٢ - عن الحقوق التي لا تقبل الاسقاط كحق الرجوع عن الهبة ، وخيار
الرؤية ، قبل رؤية المبيع ، وحق الاجارة ، وحق الاستحقاق في الوقف ، حق
الارث فان هذه الحقوق لا تقبل الاسقاط فلا تقبل الابرأ . فلو قال الواهب
اسقطت حق رجوعي عن الهبة لا يسقط حقه ، وكذلك لو قال احد اسقطت
حق منفعة هذه لدار لا يسقط حق اجارته ، وكذا لو قال الوارث اسقطت حقي من
الارث ، او قال احد المشروط له الغلة في وقف ، اسقطت حقي من الغلة ، فانه
لا يسقط ، وكذلك لا يصح الابرأ من هذه الحقوق .

شروط الابرأ :

يشترط لصحة الابرأ :

١ - ان يكون المبرئ بالغاً ، عاقلاً ، اهلاً للنبرع ، راضياً بالابرأ . فاذا
اختلف شرط من هذه الشروط لا يكون الابرأ صحيحاً . هذا كله اذا كان المبرئ
صحيحاً ، فان كان مريضاً مرض الموت كان ابراؤه وصية وعليه فان ابرأ احد
ورثته من دينه لا يكون صحيحاً تافئاً الا إذا اجاز سائر الورثة الابرأ . وان
ابرأ غير الوارث من الدين جاز من الثلث اذا لم يكن احد الورثة كفيلاً لهذا
الاجنبي المدين ، فان كان احدهم كفيلاً لا ينفذ الابرأ بدون اجازة سائر الورثة
(م ١٥٧٠) . وكذلك ابرأ المريض المستغرق تركته بالديون ، لا ينفذ ابراؤه
الا باجازة الدائنين ، فاذا لم يجيزوا الابرأ ، لا يعتبر (م ١٥٧١) .

٢ - ان يكون المبرؤون معلومين معينين ، فلو قال احد ابرأت جميع مديوني ،

او ليس لي عند احد حق ، لا يصح ابرأؤه . واما لو قال ابرأت اهالي المحلة
الفلانية ، وكان اهل تلك المحلة معينين واشخاصاً معدودين ، فيصح الابرء .
وقدر الفقهاء العدد بان لا يتجاوز المائة . (م ١٥٦٧) .

ولا يشترط ان يكون الشيء الذي وقع الابرء عليه معلوماً ، فجهالة الدين
لا تمنع صحة الابرء عنه ، واذا ابرأ احد شخصاً عن جميع الحقوق التي له
عليه فانه يبرأ من الحقوق التي يعلمها المبرئ والتي لا يعلمها .

ولا يشترط ايضاً كون المبرأ حياً . فيجوز ابراء الميت من الدين الذي في
ذمته ، فاذا ابرأه الدائن لا يبقى له حق لمطالبة بالدين من التركة ، فتخلص التركة
للوثة . وهل يرتد الابرء برد الورثة ؟ الأرجح انه لا يرتد ، لان الدين لم يكن
في ذمتهم . لكن لو ابرأ الدائن احد الورثة عما يصيب نصيبه من الدين
فانه يسقط من الدين بقدر نصيبه منه ، ويرتد الابرء المذكور برده
(م ١٥٦٩) .

احكام الابرء :

اذا ابرأ احد آخر عن دين او حق سقط من ذمة المبرئ فليس للمبرئ
الدعوى بذلك الدين او الحق . وكذلك اذا ابرأه عن الدعوى (م ١٥٦١) و
(١٥٦٢) غير ان الابرء لا يشمل ما بعده من الديون والحق كما لا يشمل الدين
الذي يتحقق لزومه بعد الابرء وان كان سببه متحققاً قبله ، وذلك مثل دعوى
ضمان الدرك بعد الابرء ، فلو كفل احد شخصاً بالدرك ثم ابرأ المكفول له
الكفيل من جميع الدعاوي فاذا لحق الدرك الكفيل فلمكفول له ان يدعي
على الكفيل بمقتضى الدرك لان الاستحقاق كان منعدياً وقت الابرء فلم يكن

الكفيل ملزماً بشيء وإنما يصبر ملزماً بعد ضبط المبيع بالاستحقاق ، وهو إنما وقع بعد البراء (م ١٥٦٣) .

ثم ان البراء ان كان خاصاً لا تسمع بعد البراء دعوى المبرئ التي تتعلق بالخصوص الذي وقع البراء عليه ، ولكن له الدعوى بحقه الذي يتعلق بغير ذلك بالخصوص . مثلاً اذا أبرأ احد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد البراء ، ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالاراضي والضيايع وسائر الامور (م ١٥٦٤) .

وان كان البراء عاماً كأن يقول احد أبرأت فلاناً من جميع الدعاوي ، او ليس لي عنده حق اصلاً فليس له ان يدعي عليه بحق قبل البراء حتى لو ادعى عليه حقاً من جهة الكفالة لا تسمع دعواه ، فلا تسمع دعواه عليه بقوله انت كنت قبل البراء كفيلاً بالمال او بالنفس عن فلان فسلعتي المال او النفس ، كما لا تسمع دعواه بقوله انت كنت لمن أبرأته كفيلاً قبل البراء ، لان الحق اذا سقط عن المكفول عنه سقط عن الكفيل ايضاً (م ١٥٦٥) .

ويلاحظ ان البراء اذا كان في ضمن عقد فاسد ، فانه يكون فاسداً فاذا باع احد مالا وقبض ثمنه وابراً المشتري من جميع الدعاوي التي تتعلق بالمبيع ، وابراً المشتري البائع من جميع الدعاوي التي تتعلق بالثمن المذكور ثم استحق المبيع واخذ المستحق من يد المشتري ، فلا يكون للبراء تأثير فيسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه البائع ، لان البراء المذكور وقع ضمن عقد البيع الذي تبين انه غير صحيح فيفسد البراء (م ١٥٦٦) . لكن لو كان المشتري قد أبرأ البائع عن الثمن بصورة مستقلة اي من غير ادخاله ضمن عقد البيع ، كأن يبرئه ابراءاً عاماً مسبقاً بعد عقد البيع .

حدود شمول الفاظ البراء :

ان الالفاظ التي تستعمل في البراء على ثلاثة درجات من حيث الشمول .

١ -- ما يشمل كافة الحقوق من ثمن ، وأجرة ، ومهر ، وارث الجنائيات ، والغصب ، والامانات ، والعارية والاجارة ، ونحوها من الحقوق المالية . ويشمل الكفالة بالنفس والقصاص ونحوها من الحقوق غير المالية . ويشمل الديون والاعيان وذلك مثل « لا حق لي قبل فلان » و « أبرأت فلاناً من جميع الدعاوي » و « أبرأت فلاناً من جميع الحقوق » و « ليس لي عند فلان حق أو خصومة » ، وما يؤدي هذا المعنى .

٢ -- ما يشمل الديون فقط ، وذلك مثل قوله « أبرأت فلاناً من الحقوق التي لي عليه » فان عبارة « عليه » تصرف الحقوق الى الديون فقط نظراً للعرف والاستعمال . وكذلك قوله « أبرأت فلاناً من ديوني التي عليه » ، وما يؤدي هذا المعنى .

٣ -- ما يشمل الامانات فقط ، وذلك مثل قوله « أبرأت فلاناً مما لي عنده » فان عبارة « عنده » تستعمل عرفاً في الامانات .

ويستخلص مما قدم ، ان البراء يتعلق بالدعوى ، وبالدين ، وبالعين المضمونة اذا وقع البراء بلفظ الاخبار ، كان يقول ان خالداً بري مما لي قبله ومالي عنده . فانه هذا اللفظ اقرار عن ابراء ناشئ من سبب صالح ونفي للاعيان المالية من الاصل ، فيشمل الدين والعين المضمونة والامانات . فلا تسمع دعواه بعد هذا الاخبار على خالد بخصوص أي شيء سابق .

كتاب الاقرار

ينحصر الكلام عن الاقرار بالمواضيع الآتية :

١ - تعريف الاقرار وبيان انه اخبار أو انشاء

٢ - ركنه ، وأقسامه وشروطه

٣ - وجوه صحة الاقرار

٤ - الاحكام العامة للاقرار

٥ - نقي الملك ، والاسم المستعار

٦ - حكم اقرار المريض مرض الموت

٧ - حكم الاقرار بالكتابة

٨ - ما يبطل به الاقرار

تعريف الاقرار وهل هو اخبار ؟

عرفت المجلة الاقرار بانه . اخبار الانسان عن حق عليه لا آخر (١٥٧٢م) .

فيفهم من ذلك انه اخبار ، وهو رأي الاكثرية المتبادر الى الفهم . وذهب البعض الى انه انشاء أي انه تصرف بالتملك في الحال ، بمعنى ان من اقر لاحد بشي* فقد ملكه اياه وقت الاقرار ، فهو من قبيل الهبة . وذهب البعض الى انه اخبار من وجه وانشاء من وجه .

ويتفرع على كونه اخبارا :

١ - انه لا يشترط كون المقر به ملكا للمقر وقت الاقرار ، فمن اقر لاحد

بشي* وهو غير مالك له وقت الاقرار ، يصح اقراره و يعتبر ، فليس له بعد ذلك

أنه يدعيه لنفسه ، وإذا وصل اليه في وقت من الاوقات بطريق الشراء أو الهبة ، كان المقر له أن يأخذه منه ، عملاً باقراره .

٢ — للمريض مرض الموت أن يقر بجميع ماله لاجنبي . ولو كان انشاء لما اعتبر اقراره باكثر من الثلث .

٣ — لا يجري خيار الشرط في الاقرار ، لان خيار الشرط يعتبر لاجل الفسخ . والخبر لا يحتمل الفسخ .

٤ — يصح الاقرار بالمشاع القابل للقسمة (م ١٥٨٥) : ولو كان انشاء لما صح لانه حينئذ هبة .

٥ — انه لا يتوقف على القبول (م ١٥٨٠) . ولو كان انشاء لتوقف على القبول لانه يكون بحكم الهبة .

٦ — يصح الاقرار بالمجهول . ولا يجوز ذلك لو كان انشاء ، لان هبة المجهول غير صحيحة .

٧ — لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد ، ولو كان انشاء لصح ، لانه يكون بحكم الهبة ، وهي يصح الرجوع عنها .

٨ — يصح الاقرار بالخمر للمسلم ، حتى انه يجبر بعد ذلك على تسليمه له . ولو كان انشاء لما صح ذلك ، لان الخمر ونحوها لا يصح تملكها للمسلم شرعاً .

٩ — اذا اقر احد بان الدار الفلانية مثلاً وقف ثم انه اشتراها فانها تكون وقفاً . ولو كان انشاء لما صح الوقف ، لان صحة الوقف تتوقف على كون الموقوف ملكاً للواقف وقت الوقف .

١٠ - يصح اقرار المرأة بالزوجة من غير حضور شهود ، ولو كان انشاء لما صح بدون شهود .

١١ - الاقرار لا يكون سبباً للملك . حتى لو ادعى المدعي بقوله ان هذا المال مالي لان المدعى عليه كان قد أقر بانه مالي ، لا تسمع دعواه . ولو كان الاقرار انشاءً لكان سبباً للملك ، واسمعت الدعوى بالصورة المذكورة .

١٢ - يصح اقرار الصبي المأذون ، في الخصوصات المأذون بها (م ١٥٧٣) ولو كان انشاءً لما صح ، لان الصبي لا يصح تبرعه ولو كان مميزاً مأذوناً .
ويتفرع على كونه انشاءً :

١ - ان حكم الاقرار لا يظهر في الزوائد . فلو أقر أحد بالفرس التي في يده لآخر ، فان فلوها لا يثبت للمقر له وليس له أخذه من المقر بل أخذ الفرس وحدها . ولو كان اخباراً مجرداً لكان الفلو المقر له مع الفرس .

٢ - ان الاقرار يرتد بالرد (م ١٥٨٠) . ولو كان اخباراً لما قبل الرد . أما هاتان المسألتان على قول من قال ان الاقرار اخبار ، فيقال عنهما بان سبب عدم شمول الزوائد هو كون الاقرار حجة قاصرة فلا تشمل غير المقر به . وأما ارتداده بالرد ، فلان رد المقر له يتضمن تكذيب المقر والاقرار باعتباره خبراً يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ، كان الراجع فيه جانب الكذب فيسقط عن الاعتبار .

ركن الاقرار :

ركن الاقرار ، هو اللفظ الدال على الاقرار ، أو ما هو بحكم اللفظ كالكتابة وإشارة الاخرس (م ١٥٨٦) .

أقسام الاقرار :

هو قسمان : عام وخاص . فالعام ما يشمل جميع ما يملكه المقر ، كان يقول
ان جميع ما تحت يدي من قليل وكثير هو ملك فلان . أو ان جميع الاموال
التي تنسب الي هي ملك فلان . والخاص ما يخص شيئاً معيناً ، كان يقول :
هذه الدار ملك زيد ، أو ان هذا المال المنسوب الي هو لزيد .

شروط الاقرار :

شروط الاقرار ، منها ما يعود الى المقر ، ومنها ما يعود الى المقر له ، ومنها
ما يعود الى المقر به .

أما ما يعود الى المقر ، فيشترط في المقر أن يكون :

١ - عاقلاً بالغاً فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ، ولو أجاز وليهم
أو وصيهم ذلك .

كما انه لا يصح على هؤلاء اقرار أوليائهم وأوصيائهم ، لان الاقرار حجة
قاصرة على المقر . نعم يعتبر اقرار الولي والوصي باستيفائهما ديناً للصغير الا
انهما يضمنان ذلك للصغير .

و يستثنى من هذا الشرط الصغير المميز المأذون والمعتوه المأذون فان اقرارتهما
في الخصوصات المأذونين بها صحيحة معتبرة (م ١٥٧٣) .

٢ - رضا المقر ، لان الاقرار أخبار وهو يحتمل الصدق والكذب ،
لكن أخبار الانسان عن نفسه دليل الصدق ، فاذا وقع باكراه فان جانب
الكذب يكون هو الراجح ، فلا يعتبر (م ١٥٧٥) . ومن هذا القبيل أيضاً

اقرار التلجئة والمواضعة . وهو أن يقر أحد الآخر بشئ بعد أن يسبق اتفاق بينهما على أن يقر له بذلك كذباً وان الاقرار فاسد . فمثل هذا الاقرار لا يعتبر لفقد شرط الرضاء ، لان المقر بهذه الصورة غير راض بالاقرار ، وإنما أوقعه صورة لا حقيقة . ومن هذا القبيل أيضاً الاقرار إستهزاء .

٣ - ألا يكون المقر محجوراً عليه . (م ١٥٧٦) سواء كان الحجر طبعياً كما لو كان صغيراً أو مجنوناً ، أو كان حكماً كالسفيه والمدين . وقد مر الكلام على ذلك في البحث عن الحجر فلتراجع المواد (٩٩٠ الى ١٠٠٢) .

٤ - ألا يكذبه ظاهر الحال أو الشرع أو القانون . فلا يصح اقرار الصغير الذي لا تتحمل جثته البلوغ ، بانه قد بلغ . ولا يصح اقرار أحد بان الدين الذي قد أبرأه منه غريمه لم يزل في ذمته ، لان الشرع والقانون يكذباناه . ولا يصح اقرار أحد الورثة لآخر بأكثر من حصته الشرعية فلو مات أحد عن ابن وبنت وأقر الابن بان نصيب البنت النصف ، لا يعتبر اقراره . ولا يصح اعتراف موظفي ضريبة الاملاك مثلاً بان دار زيد البالغ إيجارها السنوي مائة دينار لا ضريبة فيها ، لان القانون يكذب ذلك (م ١٥٧٧) .

٥ - كون المقر معلوماً ، فلو قال اثنان أو جماعة أحدهما مدين لزيد بكذا ، لا يعتبر الاقرار ولا يلزم أحد للمقر له بشئ .

واما الذي يعود الى المقر له . فيشترط الا يكون مجهولاً جهالة فاحشة ، لان المقر له اذا لم يكن معيناً لا تحصل فائدة من الاقرار ، كما انه لا حق لاحد أن يجبره على بيان هذا المجهول . ويتفرع على هذا ان السند المحرر لامر حامله ليس لمن

يبرزه حق الادعاء بمضمونه لجرد استناده الى السند . بل لا يحق له بذلك الا اذا استند الى سبب صحيح ثابت كالا قراض وكذلك . إذا أقر أحد بان هذا المال لرجل ، أو لاحد من أهالي البلدة الفلانية ولم يكن أهالي تلك البلدة معدودين .

ولا تضر الجهالة اليسيرة في المقر له ، لان صاحب الحق لا يخرج عن كونه احد من ذكرهم المقر . فيصح الاقرار لو اقر احد بان هذا المال لاحد هذين الرجلين ، أو لاحد من أهالي البلدة الفلانية ، وكان أهاليها قوماً محصورين . وقد اعتبر الفقهاء ان عدد الاهالي اذا كان مائة فما دون يعتبرون محصورين معدودين وان كانوا اكثر من ذلك ، يعتبرون غير محصورين .

ولا نخطأ ايضاً اذا استندنا الى العرف في كون المقر له مجهولاً جهالة يسيرة او جهالة فاحشة .

• بناء على ما تقوم اذا اقر احد بان هذا المال لاحد هذين الرجلين ، او انه لاحد أهالي المحلة الفلانية وكانوا محصورين معدودين . اي قليلين لا يتجاوزون المائة ، فان اتفق المقر لهم فيما بينهم كان لهم ان يأخذوا المال المذكور من المقر ويملكوه بالاشتراك ، واذا اختلف المقر لهم فادعى كل واحد منهم استقلاله في ملكيته المال ، فلكل منهم ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له ، فان نكل المقر عن اليمين لكل واحد منهم يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهم وإن نكل عن اليمين لبعضهم وحلف لبعض كان المال لمن نكل عن اليمين اليهم ، وان حلف لكل واحد يبرأ المقر عن دعواهم ويبقى المال بيده بقضاء الترك ، حتى لو اتفق المقر لهم بعد ذلك فيما بينهم ، ليس لهم ان يأخذوا

المال من يده ملكا . مشتركا بينهم (م ١٥٧٨) . وذهب الامام محمد إلى أن لهم ذلك عملا باقراره ، إذ ان حلفه لكل واحد ، رجوع عن الاقرار ، وليس للعقر الرجوع .

ولا يخفى ما في هذا الحكم من الاضطراب . وأرى انه اذا حلف لاحدهما ، وجب ان يكون المال للثاني إذ بحلفه لاحدهما . يكون الاقرار قد تمركز للثاني طبعاً .

ولا يشترط كون المقر له عاقلاً ، فيصح الاقرار للصغير ولو كان رضياً ، سواء بين سبباً صالحاً ، أو بين سبباً غير صالح أو لم يبين سبباً ما ، فلا يلزم كما لو قال اني مدين لهذا الرضيع مائة دينار لاني كنت قد استقرضت ذلك من أبيه المتوفي . والثاني ، كان يقول اني مدين لهذا الصبي مائة دينار لاني استقرضت منه ذلك او لاني كنت قد اشتريت منه داراً بهذا المبلغ . والثالث ، كان يقول اني مدين لهذا الصبي مائة دينار .

وانما اعتبر الاقرار إذا كان قد بين سبباً غير صالح كالتمثال الثاني ، لا مكان حمل الكلام على معناه المجازي باز يحمل الكلام على انه قد استقرض من وليه أو وصيه ، واشترى داراً بذلك المبلغ من وليه أو وصيه . وأعمال الكلام أولى من إهماله ، إذا لم تكن الحقيقة يضار الى المجاز .

أما الاقرار للجنين فان بين المقر سبباً صالحاً ، صح الاقرار كان يقول اني مدين للجنين الذي في بطن هذه المرأة مائة دينار لاني كنت قد استقرضت ذلك من أبيه المتوفي . وان لم يبين سبباً ما ، كان يقول اني مدين للجنين المذكور مائة دينار فالرأي الراجح ان الاقرار باطل ، لان مطلق الاقرار

يصرف الى الاقرار بسبب التجارة ، وذلك محال مع الجنين ، وذهب البعض الى اعتبار الاقرار لجواز حمل هذا الاقرار على سبب صالح بان يكون المقر قد اشترى من أب الجنين المتوفي داراً بذلك المبلغ أو استقرض منه ذلك . وان بين سبباً غير صالح ، كان يقول اني مدين للجنين الذي في بطن هذه المرأة مائة دينار استقرضتها منه ، فالأقرار باطل ، لعدم امكان حمل الكلام على معناه الحقيقي ، وهو ظاهر ، ولا معناه المجازي لان الجنين لا ولاية ولا وصاية عليه لاحد حتى يذهب التصرف اليه ، لان الولاية انما تبثدي على الجنين بعد ولادته ، والأقرار المفروض قد وقع قبل ذلك ، فيهمل الكلام .

واما الذي يرجع الى المقر به . فيشترط في المقر به .

١ — الا يكون معدوماً ، فلا عبرة بما لو اقر بان ما سوف تلده اغنامه لفلان . وما ستنتجه بسنانه من الثمرة لفلان . اما اذا كان المقر به محتمل الوجود وقت الاقرار فهو صحيح ، كما لو اقر بان ما في بطن هذه الفرس لفلان فولدت الفرس لاقبل مدة الحمل فان هذا الاقرار يصح ويعتبر وصية ، تطبق فيه احكام الوصية ، لان الكلام يعمل ولا يهمل قدر الامكان .

واقبل مدة الحمل في الحيوانات يرجع في معرفته الى اهل الخبرة . وقد ذكر الفقهاء ان اقل الحمل في الشياه اربعة اشهر وفي غيرها من الحيوانات ستة اشهر وذكر بعض المحققين من الفقهاء ان اقل مدة الحمل في الخيل والابل والحمار سنة وفي البقر تسعة اشهر ، وفي الفيل احد عشر شهراً ، وفي الفم والمعز خمسة اشهر ، وفي الهرة شهران ، وفي الكلاب اربعةون يوماً ، وفي الانسان ستة اشهر .

٢ - ان يكون المقر به معلوماً اذا اسند المقر سبب اقراره الي تصرف لا يصح مع جهالة المتصرف به ، كالعقود التي لا تكون صحيحة مع الجهالة ، كالبيع والاجارة ، فلو قال احد اني اشتريت مالا من فلان أو آجرت مالا لفلان أو بعت مالا لفلان أو استأجرت منه مالا ، لا يعتبر الاقرار ، فلا يلزم المقر ببيان ما باعه أو اشتراه أو آجره أو استأجره .

اما اذا اسند سبب اقراره الي تصرف يصح مع الجهالة ، او لم يسنده الي سبب ما فان الاقرار يعتبر ويجبر المقر بالحس حتى يبين ما اقر به ، بناء على دعوى المقر له ، كما لو قال غصبت من زيد مالا ، او سرقت منه مالا ، او له عندي وديعة ، او له على حق (م ١٥٧٩) ، ولا يعتبر بيانه في المال الا اذا ذكر مالا ذا قيمة ولو قليلة ، فلا يصدق بقوله ان المال المذكور هو حبة حنطة أو جرعة ماء او نحو ذلك لان هذا البيان رجوع عن الاقرار . ولا يعتبر في بيانه الحق الا حق يلزم به الانسان مدنياً ، كان يقول انه دينار او قنطار حنطة او ان الحق المذكور هو حق شفعة او حق طريق او نحو ذلك ، فلا يصدق بقوله اردت حق الصداقة ، أو حق الوطنية او نحو ذلك ، لان هذا رجوع عن الاقرار . ولا فرق في البيان المقبول بين ما اذا كان موصولا بالاقرار او مفصولا حتى لو قال : غصبت من فلان مالا هو جرعة ماء لا يعتبر بيانه هذا الموصول باقراره ، بل عليه أن يبين مالا ذا قيمة على ما مر ، لان هذا البيان الموصول وهو « جرعة ماء » رجوع عن الاقرار ، فلا يعتمد به .

وانما صح الاقرار بالمجهول لان المقر قد يغصب شيئاً لا يعرف مقداره وقد يسرق مالا لا يدري كميته ، وقد تودع عنده وديعة لا يعرف مقدارها ، وقد يعرف

ان عليه حقاً لا آخر ولكنه لم يعينه، ثم بعد ذلك قد يقف على مقدار ما غصب او سرق وقد بين الحق الذي عليه. لذلك يرجع اليه في البيان. ويكون القول قوله، فاذا زعم المقر له اكثر مما بين المقر فعليه البينة، واذا عجز فعلى المقر البين. واذا مات المقر قبل البيان لا يلزم الورثة على البيان.

وهو صوته الاقرار

١ - يصح الاقرار بدون ان يتوقف الاقرار على قبول المقر له (م ١٥٧٠) ولهذا لو اقر خالد بشي لزيد الحاضر في مجلس الاقرار فسكت زيد ولم يرد، يصح الاقرار لوجود القبول الضمني ويؤخذ خالد باقراره ولا يعتبر اقراره ثمانية بذلك الشئ لشخص آخر. اما لو كان المقر له غائباً عن مجلس الاقرار فلا يصح الاقرار الا بعد تصديق الغائب لعدم تصور القبول الضمني وقت الاقرار. فلو اقر هذا المقر ثمانية بذلك الشئ لشخص آخر قبل تصديق الغائب الاقرار الاول، كان الاقرار الثاني صحيحاً ولا عبرة بالاول. هذا ما عليه الفقهاء. وهذا بناء على القول بان الاقرار اخبار لان اخبار الشخص عن نفسه يعتبر صادقاً فيه، سواء كان المقر له حاضراً ام غائباً.

والظاهر من اطلاق المحلة عدم التفريق بين ما اذا كان المقر حاضراً او غائباً فانه لا يتوقف على التصديق نظراً للاطلاق، وهو الموافق للقول بان الاقرار اخبار، وقد سبق البيان بان المحلة صرحت بذلك واختارت اكونه اخباراً. فعلى هذا لا يتوقف الاقرار على القبول مطلقاً.

ثم ان الاقرار وان لم يتوقف على القبول فانه يرتد برد المقر له لان ذلك تسكذيب للخبر، فاذا اعترف المقر له بان الخبر كذب كان ملزماً ايضاً باعترافه

فلا يبقى تأثير للاقرار . ولكن لا عبرة للرد بعد التصديق ، فلو صدق المقر له الاقرار صح وتم ، فلا عبرة بتكذيبه بعد ذلك .

واذا رد المقر له مقداراً من المقر به لا يبقى حكم الاقرار في المقدار المردود ويصح في المقدار الباقي الذي لم يرده المقر له (م ١٥٨٠) .

٢ - ويصح الاقرار وان اختلف المقر والمقر له في سبب الاقرار (م ١٥٨١) لان صحة الاقرار لا تنوقف على بيان السبب ، فاذا اختلفا في السبب يصح الاقرار ويبطل السبب . مثلاً لو ادعى احد الفان جهة القرض واقر المدعى عليه بالف من جهة ثمن المبيع ، لا يكون اختلفا هذا مانعاً لصحة الاقرار . واذا كان الاختلاف في نفس المقر له فان الاقرار يكون غير صحيح ، لانه يتضمن تكذيب المقر له للمقر . فلو اقر له بوديعة قدرها مائة دينار مثلاً وادعى المقر له ان على المقر مائة دينار ديناً ، يبطل الاقرار . لان المقر له يكون قد كذب المقر وادعى عليه الدين فعليه الاثبات .

٣ - ويصح الاقرار صراحة ودلالة فان الاقرار نوعان : الاقرار صراحة والاقرار دلالة اَوْضْماً .

فالاقرار صراحة كان يقر احد لآخر لفظاً او كتابة ان هذا المال مـدـكـه ، او ان له عليه كذا ديناً .

والاقرار دلالة . هو ان يصدر من احد ما يتضمن الاعتراف بشي لآخر او الاعتراف بكونه غير مالك لشي معين .

فالاول : كما لو طلب احد من آخر الصلح عن مال او ابراء من دين . فان هذا الطلب يتضمن اقرار الطالب بالمال او الدين المطلوب منه ، وكذلك

لو ادعى احد على آخر بان له عليه حقاً فطلب المدعى عليه منه الصلح عن ذلك الحق ، يكون مقراً بان عليه حقاً للمدعي ، فيلزم ببيان الحق على ما مر في الاقرار بالمجهول . وكذلك لو طلب احد تأجيل الدين او دفع بادائه او الابرائة عنه او انه قد احال المدعي بالدين على شخص ، ونحو ذلك . فان كلا من هؤلاء يتضمن الاقرار . وكذلك لو امر احد ان يكتب اقراره ، فان هذا الامر اقرار حكماً (م ١٦٠٧) فاذا اثبت المدعي ان المدعى عليه قد امر احداً ان يكتب اقراره بانه مدين للمدعي مبلغ كذا ، الزم المدعي عليه بذلك . اما طلب الصلح عن الدعوى فلا يتضمن الاقرار بالمدعى به لان الظاهر من طلب هذا الصلح هو التخلص من الخصومة ، والتفادي عن البين .

والثاني: كما لو طلب احد شراء المال الذي في يد شخص آخر، او استنجاره او استعارته ، او اتها به ، او استيداعه ، فان هذا اعتراف بكون المال المذكور ليس للطالب ، وكذلك لو قال احد لآخر خذ هذا المال وديعة عندك فقبل هذا الابداع . وهل تتضمن هذه الصور من الامثلة كون المال المذكور ملك من كان المال في يده؟ اختلف الآراء ، بعد الاتفاق بانها تتضمن كون الطالب مقراً بان المال ليس له . ووجه الخلاف ان مجرد وجود المال في يد شخص قد يكون بطريق الوكالة بالبيع مثلاً عن احد ، فطلب الشراء من صاحب اليد لا يقتضي اعتراف الطالب بكون المال ملكه . والظاهر من عبارة المجلة الميل الى عدم تضمن ذلك الاقرار كون المال ملك صاحب اليد ، لان المجلة اقتصرت على قولها « يكون قداقر بعدم كون المال له » اي للطالب (م ١٥٨٣) وثمرة الخلاف : هي انه على رأي من قال انه يتضمن الاعتراف

يكون المال لصاحب اليد ، ليس للعقران يدعي بذلك المال لنفسه ولا لعين صاحب اليد ، بطريق الوكالة أو الوصاية ، لتحقيق التناقض في دعواه . وعلى رأي من قال بعدم التضمن ليس له ان يدعي ذلك المال لنفسه ، لوجود التناقض حينئذ ولكن له ان يدعي لغير صاحب اليد ، بطريق الوكالة أو الوصاية مثلاً ، لعدم التناقض حينئذ .

٤ - ولا يصح تعليق الاقرار بالشرط المحتمل لان يوجد او لا يوجد ، لان الاقرار اخبار وهو ينافي التعليق . وكذلك على القول بانه اثناء ، لان الاقرار على هذا القول يتضمن التملك والتملك لا يكون معلقاً . مثال ذلك لو قال احد لآخر اذا وصلت المحل الفلاني فانا مدين لك بكذا . ومثل ان يقول احد لآخر انا مدين لك بمائة درهم ان شاء الله . غير انه اذا علق الاقرار بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس يعتبر الاقرار ويحمل التعليق الصوري على الاقرار بدين مؤجل ، كما اذا قال احد لآخر اذا دخل شهر رمضان فانا مدين لك بمائة دينار ، فان هذا الكلام يحمل على الاقرار بدين مؤجل يحل عند دخول شهر رمضان ، لان حمل الكلام على الصحة اذا امكن اولى من ابطاله ، وقد امكن هنا بدلالة العرف . (١٥٨٤) .

ويلاحظ ان التعليق المبطل للاقرار هو التعليق بشرط معدوم يحتمل ان يوجد وان لا يوجد . فلو علق على شيء موجود وقت الاقرار ، كان الاقرار منجزاً حقيقة فيعتبر ، كما لو قال احد لآخر : ان كنت اخي فاني مدين لك بالف درهم . وان علق على شيء محقق الوجود كالتعليق بالموت ، كان تنجزاً أيضاً فيعتبر ، في الحال ، كما لو قال احد اذا مت فان فلان علي ديناً مائة دينار

لأن الموت لما كان محقق الوجود كان المقصود من الكلام هو الاقرار بوجود
 دين في ذمته والاشهاد على ذلك ، لئلا يبقى مجال للورثة في الانكار بعد
 موته . وانما حل هذا الكلام على هذا المراد ، لأن التعليقات في الاصل انما
 تكون على ما يحتمل ان يوجد والا يوجد . فالتعليق على الشيء المحقق وجوده لا
 يكون تعليقا ، وتصرفات العاقل لا تلغى قدر الامكان . (م ١٥٨٤) .

٥ - ويصح الاقرار بالمشاع ، سواء كان قابلا للقسمة ام لا ، لان الاقرار
 اخبار ولا مانع عن الاخبار عن المشاع . فلو اقر احد لآخر بحصة شائعة من
 من ملك العقار الذي في يده ، كالنصف او الثلث ، ولم يرد المقر له الاقرار ثم
 توفي المقر قبل الافراز والتسليم ، لا يكون شيوع المقر به مانعا لصحة هذا
 الاقرار . (م ١٥٨٥)

٦ - ويصح اقرار الاخرس فيما يخص المعاملات بأشارته الموهودة ، او
 بكتابته ، وكذلك معتقل اللسان اذا استمر اعتقال لسانه الى الموت . فيصح
 اقراره بالاشارة ببيع او اجارة ، وهبة ونحوها ، ولو كان قادرا على الكتابة .
 ولا يصح اقراره في غير المعاملات كقراره بالقذف ونحوه من الحدود ، لان
 الحدود تدرأ بالشبهات ، وفي الاشارة شبهة .

وتكون الاشارة باليد ، او بالرأس ، او بالعين ، او بالحاجب ،
 واذا كان الحاكم علما ما ترمي اليه اشارة الاخرس فيها ، والاسأل اخوان
 الاخرس او اصدقاءه او جيرانه ، عما يقصد من تلك الاشارة .
 اما الناطق فلا يعتبر اقراره بالاشارة ، لان الاشارة انما تعتبر عند العجز
 عن النطق .

٧ - يصح الاقرار بالولد بثلاثة شروط : الاول : ان يكون الولد مجهول النسب في البلد الذي ولد فيه ، او في البلد الذي اقيمت فيه الدعوى غير انه اذا تقرر كونه مجهول النسب وحكم بنسبه للمقر في البلد الذي اقيمت فيه الدعوى ولم تكن هي مولده ، فاذا ظهر شخص آخر وادعى الولد المذكور واثبت ذلك بالبينة ، يبطل الحكم الاول . واذا تقرر كونه مجهول النسب وحكم بنسبه للمقر في البلد الذي قد ولد فيه ، لا يبطل ذلك الحكم لانه ، يعتبر حجة سارية على جميع الناس . والثاني : ان يكون المقر في سن يحتمل ان يولد مثل الولد لئله . الثالث ان يصدقه الولد اذا كان مميزاً . اما اذا كان غير مميز ، فلا يتوقف على تصديقه .

٨ - ويصح الاقرار بالوالدين بالشروط الآتية المذكورة في الاقرار بالولد .
٩ - ويصح الاقرار بالاخ ، وبالم ، وبابن الابن ، ونحو اولئك من
الاقارب ، ولكن الاقرار يلزم المقر بخصوص المال ، ولا يثبت نسب المقر له ،
لان في هذا الاقرار تحميل النسب على الغير ، والاقرار حجة قاصرة . فحق
توفي وترك ولدين مثلاً فاعترف لشخص بانه اخوها ، فانه يرث معهما ، عملاً
باقرارهما ، ولكن لا يثبت نسبه من ابيهما .

١٠ - ويصح الاقرار بالزوجية . بالشروط الآتية

الاول : ان تكون الزوجة المقر لها بالزوجية تحت نكاح غير المقر . الثاني
ان تكون المقر لها من المحرمات الثالث : ان يكون تحت نكاح المقر من لا
يجوز جمعه مع المقر لها الرابع : ان يكون تحت نكاح المقر اربع نساء

لو تكرّر الاقرار ، فاما ان يضاف الى سبب ، اولاً . فان اضيف واتحد السبب في الاقرارين ، لزم دين واحد ، وان تعدد السبب تعدد الدين . وان لم يضاف فاما ان يحرر بسند ، اولاً ، فان حرر بسند واحد ، لزم دين واحد ، وان حرر بسنتين ، لزم دينان ، وان لم يحرر بسند فان كان الاقرار الاول لا بحضور الحاكم والثاني بحضوره ، فالعبرة للثاني فقط ، وان كان كلاهما بحضور الحاكم وادعى المطلوب منه ان الدين واحد ، صدق . وان كان كلاهما لا بحضور الحاكم ، فان اشهد على كل اقرار شخصاً واحداً او اشهد على الاول واحداً وعلى الثاني اثنين ، لزم دين واحد ايضاً . وان اشهد على كل اقرار شاهدين فعند ابي حنيفة يلزم دينان ، وعندهما دين واحد . ورأى ابي حنيفة اقوم ، لان حمل الكلام على التأسيس هو الاصل ، فحملة على التأكيد عمل بخلاف الاصل .

١٠ - نظام الاقرار - العامة -

الاحكام العامة للاقرار هي :

١ - ان المقر يلزم باقراره ، سواء كان مطابقاً لنفسه أو وقع ام لا ، الا اذا بطل باحد المبطلات التي سيأتي الكلام عليها التي من جملتها تكذيب المقر بحكم الحاكم ، فانه لا يبقى للاقرار حكم ولا يلزم المقر بشيء . (م ١٥٨٧) . ويتفرع على هذا امور كثيرة منها

أ - لو أقر المشروط له الغلة في وقت بانه ليس هو المستحق لها ، بل

فلان ، يلزم باقراره فلا يستحق شيئاً بل تكون المقر له اذا لم يرد الاقرار ،
واذا رد تكون للفقراء .

ب — لو اقر الوارث المعروف لآخر بالارث معه الزم باقراره ، كما لو توفي
احد عن ابن ، فافر هذا الشخص بانه اخوه ، فانه يشاركه في الارث عملاً
بالاقرار ، ولا يثبت نسبه من المتوفى بمجرد هذا الاقرار . فالمقر في هذين
المثالين الزم باقراره وان لم يثبت كونه مطابقاً لنفس الواقع .

٢ — لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد ، فاذا اقر احد لآخر
بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن اقراره ، لا يعتبر رجوعه ويلزم باقراره .
لان الاقرار الزام حق ، والرجوع عن ذلك تناقض ، فلا عبرة به ، ومن جهة
اخرى ، ان المقر باقراره قد اتم امرأ ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته
فسعيه مردود عليه . وانما قلنا في « حقوق العباد » لان الرجوع في حقوق
الله معتبر فمن اقر بالزنا ثم رجع عن اقراره ، لا يحد ، لان الحدود تدرأ
بالشبهات والرجوع يوجب شبهة في الاقرار ، ويتفرع على هذا الحكم امثلة
كثيرة منها :

أ — من نحاسب مع الصراف الذي له معه اخذ وعطاء ، واعترف بنتيجة
الحاسبة انه قد بقي بذمته عشرون ديناراً مثلاً ، فليس له بعد ذلك اعادة
الحساب ونقض اقراره .

ب — لو نحاسب الشركاء فيما بينهم وتبين في النتيجة ان بذمة احدهم
مبلغاً معيناً لشركائه ، فاعطى بذلك سنداً ، فليس له بعد ذلك ادعاء الخطأ
في الحساب والامتناع عن دفع مضمون السند وطلب اعادة الحساب ، بلي

يلزم بإقراره . نعم اذا رضي الشركاء بالحساب الذي أجرته لجنة ظناً منهم صحة الحساب الواقع ، فاذا تبين عند المحاسبة مجدداً ان الحساب الأول خطأ ، فانه يلزم الرجوع الى الصواب ، ولا يمنع عن ذلك رضا الشركاء الواقع على الحساب الاول . (م ١٥٨٨)

٣ ان دعوى الكذب في الاقرار مسموعة قبل لحوق الحكم ببناء على الاقرار ، وكذلك دعوى الهزل والتلجئة ، ولكن لا يطلب قبول دعوى الكذب سوى حق توجيه التمين الى المقر له بان المقر ليس يكاذب في اقراره . والسبب في قبول هذا الحكم هو ان العادة جارية كثيراً بان الشخص قد يقر على نفسه بشيء على اعتبار ان ما يقر به سيقع ، فقد يقر المستقرض مثلاً بالقرض قبل قبضه المقرض ، وقد لا يقبضه بعد صدور ذلك الاقرار منه . اما اذا لحق الاقرار حكم ، فلا تسمع بعده دعوى الكذب او الهزل ، او التلجئة . وينفرع على هذا الحكم مسائل كثيرة منها :

- أ — لو اعطى احد سنداً لآخر يتضمن اعترافه بانه قد استقرض منه كذا درهماً قال وان كنت اعطيت هذا السند لسكني ما اخذت المبلغ المذكور منه ، يحلف المقر له بعدم كون المقر كاذباً بإقراره في السند المذكور
- ب — من اشترى مالا من احد واقر بانه قد رأى المال المذكور حين شرائه ، ثم ادعى الكذب بالاقرار وطلب الرد بخيار الرؤية ، فان البائع يحلف بعدم كذب المشتري في اقراره المذكور .
- ج — اذا ادعى الورثة كذب اقرار مورثهم فان المقر له يحلف بعدم كذب المتوفى في اقراره المذكور .

د — لو اقر احد لآخر بمبلغ ثم جرى بينهم ابراء عام ثم مات المقر ، فادعى وصيه الكذب في اقراره ، فان المقر له يحلف بعدم كذب المقر في اقراره المذكور ، ولا يمنع عن ذلك الابراء العام لان الوصي في هذه الصورة يدعى عدم لزوم شي على المتوفي ، وهذا لا ينافي الابراء العام الواقع ، لكن لو كان المقر قد سلم المقر به الى المقر له بعد الابراء العام ، فليس للوصي ان يحلف المقر له بعدم الكذب في الاقرار ، لانه في هذه الصورة يريد استرداد المقر والبراء العام ينافي ذلك ، حتى ان نفس المقر ليس له هذا الحق في هذه الصورة ، كما ذكرناه . (م ١٥٨٩) .

٤ — ان حق قبض المقر به انما هو للمقر له حتى ان المقر له لو اقر بان المقر به هو لغير فلان وصدقه هذا ، فان المقر به يكون للمقر له الثاني ، عملا بالاقرار الثاني ، ولكن حق قبضه من المقر الاول يبقى للمقر له الاول . مثلا لو اقر زيد لعمر بان له في ذمته كذا درهما ، او ان عنده الشيء الفلاني ودیعة وقال عمرو ان الدين المذكور ، او الوديعة المذكورة ليست له وانما هي لخالد ، فان المقر به يكون لخالد ، ولكن حق قبضه من زيد يكون لعمر ، فلا يجبر المقر الاول زيد على اداء المقر به إلى المقر له الثاني خالد لو طالبه بذلك . لان كون خالد قد اصبغ ماله للمقر به لا يستلزم ان له حق قبضه من المقر الاول الا ترى ان الوكيل بالبيع هو الذي له حق المطالبة بالثمن لالموكله مع ان الموكل هو المالك للبيع . والسبب في الصورتين هو ان الرابطة القانونية قد تكونت بين زيد وعمر باقرار عمرو ، ثم تكونت رابطة قانونية اخرى بين عمرو وخالد لسبب اقرار عمرو ، فلا رابطة قانونية بين زيد وخالد ، اذ لم

يصدر اقرار من زيد لخالد . وكذلك الحال في الوكيل بالبيع فان الرابطة القانونية وهو العقد ، انما تكونت بين البائع والمشتري . نعم لو سلم المقر الاول زيد المقر به إلى المقر له الثاني خالد صح التسليم ، وكذلك لو سلم المشتري الثمن للموكل في مسألة الوكيل بالبيع . لان التسليم قد وقع في محله فلا يبطل وتبرأ ذمة المقر الاول في مسألة الاقرار ، وذمة المشتري في مسألة البيع .

- نفى الملك ، والاسم المستعار -

المراد من نفى الملك هو اقرار احد لا آخر بنفى ملكية شيء عن نفسه واعترافه بكونها لغيره ، أي اعترافه بأن الشيء المعروف ظاهراً له انما هو لشخص معين غيره .

والمراد من الاسم المستعار هنا هو اعتراف احد بان ما هو مقيد في الوثائق التحريرية باسمه انما هو لشخص معين غيره .

فنفي الملك اعم والاسم المستعار اخص . أي أن ما يعرف هنا بالاسم المستعار من المسائل انما هو نوع من انواع نفى الملك . وانما قلنا « هنا » لان للاسم المستعار الوارد ذكره في قانون تصرف الاموال غير المنقوله معنى آخر . وهوان يدعي احد على آخر بان العقار الفلاني المقيم باسم المدعى عليه ليس له وانما هو ملكه اي ملك المدعي وان ذكر اسم المدعى عليه في سند التملك وسجلات الطابو مستعار لا حقيقة . وهذا النوع من الاسم المستعار منع القانون المذكور استماع الدعوى بخصوصه .

ويشترط لاعتبار نفى الملك الا يضيف في اقراره المقر به الى نفسه اضافة

تملك تحقيقاً أو تقديرًا ، فانه إذا اقر به بهذه الصورة ، يكون الاقرار انشاء هبة
 إذا لا يمكن حينئذ حمل الاقرار على الاخبار لانه يمتنع ان يكون الشيء الذي هو
 ملك المقر ، ملكا للمقر له في الواقع والحقيقة ، فالخبر يعتبر كادناً ، فيتعين حمل
 الاقرار على انشاء الهبة ، فلا تتم ملكية المقر له للمقر به في هذه الصورة الا
 بالقبض حتى لو مات المقر قبل القبض ، لا يبقى حكم للاقرار الواقع . بخلاف
 ما اذا لم يصف المقر المقر به الى نفسه اضافة تملك ، فانه حينئذ يكون اخباراً
 محضاً يكون المقر له هو المالك للمقر به في الواقع ونفس الامر ، فاذا مات احدهما قبل
 القبض فان الاقرار لا يتغير حكمه ، ويعتبر المقر به ملكا للمقر له . مثلاً لو
 قال احد ان جميع اموالي واشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة
 يكون حينئذ قد وهب جميع امواله لفلان . وان قال ان جميع الاموال والاشياء
 التي نسبت لي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفى ملكيته عن جميع
 الاشياء والاموال المنسوبة اليه وابان بانها ملك فلان . وكذلك لو قال ان جميع
 الاموال التي هي في دكاني هذا لابني الكبير يكون قد وهبه اشياءه وامواله
 التي هي في الدكان في ذلك الوقت ، فلا تتم لابنه الكبير ملكية تلك الاشياء الا
 بقبضه اياها ، اما لو قال « لابني الصغير » فان الهبة تتم . بمجرد هذا القول .
 لان هذه العبارة من ولي الصغير تتضمن الايجاب والقبول ، وبما ان قبض
 الولي قائم مقام قبض الصغير فيعتبر ان القبض متحقق ايضاً ، فتم الهبة . ولو
 قال ان جميع الاموال التي هي في دكاني هذا هي لابني فلان وليس لي علاقة
 بها ، يكون قد نفى ملكية الاموال المذكورة عن نفسه وبين انها ملك ابنه
 فلان . وعلى هذه الامثلة القياس .

وهذه امثلة للاضافة التحقيقية. اما التقدير به فهي ان يكون المال المقر به معروفاً بين الناس ومشهوراً بكونه ملك المقر . فانه المقر حينئذ وان لم يصف المال الى نفسه يعتبر كانه اضافه اليه تقديراً فيكون الاقرار هبة . ولا يكفي للشهرة معرفة شخصين أو ثلاث ذلك بل ينبغي ان تكون الشهرة مستفيضة بين أهل البلد أو المدينة أو الحارة التي يسكنها المقر .

ولكن يلاحظ أن الاقرار سواء تضمن نفي الملك أو هبة لا يشمل غير ما واقع الاقرار بخصوصه ، فاذا قال أن جميع الاموال المنسوبة لي هي لفلان ، يكون قوله نقياً للملك عن جميع الاموال الموجودة والمنسوبة اليه وقت الاقرار ولا يشمل ما يتحصل له بعد ذلك وكذلك لو قال ان جميع الاموال الموجودة في دكاني هذا هي لفلان او هي لابني فلان ، فانه يشمل الاموال الموجودة وقت الاقرار في الدكان ، ولا يشمل ما وضع من الاموال في الدكان بعد ذلك . وكذلك الحال من حيث الشمول في صور اعتبار الاقرار هبة .

وانما قلنا في صدر الكلام . « إضافة تملك » لان الاضافة إذا كانت لمجرد النسبة فان الاقرار يعتبر نفي ملك وذلك كما لو قال أن جميع أموال التي تنسب إلي هي في الحقيقة ملك فلان فان قوله « التي تنسب إلي » وقوله « هي في الحقيقة » تفسير صريح بان الاضافة في « أموال » لمجرد النسبة . (م ١٥٩١) .

وإذا قال أحد أن الدكان الذي في يدي وتحت تصرفي بسند إنه ملك فلان ، والاسم المحرر في السند هو مستعار ، أو قال في دكان مملوك اشتراه من آخر . أتى كنت قد اشتريته لفلان . والدراهم التي أعطيتها من ثمنه هي

ماله أيضاً ، وألاسم المحرر في السند قيد مستعاراً ، يكون قد أقر بأن الدكان ملك فلان في نفس الأمر ، وكذلك إذا قال أن الدين الذي في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا درهما وإن كان قد تحرر باسمي ، فإنه لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار يكون قد أقر بأن المبلغ المذكور هو في نفس الأمر حق فلان . وكذلك لو أقر بأن الوديعة الفلانية التي أودعتها زيداً أو الرهن الفلاني الذي رهنته في يده هو في الحقيقة لخاله ، يكون ذلك إقراراً بأن الوديعة أو الرهن ملك خاله في الواقع ونفس الأمر . (م ١٥٩٢ و ١٥٩٣)

ويلاحظ أن نفي الملك لا يجري في الأراضي الأميرية ولا في المستغلات الموقوفة ذات الاجارتين : وذلك لأن الاقرار إذا اعتبر أنشاء كان فراغاً ، وفي الفراغ لا بد من إذن صاحب الأرض ، وإن كان أخباراً فإن ظاهر الحال يكذب الاقرار الواقع فإن التصرف الظاهري من قبل المقر في الأرض الأميرية أو في المستغل ذي الاجارتين مكذب للاقرار ، وقد سبق أن من جملة شروط اعتبار الاقرار ألا يكذبه الظاهر . فالحاكم عليه ألا يغفل عن هذه الجهة في الاقرارات التي يستند إليها المدعي .

— اقرار المريض مرصه الموت —

مرض الموت هو المرض الذي يخشى منه الموت غالباً ويعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور ، أو الداخلة في داره إن كان من الأنثى . ويموت به المريض على تلك الحالة قبل مرور سنة ، وإن لم يكن طريق الفراش . فإذا استمر بالمريض أكثر من سنة على حالة

واحدة دين تغيير فاته لا يعد مرض موت وإن مات به المريض وذلك كالفلج .
إذا استمر بالمريض أكثر من سنة ، ولكن بتغير فاته يعتبر مرض موت
اعتباراً من اشتداده . فلا ينحقق مرض الموت الا بثلاثة شروط :

- ١ — كون المرض يخشى منه الموت في الغالب
- ٢ — ان تزول قدرة المريض بسبب المرض عن ايفائه مصالحه
- ٣ — ان يموت بذلك المرض قبل مرور سنة من ابتدائه أو من حالة
اشتداده .

وجه تخصيص العجز بالمصالح الخارجية بالنظر الى الذكور ، وبالمصالح
الداخلية في الدار نظراً الى الاناث ، إنما هو بالنظر الى المعتاد الغالب ، فان
الغالب في النساء هو اشتغالهن في امور البيت فقط ، وفي الرجال هو الاشتغال
بامور خارجة عن الامور البيتية . والا فان الظاهر ان ينظر في ذلك الى الشخص
بالنسبة لعمله ، فقد تكون مصلحة الرجل الطبخ في البيوت كالطباخين ، وقد
تكون مصلحة المرأة خارج بيتها كالمعلمة والمحترفة ، فينبغي ان يراعى في امر
العجز ، العجز عن المصلحة المرتبط بها المريض .

ولتصرفات المريض مرض الموت احكام خاصة ، فان الشرع والقانون
قد راعيا في تصرفاته جانب الورثة والدائنين قدر الامكان . ولم يفسح له المجال
ان يتصرف كيفما يشاء . وقد بحث المجلة عن احكام بيعه بفصل خاص في
كتاب البيوع ، وعن هبته بفصل خاص في كتاب الهبة ، وعن اقراره بفصل
خاص في كتاب الاقرار وكان الاجدر بها ان تفرد باباً خاصاً في جميع تصرفاته
فان لاجارته وكفالاته ورهنه احكاماً خاصة أيضاً .

ان ثلاثة : انواع من اقرارات المريض غير معتبرة بدون الاجازة .

- ١ - اقراره بدين أو عين للوارث (م ١٥٩٨) .
- ٢ - اقراره باستيفائه الدين أو المهر من الوارث (م ١٦٠٠) .
- ٣ - اقراره باستيفائه ديناً على اجنبي كفيله احد الورثة . فان هذا الاقرار لا يؤثر بحق التكفيل للوارث ، فلسائر الورثة مطالبة بدين مورثهم قدر حصصهم .

احكام اقرار المريض .

المريض مرض الموت لا يخلو من ثلاث حالات .

- ١ - الا يكون له وارث اصلاً .
- ٢ - ان يكون له وارث لا يتصور ان يحوز جميع التركة اثناً . وهو الوارث الذي لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة .
- ٣ - ان يكون له وارث قد يحوز جميع التركة كالعصبة واصحاب الفروض غير الزوج والزوجة .

ثم ان اقراره اما ان يكون لاجنبي او للوارث . فاقراره لاجنبي بدين او عين مضمونة او غير مضمونة صحيح ، وان احاط بجميع امواله ، ولا يتوقف على اجازة الورثة . ويستوفي الاجنبي دينه من جميع احوال التركة ، بعد تحليفه بعين الاستظهار .

غير انه اذا ظهر كذبه في اقراره بان كان من المعلوم وقت الاقرار ، انه مالك للمقر به اثناً او بسبب البيع اليه ، او هبته له ، لا يعتبر اقراره ، لان من شروط صحة الاقرار الا يكذبه الظاهر - انظر المادة (١٥٧٧) - - وحينئذ

ينظر فان كان هذا الاقرار قد صدر في اثناء المذاكرة بالوصية ، يعد وصية فلا يعتبر الا من الثلث . وان لم يكن في اثناء المذاكرة بالوصية ، يعتبر هذا الاقرار هبة فلا يتم الا بالتسليم حتى لو مات هذا المقر قبل التسليم لا يبقى حكم للاقرار من كل وجه ، واذا حصل التسليم فان هذه الهبة تعتبر من الثلث ، لان الهبة في مرض الموت تنقيد بالثلث ، الا اذا اجاز الورثة فيما زاد على الثلث . والسبب في اعتبار هذا الاقرار الذي ظهر كذبه ، وصية او هبة ، هو ان كلام العاقل يحمل على الاعمال قدر الامكان انظر المادة ٦٠ - (م ١٦٠١) .

وان أقر لاحد ورثته بيمين أو دين ثم مات يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة فان أجازوه كان معتبراً ، وإلا فلا ، وان أجازوه بعضهم ، اعتبر في مقدار نصيبه من المقر به .

وإذا أقر المريض لوارث وأجنبي كما لو أقر بان عليه الف درهم ديناً مشتركاً لابنه فلان وفلان الاجنبي ، فحكمه حكم الاقرار لوارث ينوقف على اجازة سائر الورثة ، ولا يعتبر في بعض دون بعض ، لوجود المانع والمقتضي وهو الوارث والاجنبي ، وإذا اجتمع المانع والمقتضي يرجح المانع .

ويستثنى من عدم اعتبار الاقرار للوارث أربعة أنواع :

- ١ - إذا كان الورثة قد صدقوا المقر ، في حال حياته . فان هذا الاقرار يكون معتبراً ، وليس لهم الرجوع عن تصديقهم ، لان تصديقهم ، إقرار فيلزمون باقرارهم ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار .
- ٢ - لو أقر بانه قد قبض الامانة التي له عند وارثه ، أو انه قد استهلك الامانة التي كانت عنده لوارثه فان اقراره معتبر ، مثلاً لو أقر أحد في مرض

موته بقوله أخذت أمانتي التي أودعتها عند ابني فلان يصح اقراره ويكون معتبراً ، وكذلك لو قال ان ابني فلاناً قد أخذ طلبي الذي هو على فلان بالوكالة عني وسلمه لي يكون اقراره معتبراً . والسبب في هذا الاعتبار هو انه على قرض عدم الاقرار ، لو ادعى الوارث الذي كانت لديه أمانة مورثه بانه كان قد رد الامانة الى المورث وانكر سائر الورثة ذلك ، كان القول قوله لانه أمين والأمين مصدق بقوله ، فلا فائدة من عدم اعتبار الاقرار في هذه الصورة . وكذلك لو قال المورث قد بعث خاتم الماس الذي كان وديعة أو عارية عندي لابني فلان يكون اقراره معتبراً ويلزم تضمين التركة قيمة الخاتم يوم بيعه ، حتى انه لو قال كنت بعته بالف درهم لا يلاحظ في التضمين هذا المقدار ، بل القيمة يوم البيع ، وإذا لم يعلم يوم البيع . فالظاهر يقتضي أن يضمن قيمته قبيل يوم اقراره لانه يعتبر مستهلكاً له قبيل الاقرار . ولاكن يلاحظ ان هذا الاقرار إنما يعتبر إذا كان الورثة يعترفون بانه كان المقر له أمانة بيد مورثهم ، أما إذا كانوا منكبين فلا يعتبر الاقرار ما لم يثبت المقر له بالبينة تسليمه الامانة المذكورة الى مورثه .

والسبب في اعتبار الاقرار باستهلاك الامانة ، هو ان الامانة الثابت كونها عند المورث إذا لم تظهر في التركة ، كان المورث مجهلاً ، والوديع إذا جهل الامانة فانها تضمن من التركة - أنظر المادة ٨٠١ - فكان اعتبار الاقرار لا يزيد شيئاً على الحكم الواقع .

٣ - إذا أقر المريض لزوجته بمهر فانه يصدق في مقدار مهر المثل ، لان وجوب المهر لازم بالنكاح .

٤ — الاقرار بصورة النفي ، فلو قال المريض لا حق لي قبل فلان الوارث ، كان اقراره معتبراً ، فلا تسمع على المقر له دعوى من قبل سائر الورثة في حق يعود الى المورث . وكذلك لو قالت المريضة لا مهر لي على زوجي صح الاقرار . (م ١٥٩٨) .

والمراد من الوارث هنا هو من قام به سبب الارث وقت الاقرار وكان وارثاً بالفعل بعد الموت . فلو أقر لاجنبية في مرض الموت ثم تزوجها ثم مات فان اقراره معتبر ، لان سبب الارث وهو الزوجية لم يكن قائماً في المقر له وقت الاقرار . ولو أقر لاحد اخوته الاشقاء وكان له ابن ثم مات الابن قبل المقر ، فأصبح الاخوة وارثين ، لا يعتبر الاقرار لان سبب الارث كان قائماً في المقر له ، وهو الاخوة وصار المقر له وارثاً بالفعل بعد الموت . وكذلك لو أقر المريض لاخته غير المسلم ، ثم أسلم قبل موت المقر ، ثم مات المقر ، فان الاقرار لا يعتبر ، لان سبب الارث كان قائماً في المقر له وقت الاقرار ، وهو الاخوة وقد صار وارثاً بالفعل . (م ١٥٩٩) .

الحكم في ايفاء ديون الصحة وديون المرض .

الدين ما ثبت من المال في الذمة . بسبب من الاسباب الموجبة له وهي : المعقود كالبيع والاجارة والقرض والكفالة والحوالة والزواج والخلع ونحوها . والافعال ، كالنصب ، واستهلاك اموال الغير بالتعدي . والنصوص كالنفقات فانها تكون ديناً في ذمة من وجبت عليه بحكم النص الشرعي ، وكالفائض النظامي المترتب من تاريخ الانذار او من تاريخ استدعاء الدعوى فانه يكون

في ذمة المدين بحكم القانون . والاقرار ، كالدين الذي يثبت في ذمة المقر لسبب اقراره في الصحة . او في مرض الموت . والاسباب الثلاثة الاولى اسباب حقيقية لثبوت الدين ، واما الرابع وهو الاقرار فهو في الحقيقة مظهر لوجود دين في ذمة المقر خفي سببه الحقيقي على غير المقر .
والدين بانواعها اما ان تثبت في الذمة حال الصحة واما ان تثبت في حال المرض مرض الموت .

فالدين الثابت في الذمة حال الصحة ، والدين الثابت في الذمة حال المرض لسبب من الاسباب الثلاثة الحقيقية ، بقوة واحدة ، فلا يمتاز بعضها على بعض . فغرماء الصحة وغرماء المرض هنا في الايفاء سواء . والدين الثابت في الذمة حال المرض ، بالاقرار اضعف من الدين الثابت حال المرض مهما كان سببه ، اي سواء كان سببه عقد او فعل او نص او اقرار . فدين الصحة هنا يمتاز على دين المرض ، وغرماء الصحة يقدمون في الايفاء على غرماء المرض الثابت دينهم بمجرد الاقرار .

وحكم الاقرار بالعين في مرض الموت كحكم الاقرار فيه بالدين ، اي ان المريض مرض الموت اذا اقر بعين لاحد ، فان المقر له لا يأخذ تلك العين المقر بها ، الا بعد ايفاء ديون الصحة فان لم تف التركة بديون الصحة لا يأخذ شيئاً .
والخلاصة ان الدين الثابت بالاقرار في مرض الموت ، مؤخر في الايفاء عن سائر ديون الصحة . فستوفي اولاً ديون الصحة من تركة المريض ثم ان بقيت فضلة في التركة تؤدي منها الديون الثابتة بالاقرار في مرض الموت . واما الديون الثابتة في مرض الموت بغير الاقرار ، اي الثابتة بسبب من الاسباب الثلاثة

وهي العقود والأفعال - الغصب والاتلاف - والنصوص ، فهي وديون الصحة سواء لا امتياز بينهما فسقوفى من التركة سوية . وان لم تف التركة بالجميع فانها تنقسم غرامة . (م ١٦٠٢) .

ومن حيث ان الاقرار في مرض الموت يضمن بالنظر الى الدائنين الثابتة ديونهم في الصحة ، أو الثابتة ديونهم في مرض الموت بغير الاقرار ، فانه إذا أقر المريض مرض الموت بانه قد استوفى طلبه الذي في ذمة أجنبي ، فان كان هذا الدين قد تعلق بذمة الاجنبي حال المرض ، فلا ينفذ هذا الاقرار في حق غرماء الصحة ، وغرماء المرض الثابتة ديونهم بسبب غير الاقرار . بل يتوقف على اجازتهم إن كانت التركة مستغرقة بديونهم . فان لم تكن التركة مستغرقة بديونهم ، بل كانت التركة القائمة واقية بها فانهم يستوفون ديونهم من التركة القائمة ، وينفذ الاقرار بدون توقف على اجازتهم . وان كان هذا الدين قد تعلق في ذمة الاجنبي حال الصحة ، فان الاقرار ينفذ مطلقاً ولا يتوقف على إجازة أحد سواء كانت التركة مستغرقة بالديون أم لا . مثلاً لو أقر المريض بانه قبض من المال الذي باعه حال مرضه فانه لا ينفذ في حق غرماء الصحة ومن في حكمهم . وان باع مالا في حال صحته وأقر بقبض ثمنه في مرض موته ، فانه ينفذ مطلقاً ، وليس لغرماء الصحة ومن في حكمهم الا يعتبروا ذلك . ووجه الفرق بين المسألين هو ان حق الغرماء قد انتقل من ذمة مدينهم وتعلق باعيان التركة ، عند ما وقع مدينهم في مرض الموت ، فاذا باع منها شيئاً وهو مريض ولم يثبت قبضه الثمن بغير اقراره يكون قد أ تلف حق غرماء الصحة فلا ينفذ

اقراره عليهم . أما إذا كان قد باع شيئاً من أمواله حال صحته وأقر حال مرضه بقبضه الثمن ، فإنه لا يكون قد ألتف حق غرماء الصحة ، لأن حقهم كان حال صحته ثابتاً في ذمته ، لا متعلقاً باعيان أمواله فإذا كان قد باع شيئاً منها وهو صحيح فإنه لا يكون قد ألتف حق غرمائه . (م ١٦٠٣) .

وليس للمريض مرض الموت أن يرجح بعض دائنيه على بعض في الإيفاء .

فلو أدى دين بعض دائنيه ، وهو مريض ، لاتبطل حقوق سائر دائنيه في المقدار الذي أداه ، بل إذا كانت التركة غير وافية بديونهم فلهم الرجوع على الدائن القابض لدينه بمقدار ما يصيبهم مما قبض ، غرامة . مثلاً لو كان المريض قد أدى الف درهم لأحد دائنيه ثم مات ، ولم تف تركته بديون الدائنين الآخرين فانهم يرجعون على الدائن الذي قبض الف درهم ويقسمونها بين الجميع غرامة ويستثنى من ذلك بدل القرض الذي استقرضه المريض حال مرضه ، وبدل

المبيع الذي اشتراه وهو مريض ، وأجرة المسكن الذي استأجره وهو مريض ، ومن الادوية ، ومن الالبسة التي اشتراها لنفسه وهو مريض . فان الدائن إذا قبضها ، فليس لغيره من الدائنين أن يشاركوه فيما قبض . ولكن يشترط لذلك شرطان : الاول أن يثبت القرض أو البيع مثلاً بالبينة . الثاني : أن يكون البديل بدل المثل ، فان كان زائداً ، كان الزائد بحكم الوصية . فيطبق عليه ما يطبق على الوصية . (م ١٦٠٤) .

ويلاحظ أن كفالة المريض مرض الموت بمال ، بحكم الدين الاصلي .

ويترتب على ذلك :

١ - إذا تكفل المريض بالدين الذي لو ارثه على احد ، او تكفل بالدين الذي لاحد على وارثه ، فان دين هذه الكفالة لا يكون نافذاً ، بل يتوقف على اجازة سائر الورثة ، لانه يحكم الوصية للوارث . فليس للمكفول له ان يستوفي الدين من التركة اذا لم يحجز الورثة ذلك .

٢ - اذا كفّل المريض لاجنبي اي غير وارث ، يعتبر المكفول به من ثلث ماله فان كانت التركة مستغرقة بالديون ، تبطل الكفالة وان كانت غير مستغرقة ، فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد ايفاء الديون ، صحت كلها ، والا فبقدر الثلث .

٣ - اذا اقر احد في مرض موته بانه كان قد كفّل لاجنبي في حال صحته ، فان اقراره صحيح معتبر من جميع ماله ، كما لو اقر بمال لاجنبي على ما مر بيانه سابقاً . غير انه ان وجدت ديون الصحة او ما في حكمها فانها تقدم ، كما هو الحال في تقديم سائر ديون الصحة على ديون المرض الثابتة بالاقرار . (م ١٦٠٥) .

الافرار بالكتابة

الافرار بالكتابة كالافرار باللسان ، لان الكتابة كالخطاب . فيترتب عليه ما يترتب على الافرار باللسان (١٦٠٦) .

وهنا ثلاثة اصول :

الاول : لا يعتمد على خط فيه شائبة التزوير ، ولا يكون مداراً للحكم .

ويتفرع على هذا :

- ١ - لا يعمل بمجرد الخط والختم ، لكن إذا سلما من شائبة التزوير فانه يعمل بهما . وسيأتي الكلام على هذا في المادة (١٧٣٦) .
- ٢ - لا يعمل بمجرد الوقفية وسيأتي الكلام على ذلك في المادة (١٧٣٩) .
- ٣ - لا يعمل بالاعلامات التي ليس لها أصل في السجلات المعتمدة في المحكمة .

الثاني : الخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع ، يعمل به ويكون مداراً للحكم . ويتفرع على هذا :

- ١ - يعمل بالوقفيات المسجلة في السجلات المعتمدة في المحاكم . أنظر المادة (١٧٣٩) .
- ٢ - يعمل بسجلات المحاكم المنظمة بصورة سالمة من الفساد والحيلة . أنظر المادة (١٧٣٨) .
- ٣ - يعمل بالمراميم « الفرامين » السلطانية والدفاتر الخلقانية لسلامتها من التزوير . أنظر المادة (١٧٣٧) .

- ٤ - يعمل بقيود وسندات الطابو ، ما لم يحكم ببطلانها .
- ٥ - ان دفاتر التجار (بما فيهم الصراف والسمسار) المعتمدة ، هي من قبيل الاقرار بالكتابة ، ولو لم تكن بشكل سند موافق للرسم والعادة ، لان التاجر لا يثبت في دفاتره الا ما كان له أو عليه ، فهو ملزم بما يثبت في دفاتره عليه ، أخذاً باقراره ، ولكن لا يكون ما في دفاتره حجة له على غيره ، لانه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه .
- وإنما اشترط في الدفتر أن يكون معتمداً به أي خالياً من احتمال التزوير ،

للاحتراز من الدفتر الذي لم يخل من ذلك ، كما لو كان الدفتر بيد كاتب التاجر ،
 فإذا انكر التاجر أو وارثه ما دونه الكاتب عليه في دفتره فإن الدفتر
 المذكور لا يعمل به لوجود شبهة التزوير من الكاتب . غير أن مثل هذا
 الدفتر إذا كان مؤشراً عليه بمصادقة التاجر أو وكيله ، كان حجة عليه ولا
 يسمع انكاره ، لأن احتمال تزوير الكاتب مندفع بتلك المصادقة . على أي
 أرى أن اعتبار مثل هذا الدفتر — أي الذي هو بيد الكاتب وليس فيه
 إشارة المصادقة — أو عدم اعتباره ينبغي أن يناط بتقدير المحكمة ، نظراً
 للظروف والاحوال . (م ١٦٠٨)

ويلاحظ أن بعض التجار عند ما يجري مع أحد يقيدها في الدفتر
 الذي هو في يد المتعامل معه ، مثلاً إن زيداً التاجر إذا أخذ مبلغاً من خالد
 الصراف يسجل ذلك بخطه في الدفتر المحفوظ بيد خالد . فإذا اعترف زيد
 بأن الخط خطه في مبلغ مقيد في دفتر خالد ، فإنه يلزم بالمبلغ المذكور .
الاصل الثالث : أن الأمر بكتابة الاقرار هو اقرار حكماً . فإذا أمر أحد
 كاتباً بقوله اكتب لي سنداً ينضمن أني مدين لفلان بكذا درهما فكتب
 الكاتب ذلك ووضع الأمر فيه امضاءه أو ختمه ، يكون ذلك قراراً بالكتابة
 كالسند الذي كتبه بخط يده .

وإذا أمر أحد كاتباً أن يكتب اقراره على الوجه السابق فلم يكتب فهل يلزم
 الأمر بذلك ؟ نعم لأنه اقرار حكماً ، ولكن يراعى في ذلك الحكم المنعق
 بالاقرار خارج المحكمة إذا كان هذا الامر قد وقع خارج مجلس القضاء .
 (م ١٦٠٨) ويتفرع على ما سبق تقريره :

أولاً : انه إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه وأعطاه لاحد ممضياً أو مختموماً ، يكون معتبراً ومرعياً كتنقيده الشفهي ، لانه اقرار بالكتابة . ولكن يشترط في السند الذي يتمسك به الخصم أن يكون موافقاً للرسم والعادة ، في نوع ذلك السند . فالعادة في سندات الدون مثلاً ان تنظم في ورقة يكتب فيها اسم الدائن وشهرته ومقدار الدين وأن يؤرخ السند ويوضع في ذيله امضاء المدين او ختمه ، وفي وصولات القبض ان يكتب اسم الدافع والمقدار الذي دفعه وأن يؤرخ ، ويوضع في ذيله امضاء القابض أو ختمه . وهكذا في سائر السندات يلزم أن يراعى فيها الرسم المعتاد في مثلها . فلو كتب مثل ما سبق على ورقة شجرة أو على حجارة مثلاً ، أو لم يذكر اسم الدائن أو لم يوضع في ذيله امضاء المدين أو ختمه ، فلا عبرة به . أما لو اغفل التاريخ فالظاهر الا يؤثر على اعتبار السند ، لان عدم ذكر التاريخ لا ينفي صحة الاقرار . الا انه قد يفتح مجالاً للاخذ والرد في المرافعة ، على أن المتمسك به في استطاعته ان يضع في السند تاريخاً قبل ابرازه . (م ١٦٠٩) . والظاهر من اطلاق هذه المادة ان السند المذكور يعمل به مطلقاً بلا حاجة الى دليل آخر ، وفي ذلك شيء من البعد عن الصواب . وبيان ذلك انه يحتمل في السند اربع صور :

- ١ - ان يكون الخط في السند خط المدين والامضاء امضاءه
 - ٢ - ان يكون الخط خطه ومختموماً بختمه
 - ٣ - ان يكون الخط خط غير المدين ولكن ممضى بامضاء المدين
- وفي هذه الصور الثلاث يعمل في السند نخلوه من شائبة التزوير

٤ — ان يكون الخط خط غير المدين الا انه مختوم بختمه . فلاقرب الى الصواب ان المدين اذا اعترف بان الختم ختمه وانكر كونه قد وقع به على السند . ان يسمع قوله والا يعتبر السند الا اذا قام الخصم البينة على ان المدعى عليه قد ختم السند بنفسه او انه امر احداً ان يختمه عنه ، لان مثل هذا السند لا يخلو من شائبة الزور ، اذا قد يسلم الانسان ختمه الى غيره لامانته منه ، وقد يضعه في بيته فيختم به من يقع في يده ، كما انه من السهل ان يحك احد مثله ويختم به . ونظير هذا ايضاً ان السند اذا كتب بلغة لا يعرفها من وقع في ذيله بامضاءه او بختمه ، وادعى انه لم يكن عارفاً بمضمون السند المذكور فانه لا بد لمبرز السند ان يثبت ان الموقع عليه قد قرئ عليه السند وفهم معناه وما تضمنه و بعد ان وقف على مضمونه ومآله وقع عليه . فاذا لم يثبت ذلك لا يعتبر السند حجة ، لان مثل هذا السند لا يخلو من شائبة التزوير .

ثانياً : انه اذا انكر من كتب سنداً او استنكتبه واعطاه ممضياً او مختوماً ، الدين الذي حواه ، فلا يعتبر انكاره ويلزم عليه اداء ذلك الدين . مثلاً لو كان بين شخصين اخذ وعطاء ، فتحاسبوا وظهر ان لاحدهما في ذمة الآخر خمسين ديناراً فاعطى بذلك سنداً لصاحبه ، فانه يلزم بايفاء الدين المذكور ولا يسمع منه بان الحساب كان قد وقع خطأ وانه يطلب اجراء المحاسبة بحج . . .

اما اذا انكر كون السند له فان كان خطه او ختمه مشهوراً معروفاً بين التجار او اهل البلد وثبت ذلك بالشهرة ، فلا يلتفت الى انكاره ويعمل بذلك السند . وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ويعرض على اهل الخبرة فان اخبروا بانهما كتابة شخص واحدة يجبر المنكر على اعطاء الدين المذكور ،

وإذا لم يثبت كون السند سند المنكر ، وكان قد أنكر السند والدين ، فبطلب من المدعي يحلف على أن السند ليس له وأنه ليس بمدعي المدعي ، فإذا نكل عن الحلف بعدم الدين يلزمه الدين سواء حلف بكون السند له أو نكل . وإن نكل عن الحلف بكون السند له وحلف بعدم الدين فيلزمه الدين أيضاً . وإن حلف على الاثنين لا يلزمه شيء . (م ١٦١٠) .

وإذا أبرز أحد سند دين على شخص متوفى ، وكان السند مرسوماً حسب المعتاد ، فإن اعترف الورثة بكون السند سند مورثهم ، فإنهم يلزمون بإيفاء مضمونه ، من التركة . وإن أنكر كون السند سند مورثهم فإن كان خط المتوفى وختمه معروفين وثبت بالشهرة كون الخط خطه والختم ختمه ، لزم الورثة إيفاء مضمونه ، من التركة ؛ وكذلك الحكم إذا ظهر بالتطبيق موافقتهما لمقياس قانوني . (م ١٦١١) .

ومن الاقرارات الكتابية المعتبرة ما لو ظهر كيس مملوء بالنقود أو غيرها ، في تركة أحد وقد حرر عليه بخط المتوفى أن هذا الكيس لفلان وهو عندي امانة ، أو ما في معنى ذلك ، فإن فلاناً يأخذ الكيس المذكور بدون حاجة إلى الاثبات بوجه من الوجوه ، لأن العادة شاهدة بأن الشخص لا يكتب مثل ذلك على ماله . ولأن العادة جارية بان الامناء يكتبون مثل ذلك على الامانات التي تحت أيديهم ، لئلا يشقبه عليهم الأمر ، ولئلا يختلط الحال على ورثتهم من بعدهم . (م ١٦١٢) . وهل الحكم كذلك في العلامات (الماركات) الخاصة بالتجار التي توسم بها الاحمال ؟ أي إذا وجد حمل أو مال عليه اسم أحد التجار فهل يعتبر ذلك له ؟ الظاهر أن المال المذكور إذا كان تحت يد أحد

يدعيه له او لغير صاحب الوسم فجور الوسم المذكور على المال لا يثبت كونه له ، بل لابد لذلك من البينة . واذا لم يكن تحت يد احد فان الاصل ان يعتبر لصاحب الوسم لان ذلك قرينة لم يعارضها وضع يد احد ، ومن هذا يفهم ان مجرد القرائن يعمل بها اذا لم يعارضها اقوى منها . وسنبحث عن هذا عند الكلام عن القرينة القاطعة ، في كتاب البينات .

ما يبطل به الاقرار : يبطل الاقرار بأحد الامور الآتية :

١- اذا كذب بحكم الحاكم ، فاذا ظهر مستحق وادعى الشيء الذي اشتراه احد وكان في يده ، وعند المحاكمة لو قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني اياه ، واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك ، يرجع ذوي اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق ، لان الاقرار المذكور قد كذب بحكم الحاكم ، فلا يكون مانعاً للرجوع . (م ١٥٨٧) .

٢- برد القدر له الاقرار . فلا يبقى للاقرار حكم بعد ذلك . (م ١٥٨٠) ولكن هذا مشروط بعدم ابطال الرد حق الغير ، والا فانه لا يبطل . مثلاً لو قال احد لآخر ان المال الفلاني هو مالك لاني قد بعته لك امس فرد المقر له هذا الاقرار ثم قال نعم كنت اشتريته منك ، فانه يصح ولا يعتبر الرد ، اذ لو قبل الرد وابطل الاقرار للزم ابطال البيع وفسخه برأي احد المتبايعين ، وهذا يقتضي بطلان حق الغير .

٣ - بتكذيب الحسن والظاهر ، كما لو اقر لمن هو اكبر منه سناً أو لمن هو معروف الفسب بانه ابنه . وكذا لو اقر احد بانه قد هدم دار زيد مع انها لم تنزل قاعة ، او انه قتل خالد مع انه لم يزل حياً برزق .

كتاب الدعوى

ينحصر البحث في الدعوى بالمواضيع الآتية :

- ١ - تعريف الدعوى ، وحكمها .
 - ٢ - شروط صحة الدعوى .
 - ٣ - اقسام الدعوى .
 - ٤ - دفع الدعوى وانواعه .
 - ٥ - التناقض وحكمه وما يتعلق به من الابحاث .
 - ٦ - مرور الزمان . وحكمه وما يتعلق به من الابحاث .
- تعريف الدعوى .

هي طلب احد حقه من آخر ، جازماً ، في مجلس القضاء . اي بحضور الحاكم في محل الحكم او بحضور الحكم في مجلس التحكيم . فان الحكم قائم مقام القاضي . ويقال لطالب الحق من آخر في مجلس القضاء « المدعي » . ويقال للمطلوب منه الحق في مجلس القضاء « المدعى عليه » . (م ١٦١٣) . وقد قيل ان هذا التعريف الوارد للمدعي والمدعى عليه في المجلة غير صحيح ، لان المدعي عليه عند ايراده الدفع قد يتضمن دفعه طلب حق من المدعي ، كما لو ادعى احد على آخر بان له في ذمته خمسين ديناراً مثلاً فدفع المدعى عليه بانه كان قد افاها اياه فان دفعه هذا يتضمن طلب حق من المدعي . ولكن هذا الاعتراض الوارد على تعريف المجلة غير وجيه ، لان المدعى عليه عند

تقيامه بالدفع على الوجه المذكور يصبح مدعياً ، فليشمله تعريف المدعى ، ويصبح المدعى مدعى عليه فليشمله تعريف المدعى عليه . نعم اذا اردنا من المدعى البادى ، في اقامة الدعوى ، ومن المدعى عليه من تقام عليه الدعوى فتعريف المجلة لا يكون سديناً كما هو موضح في تقرير الاعتراض ، بل ان التعريف الصحيح حينئذ ، هو ان المدعى من طلب حقه من آخر في مجلس القضاء . واذا ترك الدعوى ترك ، وان المدعى عليه هو المطلوب منه الحق في مجلس القضاء ، واذا ترك الدعوى لم يترك .

ولكن المجلة ارادت من المدعى الاعم من البادى في الدعوى ، ومن المدعى عليه الاعم من المقامة عليه الدعوى . فان هذا المعنى الاعم هو الاعم بالنظر ، لان التفريق بين المدعى والمدعى عليه بالوجه الذي ذكرته المجلة هو الذي يعين كلفة الاثبات على احد الطرفين ، ويعين الحاكم على السير في الدعوى على الوجه الصحيح .

والمراد من « الحق » في تعريف الدعوى الحق الوجودي كطلب مال من احد ، او الحق السلبى كطلب منع التعرض . فاذا عارض احد آخر في تصرفه في ملكه ، فان التعرض به ان يطلب منع معارضة التعرض . اما دعوى قطع النزاع فلا تسمع لانها لا تتضمن طلب حق . وصورة هذه الدعوى ان يطلب احد امام الحاكم بان فلاناً اذا كان له علي حق فليثبتته امام المحكمة لكيلا يبقى نزاع بيننا ، وما في هذا المعنى من صور الدعوى .

واما حكم الدعوى ، فهو لزوم جواب المدعى عليه بالاقرار او الانكار ، فان سكوت حمل سكوته على الانكار .

شروط صحة الدعوى

يلزم لصحة الدعوى أن يتوفر فيها الشروط الآتية .

١ - أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين . فلا تصح دعوى المجنون والصبي الغير المميز ، وإنما لاوليائهما واوصيائهما أن يقوموا عنهما مدعين أو مدعى عليهم ، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لا ضرر محضاً في الدعوى ، لأنها تتضمن طلب حق ومداغة عن ترتب حق ، وليس في هذا ضرر محض . فالصبي المأذون له أن يقيم الدعوى في الخصوصيات المأذون بها وإن يكون مدعى عليه كذلك . فيترتب عليه ما يترتب على المدعي أو المدعى عليه ، حتى أنه توجه اليه اليمين على القول الراجح . وقال البعض أن اليمين تؤجل الى ما بعد بلوغه ، لأن غير البالغ لا يبحث باليمين ، فلا يبالي الصبي من اليمين . (١٦١٦) . وإذا أقيمت الدعوى على ولي الصغير فلا يشترط احضاره في مجلس القضاء لأن الولي قائم مقامه ، إلا إذا كانت الدعوى على الصغير لانتلافه مالا ، فيشترط حضوره للإشارة اليه في الدعوى والشهادة .

٢ - أن يكون المدعى عليه معلوماً . فلا تصح دعوى شخص على أحد من أهل الحلة الفلانية أو القرية الفلانية من غير تعيين شخصه . كما لو قال المدعي أن لي بذمة أحد أهل هذه القرية كذا درهما ، أو أن لي بذمة أحد هذين الرجلين كذا درهما بدون تعيين أحدهما . وإنما اشترطت معلومية المدعى عليه لتظهر ثمرة الحكم . فإن الحكم على مجهول بالتزامه شيئاً ممنوع التنفيذ . فالجهاالة ولو كانت يسيرة مفسدة للدعوى .

ويلاحظ أن معلومية المدعي شخصاً كافية . وإذا كان المدعي أو المدعى

المدعى والمضى
عليه عاقلين

المدعى عليه
معلوماً

عليه مجهول الشخص ، لزم تعريفه من قبل رجلين أو امرأتين ، كما لو كان المدعي أو المدعى عليه من النساء المتحجبات ، أو كان من الغرباء في البلد . وإذا شك الحاكم في شخصية المدعي أو المدعى عليه فله ان يطلب تعريفه مطلقاً . (م ١٦١٧) .

٣ - حضور الخصم ، حقيقة أو حكماً . فحضوره حقيقة ظاهر . وحضوره حكماً ، كما اذا بلغ المدعى عليه بالحضور فلم يحضر فحكم عليه غياباً فانه يعتبر بحكم الحاضر من جهة فينظر الحاكم في الدعوى ، ولكنه يعطي مدة يسوغ فيها له ان يعترض على الحكم ويقدم دفاعه ، لانه لم يكن حاضراً حقيقة . فاذا بلغ بالحكم ولم يعترض عليه في المدة فان الحكم يصبح سائماً من الاعتراض ، وقد كان حاضراً حكماً ، فيعتبر الحكم داهياً بعد ذلك . وانما اشترط حضور الخصم ليتسنى له الدفاع عن نفسه وليشار اليه عند الدعوى والشهادة (م ١٦١٨) .

ويلاحظ ان الحاضر قد يكون خصماً عن الغائب ، وذلك في المواطن التي لا يمكن فيها التوصل الى الحق المطلوب الا بعد ثبوت امر يتعلق بغائب . مثلاً لو ادعى احد على آخر بانه قد ادى عنه دينه الذي في ذمة فلان ، بامر منه فقال المدعى عليه ان فلاناً ليس له علي دين واني لم آمر بايفاء ما تزعمه من الدين كما انك لم تؤد ما تزعم اداءه . فاذا اقام المدعي البينة على تحقق دين فلان وان المدعى عليه قد امر المدعي بايفائه ، وان المدعي قد اوفاه فان البينة المذكورة تسمع وبحكم الحاكم بجميع هذه الجهات . فقد انتصب المدعي هناك خصماً عن فلان الغائب ، ولا يطلب الحاكم هذا الشخص الغائب للحضور في

حضر الخصم
حقيقة أو حكماً

الدعوى ، لان في ذلك ضرراً عليه من حيث النتيجة ، وهو لم تقم عليه الدعوى .
وعلى هذا المثال قس ما يشابهه في السبب .

٤ - ان يكون المدعى به معلوماً ، لانه لا يمكن اخذ المجهول تحت الحكم ،
ولا فائدة من الحكم بالمجهول . (م ١٦١٩) .

المدعى به معلوماً ويستنتى من هذا الشرط خمس مسائل وهي :

أ - دعوى الغصب { انظر المادة (١٦٢١)
ب - دعوى الرهن

ج - دعوى الوصية بمجهول

د - دعوى الاقرار بمجهول . انظر المادة (١٥٧٩)

هـ - دعوى الابرأء عن مجهول ،

فنصح دعوى احد على آخر بانه قد غصب منه حنطة لا يعلم مقدارها ، او
انه قد رهن عنده شعيراً لا يعرف مقداره ولا قيمته ، او ان مورث المدعى
عليه قد اوصى له بشي من ماله ، او ان المدعى عليه قد اقر له بمال . وكذلك
يصح دفع المدعى عليه فيما لو طالبه المدعي بدين ، بان المدعي كان قد ابرأه
عن شي من ذلك الدين بجهل مقداره .

وفي هذه المسائل الخمس اذا ثبتت دعوى المدعي يجبر المدعى عليه ، على
بيان مقدار ما غصبه ، او رهن عنده ، وهكذا . والسبب في سماع هذه الدعاوي
هو تحقق المعذرة ، لان الراهن قد رهن شيئاً وهو يجهل مقداره وقيمته ، لان
القصد من الرهن هو التوثيق فلا يلاحظ الراهن المقدار او القيمة : وكذلك
المغضوب منه ، والموصى له والمقر له ، والمبرأ ، فان فعل الغصب والايقضاء

والابراء والاقرار ، لم يحصل من المدعى بل من غيره ، فهو معذور في عدم معرفته مقدار حقه . والحق يجب حمايته او اظهاره قدر الامكان ، وقد امكن معرفة هذا الحق بعد ثبوته باجبار المدعى عليه على البيان .

٥ - ان لا يسند سبب الملك في الدعوى الى الاقرار . لان الاقرار ليس سبباً من اسباب الملك ، فاذا اسند المدعى ملكيته للمدعى به الى الاقرار يكون معترفاً في دعواه بانه غير مالك للمدعى به ، فلا يجمع طلبه . اما اذا أسند الملكية الى سبب من اسباب التملك التي سبق ذكرها في كتاب الشركة وزاد على ذلك بان المدعى عليه قد اقر بكون المدعى به مملوكه - اي ملك المدعى - فان الدعوى تكون مسموعة صحيحة . ويترتب على هذا ان المدعى لو ادعى بقوله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي ، تسمع دعواه ، لانه لم يسند الملك الى الاقرار بل ذكر الاقرار دليلاً على اظهار التملك . ولو ادعى بقوله ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي ، لا تسمع دعواه ، لانه اسند ملكيته للمال الى الاقرار وهو لا يصلح سبباً للملك . (م ١٦٢٨) .

٦ - ان يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلاً وعادة وشرعاً . لان الاستحالة عقلاً وعادة تقتضي تيقن الكذب الظاهر في الدعوى ، والمستحيل شرعاً كالمستحيل عادة . ويترتب على هذا ، انه لو اقام احد الدعوى على آخر بانه ابنه ، وكان لا يولد مثله لمثله لا تسمع دعواه ، وكذلك لو توفي احد وترك بنتاً وابناً فادعت البنت ان لها النصف . لان هذا مستحيل شرعاً . وكذلك لو ادعى على امرأة انها زوجته وكان في عصمته اربع ازواج .

والمستحيل قانوناً كالمستحيل شرعاً ، كما لو ادعى احد اصحاب الانتقال
 باكثر من النصيب المقدر له حسب قانون الانتقال . (م ١٦٢٨) .

٧ - امكان الزام المدعى
 امكان الزام المدعى عليه بالمدعى به ، على تقدير ثبوت الدعوى . فاذا
 كانت الدعوى على تقدير ثبوتها ، لا يلزم المدعى عليه بالمدعى به نظراً للاحكام
 الشرعية او القانونية ، كانت الدعوى غير مسموعة ، لان النظر في هكذا دعوى
 اشتغال بالعبث . مثلاً لو اعار احد آخر شيئاً فادعى احد على المعير بقوله اني من
 اقاربه فانا اولى بالاعارة الي فليعبرني الشيء الغلاني . فان هذه الدعوى باطلة غير
 مسموعة . (م ١٦٣٠) .

٨ - ان لا يكون في الدعوى تناقض . (م ١٦٤٧) وسياتي الكلام
 على التناقض مفصلاً .

٩ - ان تكون الدعوى في مجلس القضاء . فطلب احد حقه من آخر
 لا في مجلس القضاء لا يعتبر دعوى ولو كان امام الحاكم .

وينضح مما سبق ان ما عدا الشرط الثاني والثالث والرابع ، يؤثر في جوهر
 الدعوى وذاتها ، فاذا اختل واحد منها كانت الدعوى باطلة ، وان الشروط :
 الثاني والثالث والرابع تؤثر في صفة الدعوى فاذا اختل منها واحد كانت
 فاسدة يمكن تصحيحها .

معلومية المدعي به

سبق ان معلومية المدعى به شرط من شروط صحة الدعوى . فهذه المعلومية
 تحقق بالوجوه الآتية .

١ - اذا كان المدعى به حاضراً في مجلس القضاء فلاشارة اليه في الدعوى

والشهادة واليمين ، كافية لمعلوماته .

٢ - اذا لم يكن المدعى به حاضراً في مجلس القضاء ، فان كان احضاره لا يكلف مؤنة ويسهل احضاره وكان المدعى عليه معترفاً بوجوده عنده ، فانه يلزم عليه ان يحضر الى مجلس القضاء للاشارة اليه عند الدعوى والشهادة واليمين ، وذلك كما اذا كان المدعى به حلية او كتاباً او نحوها ، الا اذا كان المدعى به ودعة فانه لا يجبر على احضارها . وان كان في احضاره الى المجلس مؤنة تسكلف المدعى عليه مصرفاً ، فانه لا يلزم باحضاره بل اما ان يذهب الحاكم الى المحل الذي فيه المدعى فيه ويستمع هناك الدعوى والشهود ويحلف المدعى عليه هناك اذا عجز المدعي عن الاثبات وقد طلب اليمين . واما ان يكتفي الحاكم بتوصيف المدعى به وتعيينه وبيان قيمته ، الا في الدعوى الغصب او الرهن فلا يلزم فيهما بيان قيمة المقتضوب او الرهن ، لان المقتضوب منه المدعي قد يجهل قيمة ماغصب منه ، وكذلك الراهن قد يجهل قيمة ما رهنه فيكفي فيهما التوصيف والتعريف . واذا كان المدعى به اعياناً مختلفة الجنس والنوع والوصف فلا يلزم ذكر قيمة كل واحدة منها على حدة بل يكتفي ذكر قيمة المجموع كما اذا قال المدعي خمسة ابل وثلاث سيارات واربع افراس قيمتها الف دينار ، فانه يكفي ولو لم يبين قيمة كل واحد منها .

٣ - واذا كان المدعي به ديناً ، فيلزم بيان جنسه ونوعه وقدره كان يقول خمسين وزنة حنطة عجينة ، او خمسين ليرة عثمانية ذهباً . ولكن في الحال الحاضر قد تركزت العملة بالذهب ، كما ان للاوراق النقدية والعملة الفضية اسماء خاصة تميزها عن غيرها ، لذلك يكفي للمدعي اذا قال خمسين ديناراً او خمسين جنبياً او خمسين باوناً او

خمسین روبية او خمسین درهما .

٤ — اذا كان المدعى به عقراً فيلزم ذكر بلده وقرينته او محله وحدوده واسماء اصحاب حدوده واسماء آبائهم واجدادهم ، الا اذا كان العقار مشهوراً فيكفي ذكر اسمه ، والا اذا كان اصحاب الحدود مشهورين معروفين فيكفي ذكر اسمائهم فقط .

ويكفي في دعوى العقار ايضاً ان يقدم المدعي سند التملك ويقول ان العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي ، لان سند التملك يحتوي على جميع التفاصيل المميزة والمعرفة للعقار تعريفاً تاماً .

ويكفي في تحديد العقار ذكر حدوده الثلاثة . لكن اذا ذكر حدوده الاربعه واحطاً في احدها لا تصح دعواه مالم يصحح خطأه . اما لو اصاب في بيان الحدود واخطأ في بيان مساحة العقار فلا يمنع ذلك صحة الدعوى ، لان العبرة بالحدود ، فهي المعتبرة في التعيين . (م ١٦٢٠ ، ١٦٢١ ، ١٦٢٢ ، ١٦٢٣ ، ١٦٢٤ ، ١٦٢٦) .

ولا يشترط في دعوى ثمن العقار بيان حدوده ، لان الدعوى حينئذ دعوى دين لا دعوى عقار ، الا اذا كان العقار المبيع لم يكن قد سلم فلا بد حينئذ ان يبين حدوده في دعوى ثمنه ، لان الدعوى حينئذ تنجر الى البحث عن العقار المبيع ويكون موضوع كلام في الدعوى ، فلا بد من معرفته ، ومعرفته موقوفة على ذكر حدوده اذا لم يكن مشهوراً . (م ١٦٢٥) .

ويلاحظ ان المدعى به اذا كان عيناً فلا يشترط لصحة الدعوى ذكر سبب التملك بل يكفي ذكر الملك المطلق ، لان الحكم بالعين لا يختلف باختلاف

السبب . فالحكم لا يختلف فيما اذا كان سبب الملكية هو الارث او البيع او الهبة ، او الاحراز .

اما اذا كان المدعى به ديناً فيلزم بيان سبب الدين ومثبته ، وذلك لان الحكم في الدين يختلف باختلاف السبب . مثلاً اذا كان الدين ناشئاً عن السلم يلزم في الحكم بيان محل الايفاء . واذا كان الدين قرضاً او بمن مبيع ، يلزم بيان مكان الاداء . واذا كان الدين ناشئاً عن الغصب أو الاتلاف ، يلزم بيان مكان اداء البدل . وهكذا . فانت ترى ان الحكم يختلف باختلاف السبب في الدين ، وليس الامر كذلك في العين فان الحكم لا يتعرض لغير كون العين المدعى بملكيته ، هي ملك المدعي ، فيما اذا ثبتت دعواه . ولان بعض اسباب الدين باطلة لا توجب ثبوت الدين في الذمة ، فللوقوف على كون السبب صحيحاً او غير صحيح يلزم ايضاً السؤال عن السبب . (م ١٦٣٧)

انواع الدعوى :

الدعوى على ثلاثة انواع :

١ - الدعوى الصحيحة . وهي التي توفرت فيها الشروط السالفة الذكر و يترتب عليها احضار الخصم وطالبة بالجواب ، واستماع البينة عند انكاره وتحميله التمين عند عجز المدعي عن الاثبات ، واحضار المدعي به الى مجلس القضاء اذا لم يكن في احضاره مؤنة وكان المدعى عليه معترفاً بوجوده لديه ، ونحو هؤلاء من الامور التي تقتضيها سير المحاكمة

٢ - الدعوى الفاسدة ، وهي الدعوى الصحيحة في ذاتها وجوهرها غير

انها لبعض العوارض الخارجية اصبحت غير مشروعة . وهي التي لم ينوفر فيها

الشرط الثاني والثالث والرابع من الشروط السالفة الذكر ، وقد توفرت فيها بقية تلك الشروط ، وذكر فيها سبب الدين اذا كانت الدعوى دعوى دين . وحكم هذا النوع من الدعوى ، هو انها قابلة للتصحيح فاذا صححها المدعي باكمال ما نقص تصحيح صححيحة وتدخل في عدادها فتأخذ احكامها الا نفة الذكر . وذلك كما لو ادعى بمجهول فانه للمدعي ان يصححها برفع الجهالة .

٣ - الدعوى الباطلة ، وهي غير الصحيحة في ذاتها ، وهي التي نقصت فيها احد الشروط السالفة الذكر ما عدا الشرط الثاني والثالث والرابع . فان نقصان احد هذه الثلاثة يوجب الفساد لا البطلان . ولا يترتب على الدعوى الباطلة شيء من الاحكام المارة الذكر في الدعوى الصحيحة ، لان الباطل لا يترتب عليه شيء . مثال ذلك لو ادعى احد على آخر بانه فقير وان المدعى عليه غني فليعطني من ماله صدقة ، فان هذه الدعوى باطلة فلا يطلب حضور المدعى عليه ولا يطالب بالجواب .

- ارفع -

الدفع على ثلاثة انواع :

- ١ - دفع الدعوى ، وهو المبحوث فيه هنا
 - ٢ - دفع الخصومة ، وهو الذي سنبحث فيه ، في الفصل التالي
 - ٣ - دفع استماع الدعوى : وهو بحث مرور الزمان ودفع الدعوى نوعان :
- ١ - الدفع الصحيح ، وهو الذي تندفع به الدعوى عند ثبوته . وهو المقصود بالكلام في هذا الفصل . وحكمه ان يتوجه الحاكم الى النظر في امر

اثباته أولاً ، ويوقف النظر في دعوى المدعي فان ثبت تندفع الدعوى ، وان لم يثبت يعود الى النظر في دعوى المدعي فان ثبتت الدعوى يحكم بما يقتضيه القانون ، اي يقضي قضاء الزام وان لم تثبت الدعوى يقضي بردها ومنع المدعي من معارضة المدعى عليه .

٢ - الدفع غير الصحيح . وهو الذي لا تندفع به الدعوى على تقدير ثبوته وحكم هذا الدفع الاهمال ، فلا يلتفت اليه الحاكم بل يستمر بالنظر في امر اثبات الدعوى على ما تقتضيه اصول المرافعات . وذلك كما لو ادعى المدعي بان المدعى عليه قد وضع يده على سيارته بدون حق وطلب الحكم عليه باعادتها اليه ، فدفع المدعى عليه بان السيارة المذكورة هي ملكه لانه قد ورثها عن ابيه ، فان هذا الدفع غير صحيح فلا يشتغل به الحاكم لان ثبوت كون المدعي عليه قد ورث السيارة عن ابيه لا يستلزم دفع دعوى المدعي ، لان ذلك لا يقتضي بطلان حق المدعي إذ قد تكون يد المورث يد غصب ايضاً ، فلزم اهمال هذا الدفع والنظر في امر اثبات دعوى المدعي ، بخلاف ما إذا قال المدعى عليه ان السيارة المذكورة هي ملكي وقد اشتريتها من المدعي فان هذا الدفع صحيح ، لانه على تقدير ثبوته تندفع دعوى المدعي فيحكم عليه برد دعواه ومنعه من معارضة المدعى عليه في تلك السيارة . فالدفع المقصود إذاً ، هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تندفع دعوى المدعي (م ١٦٣١) وبعد هذا الدفع يأخذ المدعى عليه مقام المدعي ويأخذ المدعي مقام المدعى عليه . ويصح دفع الدفع ، وهو أن يورد المدعي بعد دفع المدعى عليه ، دفعاً على تقدير ثبوته يسقط دفع المدعى عليه ، ويجوز دفع هذا الدفع أيضاً ،

وهكذا الى ان يستقر شكل الدعوى على وجهه .

ثم ان الدفع الصحيح يقبل قبل الحكم ، وقد يقبل بعد الحكم ايضاً كما في الاعتراض على الحكم ، وكما في اعتراض الغير ، على ما هو معروف في اصول المرافعات .

حكم الدفع الصحيح . سبق ان بحثنا عن شيء من هذا ونعود فنقول اذا اثبت المدعى عليه دفعه ، تندفع الدعوى ، كما لو ادعى احد على آخر مبلغاً معلوماً من الدراهم من جهة القرض فقال المدعى عليه اني كنت ادبت ذلك ، او انت كنت قد ابرأتني من ذلك ، او كنا تصالحنا ، او ليس هذا المبلغ قرضاً بل ثمن المال الغلافي الذي كنت قد بعته لك ، او كنت قد حولتك على فلان بطلي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني هذا المقدار عوضه ، يكون قد دفع دعوى المدعي . اذا لم يثبت المدعى عليه دفعه فله ان يطلب تخليف المدعي لانه بالنظر الى الدفع صاروا مدعى عليه ، فان نكل عن التمين ، ثبت الدفع فترد الدعوى . وان حلف تعود دعوى المدعي وحينئذ ينظر . فان كان الدفع المذكور يتضمن الاقرار بالدعوى ، يحكم الحاكم بناء على هذا الاقرار الا اذا طلب المدعي اقامة البينة في دعوى يطلب سرعان الحكم فيها على الغير ، كما اذا اقيمت على احد الورثة . ودفع المدعى عليه بدفع يتضمن الاقرار ولم يثبت دفعه وطلب المدعي استماع بينته . فان على الحاكم ان يستمع البينة وعند ثبوتها يبني حكمه عليها ، ليسري الحكم على سائر الورثة . وان كان الدفع المذكور لا يتضمن الاقرار فليس للحاكم ان يحكم بشيء لمجرد بطلان الدفع بل يجري في الدعوى بعد ان عادت ، على الطريقة المعروفة في اصول المرافعات ، فيطلب

من المدعي البينة وإذا عجز يحلف المدعى عليه بإطلب من المدعي، وهكذا، الى آخر ما تقتضيه اصول المرافعات من الاجراءات القضائية، ثم يصدر حكمه بالالزام او بالتترك. (م ١٦٣٢).

الدفع المأجل
والدفع المؤقت

نم ان الدفع اذا ثبت فقد يدفع دعوى المدعي دفعاً دائماً، على ما سبق الكلام عليه، وهذا الحال هو الغالب في الدفوع التي تثبت. وقد يدفع الدعوى دفعاً مؤقتاً وذلك كما لو ادعى أحد على آخر كذا درهما ديناً وقال المدعى عليه اني كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة فان اثبت المدعى عليه دفعه هذا وكان المحال عليه حاضراً في الدعوى، فان دعوى المدعي تندفع دفعاً ابدياً، وان لم يكن المحال عليه حاضراً واثبت المدعى عليه دفعه المذكور فان دعوى المدعي تندفع مؤقتاً، فاذا حضر، واعترض على الحكم اعتراض الغير فان اثبت المدعى عليه دفعه في هذه الدعوى الاعتراضية، تندفع الدعوى الاصلية حينئذ دفعاً ابدياً، وان لم تثبت دفعه رجعت دعوى المدعي على حالها، فينظر فيها الحاكم على الوجه المطلوب في اصول المرافعات. (م ١٦٣٣).

من يدفع فخصماً ومن لا يدفع نصب

الناس في الخصومة بالنظر الى الدعوى المقامة، على ثلاثة اقسام:

- أ - من يصلح ان يكون وحده خصماً فيها:
- ب - من لا يصلح ان يكون وحده خصماً فيها، ولكنه يصلح ان يكون خصماً فيها اذا حضر معه شخص آخر.
- ج - من لا يصلح ان يكون خصماً فيها ابداً.

فالقسم الاول : وهو الذي يوضح ان يكون خصما وحده .

١ - من كان يترتب الحكم على اقراره فيما لو اقر فانه يكون خصما عند انكاره ايضاً وتسمع عليه البينة اما من لم يترتب على اقراره حكم فانه لا يكون خصما عند انكاره ولا تسمع عليه البينة . ويستثنى من هذا الولي ، والوصي ، ومتولي الوقف . فان هؤلاء يصلحون للخصومة في الدعوى المقامة على القاصر او على الوقف فتسمع عليهم البينة مع انه لا يترتب على اقرارهم حكم ، الا اذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد صادر منهم ، كما اذا باع ولي الصغير مال الصغير بمسوخ شرعي ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك . فيعتبر اقراره حينئذ ، وتقام عليه البينة عند انكاره ، حسب الاصل الذي نحن في بحثه من دون استثناء . ومن الامثلة على هذا الاصل : اذا ادعى احد من اهل الحرف على احد بقوله ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني فاعطني ثمنه ، يكون المدعي عليه خصما للمدعي اذا انكر ، لانه مكلف بدفع الثمن عند اقراره ، لان حقوق العقد في الرسالة تعود للرسول . وعلى هذا تسمع دعوى المدعي وبينته اما لو ادعى المدعي بقوله ان وكيلك بالشراء فلاناً قد اشتري مني المال الفلاني فاعطني ثمنه ، فلا يكون المدعي عليه خصما للمدعي ، لانه لو اقر بدعوى المدعي ، لا يجب عليه دفع ثمن المبيع وتسليمه الى المدعي ، لان حقوق العقد الذي يجريه الوكيل تعود اليه لا الى الموكل ، إلا اذا أضاف العقد الى موكله فيكون حينئذ يحكم الرسول . م (١٦٣٤) .

٢ - من كان واضع اليد في دعوى استرداد العين ، فانه هو الذي يكون من كاهن وضع اليد
في دعوى استرداد العين

خصما فيها ، لان الثمرة من هذه الدعوى هي الوصول الى الزام المدعى عليه برد العين الى المدعي ، فاذا اقيمت على غير واضح اليد لا تحصل هذه الثمرة ، لان العين ليست تحت يده فكيف يلزم بردها . مثلاً إذا غصب أحد فرساً لا آخر وباع الغاصب الفرس لشخص وسلمها اليه ، فاذا أراد صاحب الفرس استرداد الفرس فلا بدعيه إلا على الشخص الذي هو ذو اليد وهو المشتري الذي تسلم المبيع فهو الذي يصلح أن يكون خصماً . ولا يصح أن يدعيه على الغاصب ، لانه لو فرض ان ادعاه على الغاصب وحكم بها للمدعي ، فيما ان الفرس ليست في يد الغاصب لا يمكن تنفيذ الحكم عليه ، فيكون نظر الحاكم في الدعوى عبثاً ، فلا يصلح أن يكون الغاصب خصماً في هذه الدعوى . لكن لو طلب تضمين قيمة الفرس فان الدعوى تقام على الغاصب ، فهو الخصم فيها . ويعتبر انعاس مستهلكا للفرس ببيعها وتسليمها الى المشتري . ففي هذه الصورة من الغصب يكون المغصوب منه مخيراً في اقامة الدعوى ، فان قصد استرداد المغصوب ، كان خصمه واضح اليد وهو المشتري لا الغاصب ، وان قصد تضمين قيمتها ، كان خصمه الغاصب لا المشتري . (م ١٦٣٥) .

٣ - المشتري الذي قبض المبيع ، هو الخصم وحده ، في دعوى المشتري الذي قبض المبيع الاستحقاق ، لان قصد المدعى هنا هو نزع اليد والملكية من المدعى عليه ، والمشتري في هذه الصورة هو المتمسك بالملكية واليد وحده دون البائع ، لان البائع بعد ان سلم المبيع الى المشتري أصبح لا علاقة له بالمبيع لا يداً ولا ملكية . اما إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع من البائع فلا يكون الخصم المشتري وحده ولا البائع وحده ، بل لا بد من جمعهما في الخصومة على ما سياتي في

ذكره ، لان الملكية انتقلت للمشتري واليد لم تنزل للبائع ، والقصد من

الدعوى نزع الملكية واليد ، فلا بد من جمعهما في الخصومة . (م ١٦٣٦) .

٤ - أحد الورثة أو الوصي وحده ، في الدعوى التي تقام على المتوفى أو له

أصل الورثة أو الوصي
في الدعوى التي تقام
على المتوفى

سواء كانت الدعوى دعوى دين أو دعوى عين ، وسواء كانت التركة مستغرقة

بالدين أم لا ، فالدعوى التي هي للتركة يصح لكل واحد من الورثة ان يقيمها

عن جميع الورثة على من عليه الحق ، كاله ان يقيم الدعوى عن نصيبه فقط من

الحق . فاذا اقام احد الورثة الدعوى بجميع الحق - كالدين مثلا - فبعد

الثبوت بحكم بجميع الحق لجميع الورثة ولكن ليس للوارث المدعي ان يقبض

الا حصته ، وليس له ان يقبض حصص سائر الورثة ما لم يكن وكيلاً عنهم

بالقبض ، لان جواز التخاصم عن احد لا يستلزم جواز قبض امواله ، حتى

ان الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض على ما مر في كتاب الوكالة .

واذا كانت الدعوى على التركة فلمدعي ان يقيمها على اي واحد شاء من

الورثة ، ان كانت الدعوى دعوى دين ، فان كانت الدعوى دعوى عين فانها

لا تقام الا على الوارث الواضع اليد عليها سواء الحال في ذلك قبل القسمة او

بعدها ، الا ان الدعوى اذا اقيمت على العين بعد القسمة ، فاذا ثبتت دعوى

المدعي واخذ العين المحكوم بها فان المدعي عليه يرجع على بقية الورثة ، كل

حسب حصته الشرعية :

واذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة :

١ - فان كانت التركة غير مستغرقة بالدين فان اقر المدعي عليه فلا

يسرى اقراره الى سائر الورثة ، بل يقتصر اقراره عليه فيحكم عليه اضافة

للتركة بنسبة ما يستحقه مما قد أقر به ، فان كان يستحق الربع مثلا مما أقر به يحكم عليه بذلك وينفذ الحكم من حصته فقط . حتى لو كان المدعى به عيناً في يده - كالفرس - فافر بها بحكم يكون حصته من ذلك الفرس للمدعي . وليس له الرجوع حينئذ على سائر الورثة بشيء ، لان الاقرار قاصر عليه . وان اثبت المدعي دعواه بالبينة ، يحكم بجميع المدعى به للمدعي ، حتى لو كان المدعى به عيناً في يد المدعى عليه - كالفرس - وثبتت الدعوى بالبينة يحكم بكون الفرس كلها للمدعي لان البينة حجة متعمدة ، وحينئذ يكون للمدعى عليه المحكوم حق الرجوع على سائر الورثة كل بنسبة حصته من الفرس المذكورة . وان لم يقر المدعى عليه ولم يقم المدعي البينة فان اليمين تتوجه الى المدعى عليه الحاضر في الخصومة وعلى سائر الورثة الغائبين عن الخصومة ، فيحلفون بعدم العلم فيحضر الحاكم الورثة الغائبين عن الخصومة - اي الذين لم يكونوا احد الطرفين في الدعوى - فيوجه اليمين الى الجميع فان نكلوا كلهم يحكم بجميع المدعى به وان نكل البعض منهم ، يحكم للمدعي بما يصيب حصنهم من المدعى به .

٢ - وان كانت التركة مستغرقة بالدين واقام المدعي دعواه على بعض الورثة او على كلهم فلا يحكم للمدعي الابناء على البينة ، ولا يعتبر اقرار المدعى عليه مطلقاً لعدم وجود مال بيد الورثة يمكن استيفاء حقوق المدعي منه ، لان جميع التركة مستغرقة بالدين . على انه لو اعتبرنا اقرار الورثة نكون قد أضررنا الدائنين المستغرقين للتركة بديونهم من جهة ، ومن جهة أخرى نكون قد جعلنا الاقرار سارياً على الغير مع انه قاصر على المقر فقط . واذا عجز المدعي عن

البينة هنا ، لا يتوجه اليمين لا على الوارث الحاضر في الخصومة ولا على غيره ، لعدم الفائدة من توجيه اليمين ، لان القصد من توجيهها هو الوصول الى النكول الذي يعد اقراراً ضمناً مع ان الاقرار الصريح غير معتبر هنا ، لما مر بيانه آنفاً .

ويلاحظ ان الحكم على أحد الورثة اضافة للتركة ، بناء على البينة ، بما انه سار على سائر الورثة ، فان لكل واحد من الورثة الذين لم يكونوا مدعي عليهم ، أن يعترض على الحكم الواقع بطريق اعتراض الغير . (م ١٦٤٣) .

كل مدعى من الناس ٥ - كل واحد من الناس يصلح أن يكون مدعياً أو مدعى عليه في دعوى ان يكون مدعياً دعاوى الاماكن العائدة منافعها للعامة ، كالطريق العام ، والمرعى المشترك للعامة ، ومدعى عليه في دعوى الاحتياط المتروكة لجميع الناس . وكذلك يكفي واحد من الطرفين في دعوى الاماكن العامة الاشياء التي منافعها مشتركة بين أهالي قرىتين - كالتنوع والمرعى المشترك بينهم - اذا كان أهالي القرية غير محصورين ، أي يتجاوز عددهم المائة باحتساب النساء والقصر من ضمنهم . ولكن نظراً لاحكام القوانين الصادرة بعد المجلة ان حق اقامة الدعوى بخصوص الطرق العامة داخل المدن والقرى التي فيها بلدية ، انما يعود للبلدية وحدها . وكذلك حق اقامة الدعوى بخصوص الغابات المتروكة للعامة ، أصبح مختصاً بالحكومة نظراً لقانون تنظيم الاحراش والغابات . (م ١٦٤٤ ، ١٦٤٥ ، ١٦٤٦) .

والقسم الثاني وهو الذي لا يصلح خصماً الا بحضور شخص آخر معه .

اولاً - كل من الوديع ، المستعير ، المستأجر ، المرتهن ، والغاصب ،

لا يصلح وحده أن يكون خصماً ، في دعوى ملكية الوديعة العارية والمأجور والمرهون والمغضوب ، ولا في دعوى استئجارها أو كونها وقفاً أو نحو ذلك من الدعاوي . بل لابد من حضور المودع ، والمعيّر ، والمؤجر ، والراهن ، والمغضوب منه في الدعوى مع أولئك ، لأن المستأجر مثلاً ذو يد والمؤجر مالك ، والمرتهن ذو يد والراهن مالك ، وهكذا باقي الصور ، فلا بد من حضور المالك مع واضع اليد ليمكن تنفيذ الحكم بنزع اليد والملكية . وتسمى هذه الأنواع الخمسة من الدعاوي بالمسائل الخمسة . ولكن إذا غصب أحد الوديعة من الوديع ، أو العارية من المستعير ، أو المأجور من المستأجر ، أو المرهون من المرتهن ، فإن لكل واحد من الوديع والمستعير والمرتهن والمستأجر أن يقيم الدعوى على الغاصب ، برفع يد الغاصب وإعادة يدهم المحقة على المغضوب ، ولا يتوقف ذلك على حضور المالك معهم في الخصومة ، لأن الدعوى دعوى يد ، ويدهم محقة ، فلا ضرورة لاحتضار المالك معهم . بل لا تسمع دعوى المالك وحده في هذه الصورة فلا بد من حضور أولئك معه إذا أراد المالك أن يحاصم هذا الغاصب ، فلو غصب أحد المأجور من يد المستأجر فله المستأجر وحده أن يحاصم الغاصب ، ولكن ليس للمؤجر وحده أن يحاصم الغاصب بل لابد من حضور المستأجر معه ، وكذلك الأمر فيما لو غصبت العارية من المستعير والمرهون من المرتهن .

ويلاحظ أن مجرد قول المدعي عليه أن المدعى به وديعة في يده أو عارية أو مأجور أو مرهون أو مغضوب ، لا يقتضي رفع الخصومة المنفردة عنه ، بل لابد لذلك من اثبات قوله باقرار المدعي أو بالبينة بأن ثبت أن المال المدعى

به مأجور مثلاً قد استأجره من فلان أو بنكول المدعى عن اليمين عند عجز المدعى عليه عن اثبات قوله بالبينة — واليمين هنا توجه الى المدعى بعدم العلم ، أي بعدم علمه ان المدعى به مأجور للمدعى عليه أو معار له وهكذا — أو بحضور المؤجر مثلاً وتصديقه قول المدعى عليه فإذا ثبت قول المدعى عليه باحد الوجوه المذكورة ، تندفع عنه الخصومة المنفردة ، فلا تسمع عليه الدعوى ما لم يحضر معه المؤجر في الدعوى بخصوص المأجور ، والمعير في الدعوى بخصوص العارية ، وهكذا . وإذا حضر المؤجر والمستعير والوديع ، وادعى بان المال المدعى به لم يكن له بل لشخص آخر قد استأجره منه أو استعاره منه أو أودعه عنده وأثبت ذلك باحد الوجوه الآفة الذكر ، لا تسمع الدعوى عليه ما لم يحضر ذلك الشخص ، وهكذا قد يستمر الحال الى أن يحضر المالك الاصلي .

و يشترط سماع قول المدعى عليه هنا توفر الامور الآتية :

أ — ان يعين الشخص الذي يزعم انه قد أودعه المال المدعى به أو أجره إياه ، أو رهنه عنده ، أو استعاره منه أو غصبه منه .

ب — الا يسبق منه اعتراف بكون المدعى به مملوكه في الحال او في السابق . فلو قال المدعى عليه ان المال المدعى به هو ملكي ثم رجع فقال هو وديعة عندي لا يسمع دفعه ، كذلك لو قال كان ملكي ثم بعته لفلان ثم ان فلاناً أودعه عندي ، لا يسمع قوله ، فتتوجه اليه الخصومة وحده .

ج — الا يدعى المدعى في دعواه فعلاً وقع من المدعى عليه على المدعى به كما لو ادعى عليه ان هذه السيارة ملكي وانك قد غصبتها ، أو ان هذه السيارة

قد اشتريتها منك ودفعت لك ثمنها فاطلب منك تسليمها لي، أو اني استأجرت هذه الدار من فلان وانك غصبته مني ، أو ان هذا المال لي وانك سرقتني . ففي هذه الصور لا يسمع قول المدعى عليه بان المدعى به ودیعة عنده أو مأجور أو عارية أو مرهون أو مفصوب ، بل تطلب البينة من المدعي لاثبات دعواه . (١٦٣٧) .

ثانياً — المشتري في دعوى الاستحقاق اذا لم يكن قد قبض المبيع من البائع ، فلا يصلح ان يكون وحده خصماً للمدعي بل لا بد من حضور البائع معه ، لان البائع ذو يد والمشتري مالك . (م ١٦٣٦)

ثالثاً — المشتري في دعوى الشفعة ، اذا لم يكن قد قبض المبيع ، لا يصلح وحده ان يكون خصماً للشفيع ، بل لا بد من حضور البائع معه ، لان البائع ذو يد والمشتري مالك .

والقسم الثالث ، وهو الذي لا يصلح خصماً ابداً .

أ — من لم يكن واضع اليد ، في دعوى العین لا يكون خصماً لمدعيها .

ب — الوديع لا يكون خصماً للمشتري ، في دعواه بتسليم المبيع . فلو ادعى المدعي على الوديع بقوله اني اشتريت هذه الدار من صاحبها فلان فسلمني اياها ودافع المدعي عليه بانه لا يصلح خصماً لان المال امانة بيده او دعها من يدعي المدعي الشراء منه ، فان الدعوى ترد من جهة الخصومة لان الوديع لا علاقة له مع المدعي في هذه الدعوى بوجه من الوجوه ، لانه لم يتلق المال منه ولم يجز معه عقداً بخصوصه . لكن اذا دفع المدعي بعد ذلك بقوله ان المودع قد باعني الدار التي اودعها عندك ووكلني على قبضها وتسليمها منك يسمع قوله فاذا اثبت

هذه الدعوى يأخذ الدار من الوديع ، لانه يصبح وكيلاً بقبض الوديعة من الوديع ، فكما يلزم الوديع بتسليم الوديعة الى المودع عند طلبها منه كذلك يلزم بتسليمها الى وكيله . (م ١٦٢٨) .

ومثل المشتري في ذلك الموصي له ، فلا يصلح الوديع خصماً له بل عليه ان يثبت الوصاية له بحضور الورثة على الوجه الذي سبق بحثه في اقامة المدعى على الوارث . وكذلك المصوب منه ، فانه كالمشتري ، لا يصلح ان يكون الوديع خصماً له فاذا ادعى احد على الوديع بان الوديعة التي عنده هي ماله وان المودع كان قد غصبها منه لا تتوجه الخصومة بل يجب احضار الغاصب لتوجيه الخصومة عليه .

ج — الوديع لا يكون خصماً لدائن المودع ، فلا يحق للدائن ان يقيم الدعوى لاثبات دينه على المودع بحضور الوديع . ولا يؤثر الوديع باعطاء الوديعة الى هذا الدائن فيما لو اعترف بالدين المذكور . لكن يجوز للدائن ان يضع الحجز الاحتياطي على الوديعة قبل اقامة الدعوى ، وله ان يطلب الحجز الاجرائي على الوديعة فيما لو استحصل الحكم على المدين المودع . ويستثنى من ذلك دين النفقة ، فان دين الدائن اذا كان ناشئاً عن نفقة واجبة شرعاً على المودع وكانت الوديعة من الاشياء التي يمكن الانفاق منها رأساً على صاحب النفقة . كالدرهم والمأكولات والملبوسات ، فانه يحق لصاحب النفقة ان يدعى نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده او من المأكولات والملبوسات التي هي امانة عنده . اما اذا كانت الوديعة عقاراً او عروضاً فلا

يصح قرض النفقة منها ، فلا يجوز ان يدعى صاحب النفقة على الوديع بها .
(م ١٦٣٩) .

د — ولا يكون مديون المديون خصما للدائن فليس لمن كان له في ذمة الميت
طلب ان يثبت طلبه في مواجهة مديونه ، لانه لو اقر بالدين المدعي لا يلزم
به فلا يكون خصما عند انكاره . (م ١٦٤٠) .

ه — ولا يكون المشتري من المشتري خصما للبائع فليس للبائع ان يدعى
التمن على المشتري من المشتري الثاني بقوله ان المشتري مني هذا المال قد قبضه بدون
ان يدفع لي الثمن فاعطني ثمن المال او اعطني المال لاحبسه الى استيفاء الثمن .
ولكن لو اقر المشتري الثاني بذلك فانه يلزم باقراره فعليه ان يدفع الثمن والا
كان للمدعي استرداد المبيع وحبسه الى ان يستوفي الثمن . (م ١٦٤١)

و . ليس لاحد من الشركاء في عين ملكوها بغير الارث ان يكون في
الدعوى خصما للمدعى عليه في حصة الآخر ، لان الشركاء في شركة الملك كل
واحد منهم اجنبي في حصة الآخرين . (م ١٦٤٣) .

ز — لا يصلح بعض اهل قرينين ، اهالي كل واحد منها محصورون ، ان
يكون خصما في دعوى الاشياء المشتركة منافعها بين اهالي القرية كالنهر والمرعى .

التناقض

الكلام في التناقض ينحصر بالمواضيع الآتية :

١ - تعريفه وقروطه

٢ - حكمه

٣ — ما يرتفع به التناقض

٤ — المواطن التي يغتفر فيها التناقض

تعريف التناقض :

هو تدافع كلامين أو ما في حكم الكلام ، صراحة أو ضمناً ، على الغير .
فهو يكون بين كلامين حقيقة ، كما لو ادعى أحدان هذا المقار وقف ثم ادعى
انه ملك ، وبين كلام وسكوت ، كما لو سكت أحد حين باع أبوه مالا ثم ادعى
بعد ذلك انه ملكه ، وبين فعل وكلام ، كما لو اقدم أحد الورثة على قسمة
شيء في التركة فاقسموها ثم ادعى انه له خاصة . (م ١٦٥٦) وكذلك لو
اقدم أحد على شيء ثم ادعى دعوى تنفي لازم ما أقدم عليه ، ويسمى هذا
(سلب اللازم) وذلك كما لو كفل بضمن مبيع ولما طالبه المكفول له بالمال
ادعى فساد البيع الذي كفل بضمنه ، فهذا مناقض لنزاهة اقدمه على الكفالة ،
لان اقدمه على الكفالة يستلزم كون البيع صحيحاً ، وكذلك لو ادعى أحد
بعد الكفالة ان المبلغ الذي كفل به قمار أو نحوه مما لا يجب ، فادعاه هذا
مناقض لاقدامه على الكفالة ، لان اقدمه عليها يستلزم صحة ما كفل به
ووجوبه ، فاذا ادعى بعده عدم الصحة والوجوب كان مناقضاً . والتدافع هنا
ضمني . والفعل والسكوت بحكم الكلام ، فاذا تدافع الكلام والفعل يتحقق
التناقض كما يتحقق بتدافع الكلامين حقيقة . وتعريف المجلة للتناقض قاصر
عن أداء المراد ، وفيه دور . (م ١٦١٥) .

شروط التناقض :

١ — صدور الكلامين المتدافعين من شخص واحد أو من شخصين

هما بحكم الواحد كالوكيل الموكل ، والوارث والمورث . فلا تناقض إذا صدر الكلامان المتدافعان من شخصين ليسا بحكم شخص واحد . (م ١٦٥٢) .

٢ - ان يكون الكلام السابق قد وقع بحضرة منازع للمدعي اذا كان المدعي واضع اليد على المدعى به وقت الكلام السابق الذي نوقض بالكلام اللاحق ، فلو لم يكن قوله السابق في حضرة المنازع فليس بتناقض . مثلاً اذا قال ذو اليد لشيء في يده ، ليس هذا لي ، ولم يكن هناك منازع حين قوله ، لا يصح نفيه ، فلو ظهر منازع وادعى ذو اليد ملكه هذا الشيء ، فانه تسمع منه دعواه ، وتقبل بيئته ولا بمنعه قوله السابق . اما اذا كان المقر ليس بذى يد وافر بان الشيء الذي في يد زيد ليس بملكه ثم ادعى بعد ذلك انه ملكه واراد اقامة البينة ، فانه يكون مناقضاً ولا تسمع دعواه ولا تقبل بيئته وان لم يكن له منازع حين اقراره . ووجه الفرق بين المسألتين ان اليد اقوى من النفي في ذي اليد فلم بمنعه قوله ، واما غير ذي اليد اذا قال ان الشيء الذي في يد فلان مثلاً ليس لي واراد بعد ذلك اقامة بيئته لا تسمع دعواه ، لتناقضه الذي لا صارف له ، وهو اليد فخالف الاول .

٣ - ان يتضمن ابطال حق على احد . فالتناقض على المتكلم نفسه لا يمنع صحة الدعوى ، مثلاً لو ادعى احد ارقاً وقال لا وارث غيري ثم اقر بوارث آخر ، يصح اقراره ويلزم به ، لان التناقض على نفسه لا يضر احداً ، فالتناقض انما يمنع اذا كان على الغير .

وهل يشترط كون الكلامين المتدافعين عند القاضي اولاً يشترط ، فية خلاف . والظاهر من المجلة عدم الاشتراط ولكن نظراً الى احكامنا المدنية لاشك

في ان الكلام السابق اذا كان اقراراً فانه لا يعتبر واقعاً الا اذا صدر في مجلس القضاء ، او قامت فرائن تؤيد الشهادة على وقوعه خارج مجلس القضاء .

حكم التناقض

التناقض مانع لسماع الدعوى سواء ادعى المدعي لنفسه او بالوكالة او بالوصاية او بالولاية . ومانع لسماع الدفع لان الدفع في الحقيقة دعوى ايضاً . (م ١٦٤٧ و ١٦٤٨) وينفرع على ذلك :

١ - لو استشرى احد مالا من احد ثم ادعى بانه ملكه . وكذلك لو قال ليس لي حق عند فلان ثم ادعى عليه شيئاً . فان دعواه لا تسمع .

٢ - لو ادعى احد على آخر باني كنت اعطيتك كذا مقدراً من الدراهم على ان تعطيهما لفلان وانك لم تعطها اياه وبما انها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك ، فلا يسمع دفعه بقوله كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت بعد اقامة المدعي البينة واثبات ما ادعاه . وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره بانه ملكه واجاب ذاليد بقوله نعم كان ملكك ولكن بعني اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيعنا بيع ولا شراء قط فلو اثبت المدعى عليه دفعه ، لا يسمع دفع المدعي بعد ذلك بقوله كنت بعته بعقد فاسد ، او بشرط مفسد للبيع . (م ١٦٤٧)

٣ - اذا ابرأ احد آخر ابراء عاماً فلا يصح ان يدعي عليه بعد ذلك بحق واقع قبل الابراء لكن اذا ادعى عليه بعين فاعترف المدعى عليه بها وتمسك بالابرء ، فلا يلتفت الى دفعه لان الابرء عن الاعيان لا يصح ، فلا يكون المدعي متناقضاً في دعواه بخلاف ما اذا اعترف بالدين وتمسك في دفعه بالابرء ، فانه يصح لان الابرء عن الدين صحيح فاذا ثبت الابرء ،

كان المدعي متناقضاً في دعواه فتدرك ولكن للمبرى ان يدعي بالوكالة او بالوصاية
مالاً او أي حق لغيره على من ابراه ابراء عاماً ، لعدم التناقض (م ١٦٤٩) .
٤ - اذا ادعى احد مالا لآخر بالنيابة عنه فلا يصح له ان يدعيه لنفسه
ولا لغيره من ادعى له سابقاً ، كما لو ادعى بالوكالة مالا لزيد ، فلا تسمع
دعواه بعد ذلك لو ادعى المال لنفسه او لاي احد غير زيد ، للتناقض . لكن
لو ادعى المال لنفسه ثم ادعاه لآخر ، فانه يصح لعدم التناقض . ووجه الفرق
بين المسألتين هو ان الوكيل قد يضيف الملك الى نفسه وهو انما يدعيه في
الحقيقة الى موكله . فاذا ادعاه بعد ذلك لموكله لا يكون متناقضاً . وهذا
المفهوم من المسألة الثانية . ولكن عند الخصومة لا يضيف احد ماله لغيره ،
فاذا اضاف احد الملك لغيره فادعاه لغيره ، ثم ادعاه لنفسه مثلاً يكون متناقضاً
وهذا هو المفهوم من المسألة الاولى (م ١٦٥٠) .

٥ - اذا ادعى احد بحق على احد ثم اقام دعوى اخرى بعين ذلك الحق
على شخص آخر فان دعواه الثانية لا تسمع ، للتناقض . مثلاً لو كانت دار
مشتركة بين شخصين فمهر فيها المستأجر ثم طلب الرجوع على احد الشريكين
بدعوى ان التعمير كان بامر منه فردت دعواه لمعجزه عن الاثبات وحلف
المدعى عليه المنكر النمين . فاذا اقامها ثانية على الشريك الثاني فانها لا تسمع
للتناقض . فالحق الواحد كما لا يستوفى بتمامه من كل واحد من الشخصين
على حده ، لا يدعى به من جهة واحدة على شخصين .

ما يرتفع به التناقض

يرتفع التناقض باحد الامور الآتية :

١ - بتصديق الخصم . مثلاً لو ادعى أحد على آخر ألفاً من جهة القرض ، ثم ادعى أن المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه ، يرتفع التناقض . وذلك لأن التناقض يستلزم كذب أحد الكلامين ولا يعلم الصادق من الكاذب منهما فإذا صدقهما الخصم فقد تعين الصادق وامكن الحاكم أن يبين حكمه عليه . (م ١٦٥٣)

٢ - تكذيب الحاكم . مثلاً لو ادعى أحد المال الذي هو في يد غيره بأنه مالي وإنكر ذلك المدعى عليه بقوله أن هذا المال كان لفلان وأنا اشتريته منه وأقام المدعي البينة على دعواه وحكم بذلك ، فإن المحكوم أن يرجع بالتمن على البائع ، لأن التناقض بين كلاميه - وهو قوله أولاً أن المال لفلان واشتريته منه ، ورجوعه بعد ذلك عليه بالتمن المتضمن أن المال ليس لفلان - وقد كذب بحكم الحاكم فارتفع التناقض فليس للبائع أن يدفع دعوى المشتري بالتناقض . (م ١٥٥٤)

٣ - بالتوفيق بين الكلامين المتناقضين . لأن التناقض كان مائتاً من سماع الدعوى ، فإذا زال بالتوفيق فقد زال المانع فيعود الممنوع . ولكن يشترط لذلك شرطان :

الاول : أن يكون الكلامان قابليين للتوفيق بينهما

الثاني : أن يوفق نفس المدعي أو وكيله بينهما . وعليه فمجرد دعوى المدعي أنه قد وفق بين الكلامين مع أنهما غير قابلين للتوفيق ، لا يسمع وكذلك لو كانا قابلين للتوفيق ولكنه لم يوفق المدعي بينهما . وذهب بعض الفقهاء إلى أن كون الكلام قابلاً للتوفيق ، يكفي لرفع التناقض فلا يشترط أن يوفق المدعي بينهما

فُعلا ولكن المجلة لم تذهب هذا المذهب كما هو صريح قولها :- ووقفهما المدعي
ايضاً - . و يترتب على ما تقدم .

١ - لو اقر احد بانه كان مستأجراً داراً ثم ادعى انها ملكه ، لا تسمع
دعواه ، ولكن لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها ، يكون قد وفق بين كلاميه
فتسمع دعواه :

٢ - لو ادعى احد على آخر الغا من جهة القرض وانكر المدعى عليه ذلك
بقوله ما اخذت منك ديناً ولا اعرفك واقام المدعي البينة على دعواه ثم قال
المدعى عليه كنت قد اوفيتك المبلغ المذكور . او كنت قد ابرأتني منه ، فلا
تسمع دعواه لكونها مناقضة لا نكاره . ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس
لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديوناً فقال المدعى عليه نعم كنت مديوناً
ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه ، تندفع دعوى المدعي .

٣ - لو ادعى احد وديعة على آخر وانكر المدعى عليه بقوله ما اودعت
عندي شيئاً واثبت المدعي ذلك وقال المدعى عليه بعد الاثبات كنت قد
رددتها اليك وسلمتها لك ، لا يسمع دفعه هذا و يأخذ المدعي الوديعة عيناً ان كانت
موجودة عنده ، ويضمن قيمتها ان كانت مستهلكة .

واما لو انكر المدعى عليه بقوله ليس لك عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي
بالوجه المذكور ثم اقام المدعي البينة وقال المدعى عليه كانت لك عندي تلك
الوديعة ولكن رددتها وسلمتها لك ، فان دعواه تسمع . (م ١٦٥٧) .

المواطن التي يغتفر فيها التناقض

الجهل بالشيء لا يكون سبباً للمعذرة ، لتمكن الانسان من العلم والمعرفة . هذه

قاعدة مقررة ، غير انه اذا كان سبب الجهل الخفاء ، اي اذا كان الجهل بالشيء
نشأ بسبب كون ذلك الشيء مما يخفى على من جهله ، فقد يكون عذراً . ومن
هذا القبيل التناقض . فاذا كان سببه جهل المدعي بحقه في المدعي به حينما سبق
منه قول او فعل يناقض دعواه وكان ذلك في محل خفاء فانه يعذر ، فلا يعتبر
التناقض الواقع منه مانعاً لسماع دعواه . ومن امثلة محلات الخفاء الذنب ،
والطلاق ، والوصاية ، والولاية ، والنولية والابراء ، وشراء الشيء مستوراً ،
والارث ، والوقف ، وكون المغصوب قائماً لم يهلك . ويمكن ان يبرر عن محلات
الخفاء بصورة تكاد تكون عامة ، بان يقال ان يكون الخفاء قد تحقق بسبب
كون الشيء حصل من فعل الغير . واليك الامثلة في هذا المقام :

١ — اذا اختلعت المرأة من زوجها ثم اقامت بينة على انه كان قد طلقها
ثلاثاً قبل الخلع فانه يقبل منها ذلك فتشرد بدل الخلع .

٢ — اذا باع الوصي مال الصغير ، ثم ادعى انه قد باع بفن فاحش فانه
تسمع دعواه ، ولا يمنع اقدمه على البيع سماع الدعوى .

٣ — اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استجاره الدار بانها ملكه وكان
ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند استجاره ، واثبت دعواه
بالطرق المقبولة ، تسمع دعواه ويحكم له بالدار . وكذلك لو استأجر احد داراً ثم
حصل له علم بان تلك الدار هي منتقلة اليه من ابيه ارثاً وادعى بذلك تسمع
دعواه . (م ١٦٥٥) .

٤ — لو ادعى المغصوب منه على الغاصب بقيمة المغصوب بناء على ان الغاصب

قد استهلك المفعول ، ثم ترك هذه الدعوى واقام عليه دعوى اخرى باسترداد عين المفعول بناء على حقوق علمه بوجود عين المفعول قائمة بيد الغاصب فان دعواه مسموعة ولا ينظر الى التناقض بين طلبه الاول ودعواه الثانية ، لان المحل محل خفاء .

مرور الزمان

الكلام هنا ينحصر في المواضيع الآتية :

١ - تعريف مرور الزمان ، وحكمه

٢ - مدة مرور الزمن ومبداؤها

٣ - الاعذار الدافعة لمرور الزمان

٤ - الاسباب القاطعة لمرور الزمان

٥ - مالا يجري عليه مرور الزمان

تعريف مرور الزمان وحكمه :

هو ان يمر على الحق مدة مقدرة قانوناً ، من دون ان يدعى به زاعم ان ذلك الحق له

وحكمه انه يدفع استماع الدعوى . فهو يصلح سبباً للدفع لا سبباً للتملك ، لانه ليس من اسباب التملك . ولهذا اذا اقر المدعى عليه بالدعوى ودفع بمرور الزمان لا يلتفت الى دفعه ، لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان .

ولكن يلاحظ ان الدفع بالتصرف بمرور الزمان انما يعتبر اذا كان التصرف تصرف المالك المستقل في ملكه ، اما اذا كان التصرف الواقع لا بهذه المثابة فانه لا يعتبر ، وذلك كما لو ادعى احد على آخر ملكية دار وانكر المدعى عليه

ذلك ودفع بالتصرف فيها مدة مرور الزمان، فادعى المدعى بان التصرف المذكور انما كان بطريق استئجار المدعى عليه منه تلك الدار وانه ما زال يقبض الاجرة من المدعى عليه، فاذا اثبت ذلك تسمع دعواه، فلا يعتبر تصرف المدعى عليه بالوجه المذكور مرور الزمان. وكذلك الامر لو ثبت ان تصرف المدعى عليه بالمدعى به انما هو لسبب الشركة، اي لسبب كون المدعى عليه شريكاً فيه (م ١٦٧٣).

مدة مرور الزمان :

مرور الزمان في الاصل نوعان: اجتهادي وسلطاني فالاجتهادي ما اتفق عليه المجتهدون، وهو ان يمر على الحق ست وثلاثون سنة. والسلطاني، وهو ان يمر على الحق خمس عشرة سنة، وانما سمي سلطانياً لانه ثبت بأرادة ملكية من احد سلاطين آل عثمان. وكانت الارادات الملكية في ذلك العصر بحكم القانون.

ثم لما سنت القوانين التي من جعلتها المجلة ورد في بعضها مدد لمرور الزمان تختلف طولا وقصرا باختلاف الاشياء الوارد عليها مرور الزمان فمدته تختلف بالنسبة لشيء دون شيء. فكان مرور الزمان بعد هذا قانونياً كله اي ممدوداً بالقانون. وان كان في الاصل بعضه اجتهادي وبعضه سلطاني. وممدد مرور الزمان هي كما يلي :

١ - في الدعاوي المتعلقة برقبة الوقف او الارض الاميرية ست وثلاثون سنة. (م ١٦٦١).

٢ - في الدعاوي المتعلقة بالتصرف بالاراضي الاميرية عشر سنوات، سواء

كانت الدعوى بين الافراد او بين الخزينة واحد الناس . (م ١٦٦٢) .

٣- في جميع الدعاوي عدا ما تقدم مدة مرور الزمان خمس عشرة سنة . وذلك مثل دعوى التولية على الوقف ودعوى الاستحقاق في الوقف ، ودعوى الملكية ودعوى التصرف بالاجارتين ، ودعوى الدين . (م ١٦٦٠) .

٤ - في الدعاوي المتعلقة بحق المرور ، او حق المسيل ، او حق الشرب ست وثلاثون سنة اذا كان هذا الحق عائداً الى وقف ، وخمس عشرة سنة اذا كان عائداً للملك ، وعشر سنين اذا كان عائداً لارض اميرية . فلا تسمع الدعاوي بعد مرور هذه المدد . (م ١٦٦٢) .

٥ في دعوى الشفعة شهر واحد من وقت اجراء طلب التقرير والشهاد انظر المادة - ١٠٣٤ -

هذه هي مدد مرور الزمان الواردة في المجلة . وتوجد مدد اخرى في امور اخرى تتعلق ببعض القوانين الخاصة بمرور الزمان التجاري في الستدات المحررة للأمر (كمبيالات) فانه خمس سنين ، وكرور الزمان في الجلك ، وغير ذلك من المسائل المنصوص عليها في القوانين الخاصة .

مبدأ مدة مرور الزمان

يعتبر ابتداء مده مرور الزمان من تاريخ صلاحية الادعاء بالحق ، ويترتب على هذا .

اولا - في دعوى الدين المؤجل يعتبر ابتداء المدة من حلول الاجل ، لانه ليس للمدعي صلاحية طلب الدين المذكور الا بعد حلول الاجل . نعم له ان يدعي لاثبات الدين قبل حلول اجله . وحيثئذ يحكم الحاكم بثبوت الدين على

ان يؤديه المدين عند حلول الاجل . ومصاريف الدعوى هنا تكون كلها على المدعي لان الدعوى اقيمت قبل اوائها ، الا اذا انكر المدعي عليه هذا الدين المؤجل واثبت المدعي فتكون المصاريف على المدعي عليه . مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا درهما من ثمن الشئ الفلاني الذي بعته لك قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً لثلاث سنين ، تسمع دعواه ، لانه قدم اثبتنا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل . فليس للمدعي عليه هنا ان يتمسك بمرور الزمان .

ثانياً - لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن ، الا من تاريخ انقراض البطن الاول ، لانه لم يكن للبطن الثاني صلاحية الادعاء ما دام احد من البطن الاول موجوداً . وبناء على هذا لا يتصور مرور الزمان القطعي في الدعوى بالوقف المشروط بطناً بعد بطن ، اذ ان الدعوى المذكورة يجوز لكل بطن ان يقيمها عند توجه الاستحقاق اليه . فلو فرضنا ان البطن الاول لم يطالب بالوقف مدة اربعين سنة فان مرور الزمان يتحقق بالنسبة اليه ، فليس له ان يدعي به بعد ذلك ولكن لو انقرض هذا البطن وتوجه الاستحقاق للبطن الذي بعده فان لهذا البطن ان يقيم الدعوى اذا لم يمر على توجه الحق اليه مدة مرور الزمان . وهكذا . هذا المعنى هو المفهوم من ظاهر المجلة . وذهب البعض الى ان مرور الزمان اذا تحقق في دور البطن الاول فان للمدعي عليه ان يتمسك به عند ما يقيم البطن الثاني عليه الدعوى وارتأى هذا البعض ان مراد المجلة هو ان مرور الزمان اذا لم يحصل في زمن البطن الاول وانتقل الحق الى البطن الثاني فعندئذ يتجدد مبدأ مرور الزمان لهذا

البطن من حيث ان الحق قد انتقل اليه قبل مرور الزمان عليه في البطن الاول ، اما اذا انتهت مدة مرور الزمن عليه في البطن الاول فانه لا يتجدد للطبقة الثانية ، اي للبطن الثاني .

وهذا الرأي الثاني وان لم يكن ظاهراً من عبارة المجلة ، جدير بالقبول سدا لابواب التزوير فان مرور الزمان انما شرع لسد باب التزوير والتشبه بالدلائل الباطلة الملفقة . فاذا جرى بنا على المعنى الاول الظاهر من عبارة المجلة ، نكون قد فتحنا ما قد سعينا لسده ، فان باب الادعاء يبقى مفتوحاً لكل طبقة بعد طبقة من البطون اذ اجزينا على المعنى الاول .

٣ — يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق او من تاريخ موت احد الزوجين لان المهر المؤجل لا يكون معجلاً الا بالطلاق او الموت . (م ١٦٦٧) .

الاعذار الدافعة لمرور الزمان

هي اربعة : (م ١٦٦٣ ، ١٦٦٨) .

١ — القصر . فاذا كان المدعي في مدة مرور الزمان صغيراً او مجنوناً او معتوهاً ، فانه يعد معذوراً ولو كان له ولي أو وصي . فللقاصر بعد زوال العذر ان يقيم الدعوى مالم يجر عليه مرور الزمان ابتداء من زوال العذر . وإذا كان المجنون يحن ويقيق مدة ، فان مجموع مدد جنونه تطرح من مجموع المدة المارة على سكوته عن طلب الحق ، فان كان الباقي يؤلف مدة مرور الزمان لا تسمع دعواه ، والا سمعت .

٢ — الغيبة مدة سفر ، وهي مسافة ثمانى عشرة ساعة بالسير المعتدل على

الدابة ، اي مسافة تسعين كيلو متراً (م ١٦٦٤) . فاذا كان المدعي أو المدعى عليه غائباً فإن مدة الغيبة ، لا تعتبر من مدة مرور الزمان ، لانه يعتبر معذوراً فيها فمدة الغيبة تطرح من مجموع المدة التي مرت على السكوت من حين صلاحية المطالبة بالحق ، فإن كان الباقي يؤلف مدة مرور الزمان ، لا تسمع الدعوى ، والا سمعت . ولكن اذا كان قد تسكر الاجتماع في مدة الغيبة بين المتداعيين ، وكان هذا الاجتماع المتكرر قد وقع في مكان يمكن للمدعي ان يخاصم فيه المدعى عليه فلم يخاصمه ، فلا تعتبر الغيبة حينئذ عذراً ولا تنزل من مدة مرور الزمان . (م ١٦٦٥) •

٣ — التغلب . فاذا كان لاحد دعوى مع احد المغلبة ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه فان مرور الزمان يعتبر ابتداء من تاريخ زوال التغلب ، فلا يحتسب زمن التغلب من ضمن مدة مرور الزمان ، لان المدعي كان معذوراً فيها •

واذا كانت المدعية ذات زوج واثبتت بالبينة ان زوجها كان يمنعها من اقامة الدعوى حتى مرت مدة مرور الزمان ، قال الفقهاء ، ان هذا يصلح عذراً لها ، قياساً على الخصم المتغلب ، وهو رأي جدير بالقبول ، لان على الحاكم ان يستعمل القياس الصحيح و يعمل بموجبه بعد التدليل عليه .

٤ — الافلاس في دعوى المطالبة بالدين من المفلس . فمن ادعى على من تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك ، بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك دين من الجهة الفلانية كذا درهما ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الآن لم يمكن الادعاء ولا قنطارك الآن على الاداء اطلب منك اداء الدين

المذكور، تسمع دعواه . فمدة الافلاس لا تعتبر من ضمن مدة مرور الزمان فان مدة مرور الزمان هنا تبدأ من حين اليأس بعد الافلاس . والمراد من الافلاس هنا الافلاس المدني الذي تقدم تقريره عند الكلام على الحجر . (م ١٦٦٨) . وهل مدة الافلاس التجاري كذلك ؟ ارى انها . يجب ان تكون كمدة الافلاس المدني محل عذر ، لانحداد العلة . ولكن رأى سائر شراح المجلة خلاف ذلك .

الاسباب القاطعة لمرور الزمان .

المخاصمة امام الحاكم هي القاطعة لمرور الزمان . فاذا ادعى احد على آخر خصوصاً في حضور الحاكم وقبل ان يصدر الحكم ترك الدعوى وقبل ان يمر على الترك خمس عشرة سنة راجعها وبعد المخاصمة وقبل الحكم ترك الدعوى وهكذا فان مرور الزمان لا يجري ، لان المخاصمة بعد الادعاء قاطعة لمرور الزمان فيتجدد مرور زمان ابتداء من آخر اجراء آت الدعوى المتروكة .

اما مجرد تقديم الاستدعاء فلا يقطع مرور الزمان كما هو المفهوم من صراحة المجلة ، حيث قالت : - اذا ادعى احد على آخر خصوصاً بحضور الحاكم في كل برهة مرة ولم تفصل دعواه - فانه صريح بهذا المعنى كما ان المجلة قد عرفت الدعوى بانها طلب احد حقه من آخر بحضور الحاكم .

ولكن يلاحظ ان المدعي اذا اقام الدعوى . وبعد المخاصمة ترك الدعوى حتى مرت عليها ستة اشهر فقرر الحاكم ابطال استدعاء الدعوى عملاً بحكم المادة ١١٨ من اصول المرافعات الحقوقية ، فانه يجب الا تعتبر هذه الدعوى قاطعة لمرور الزمان ، لانها بعد ان ابطلت اصبحت كأن لم تكن . فاذا اقيمت مجدداً تعتبر دعوى جديدة لا علاقتها بالدعوى المبطله . (م ١٦٦٦) .

ويلاحظ ان الوارث والمورث . او البائع والمشتري ، او الواهب والموهوب له . يعتبران كشخص واحد فاذا حصل مرور الزمان في عهد المورث او حصل بعضه في عهده والبعض الآخر في عهد الوارث ، فلا تسمع دعوى الوارث بعد ذلك . وهكذا الحال في البائع والمشتري ، والواهب والموهوب له . مثلاً اذا كان احد متصرفاً في عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عندما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشترىتها ، فلا تسمع دعواه . (م ١٦٦٩ ، ١٧٠٠ ، ١٧٠١ .)

ثم ان الحق الواحد قد يحصل فيه مرور الزمان بالنسبة لشخص فلا تسمع دعواه فيه ، ولا يحصل فيه مرور الزمان بالنسبة لغيره فتسمع دعواه فيه . وذلك كما لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ، ولم يوجد في حق بعض الورثة لعذر كالصغر ، فادعى به واثبتة فانه يحكم بحصته فقط في المدعى به . ولا يسرى هذا الحكم الى سائر الورثة . اللهم الا اذا كان هذا المدعى به لا يقبل التخزئة كما اذا كان المدعى به جداراً ، او شجرة او نحوهما ، فان الحكم بثبوت كونه للمورث بناء على دعوى الصغار بعد زوال العذر ، يسرى الى الكبار الذين مر على سكوتهم مدة مرور الزمان . (م ١٦٧٢) .

مالا يجري عليه مرور الزمان .

لا يعتبر مرور الزمان في دعاوي المحال العامة التي يعود نفعها للعموم ، كالطريق العام ، والنهر العام ، والمرعى العام ، والمعابد . وكذلك الطريق الخاص المنتفع منه بوجه عام والنهر المملوك المنتفع منه بوجه عام ، الوارد ذكرهما في المادتين

(١٢٢٣ ، ١٢٣٩) • مثلاً لو ضبط احد المرعى المخصوص بقرية وتصرف به خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم ، وكذلك اذا ادخل اهل جزء من الطريق العام في داره وتصرف به بلا نزاع خمسين سنة ، فان الدعوى به بعد ذلك مسموعة . ووجه ذلك هو ان المحال العامة ملك لعموم الناس ولا يخلو عموم الناس من صغير او مجنون او غائب فالعذر متحقق دائماً على كل حال ، فلا يؤثر مرور الزمان (م ١٦٧٥) •

ملاحظة :

ان الاعلامات الصادرة من المحاكم يجري بحقها مرور الزمان اعتباراً من آخر معاملة جرت عليها في المحكمة او في دائرة الاجراء •

انجز طبعها في ٤ ربيع الاول سنة ١٣٥٦

الموافق ١٥ مايس سنة ١٩٣٧

عبر الجبار بحى



فهرس مختصر

الصحفة الموضوع

٣ كتاب الشركات (٦٦٦٦ - ٦٦٦٦)

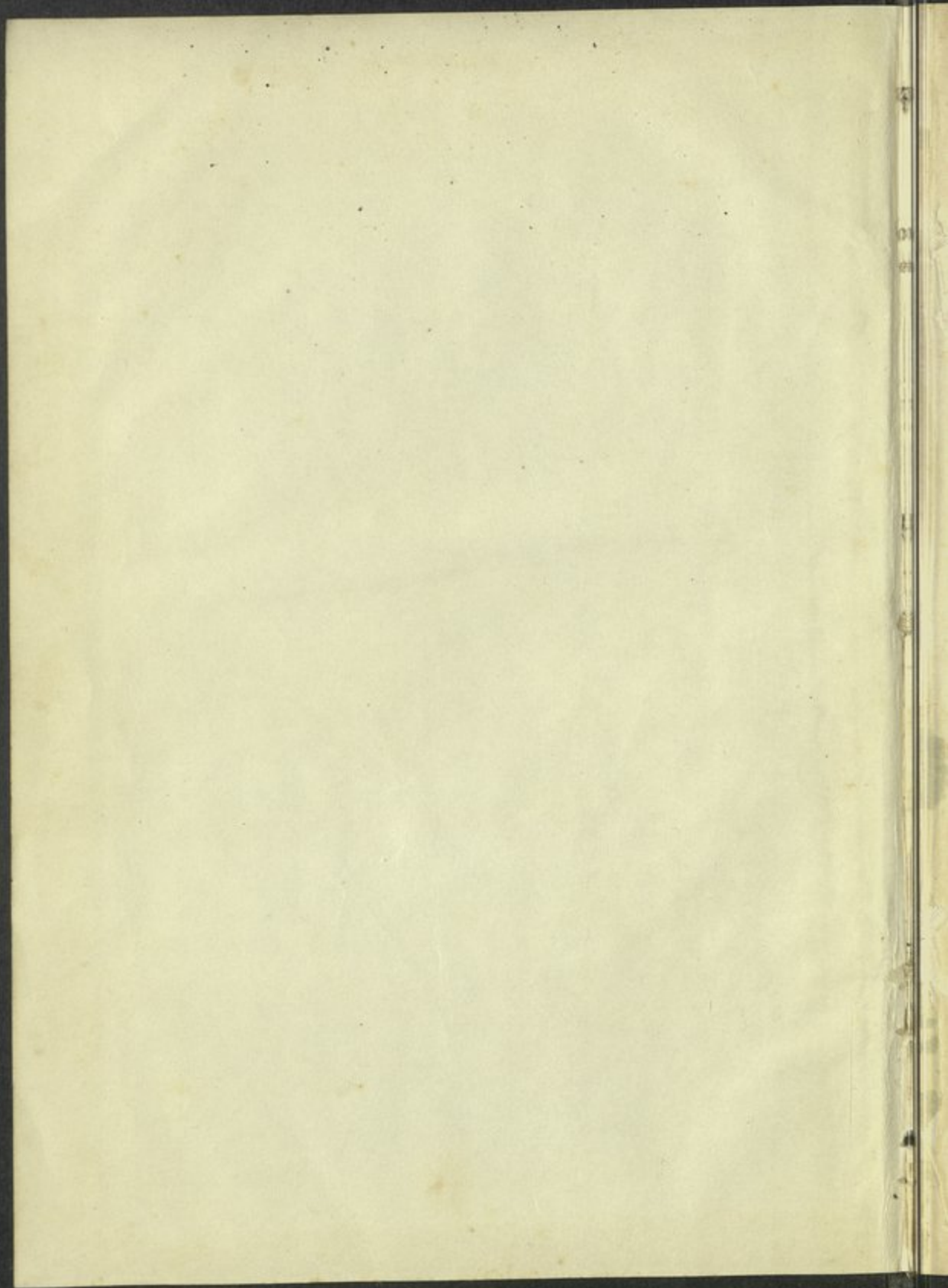
١٧٤ كتاب الوكالة

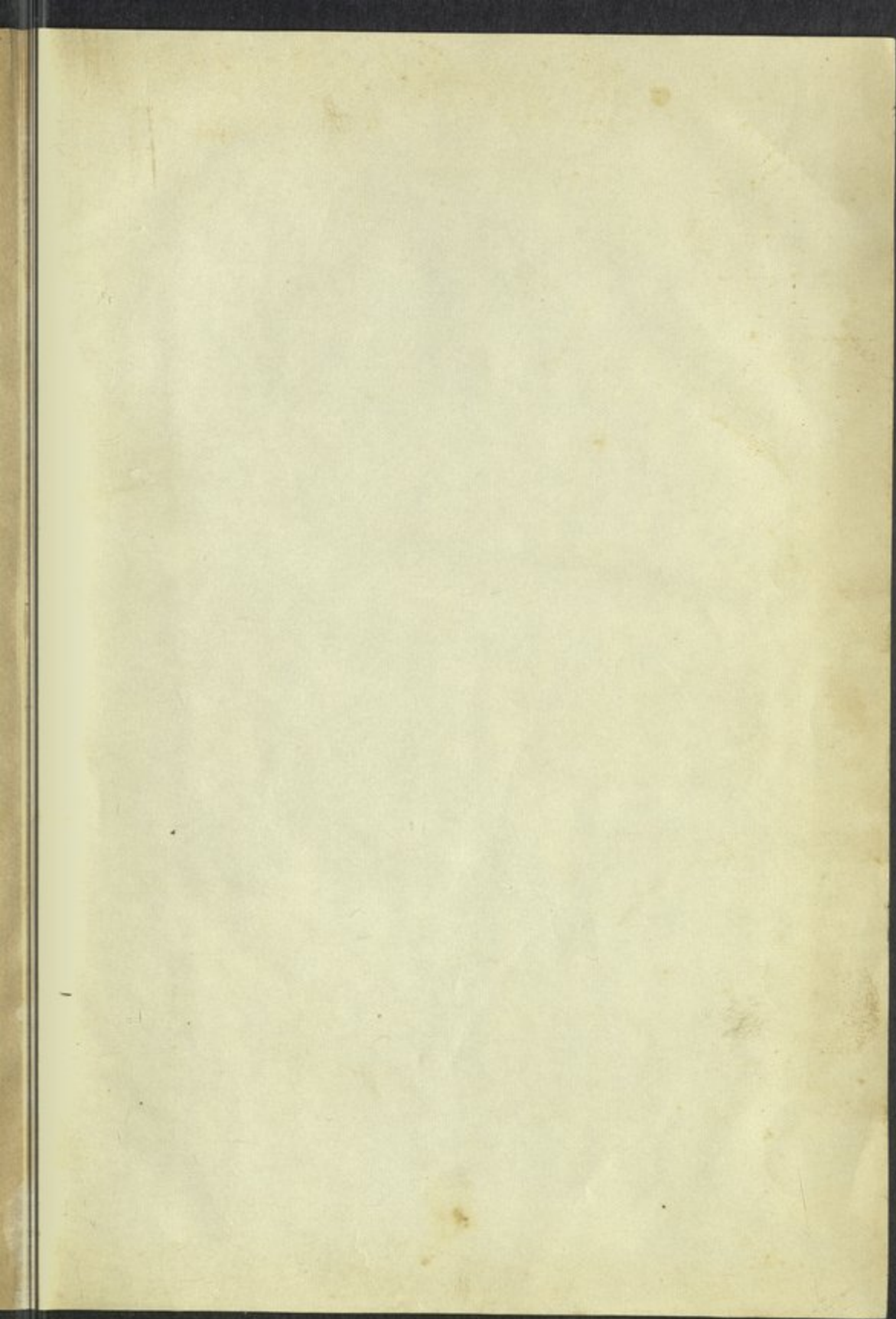
٢١٧ كتاب الصلح والامراء

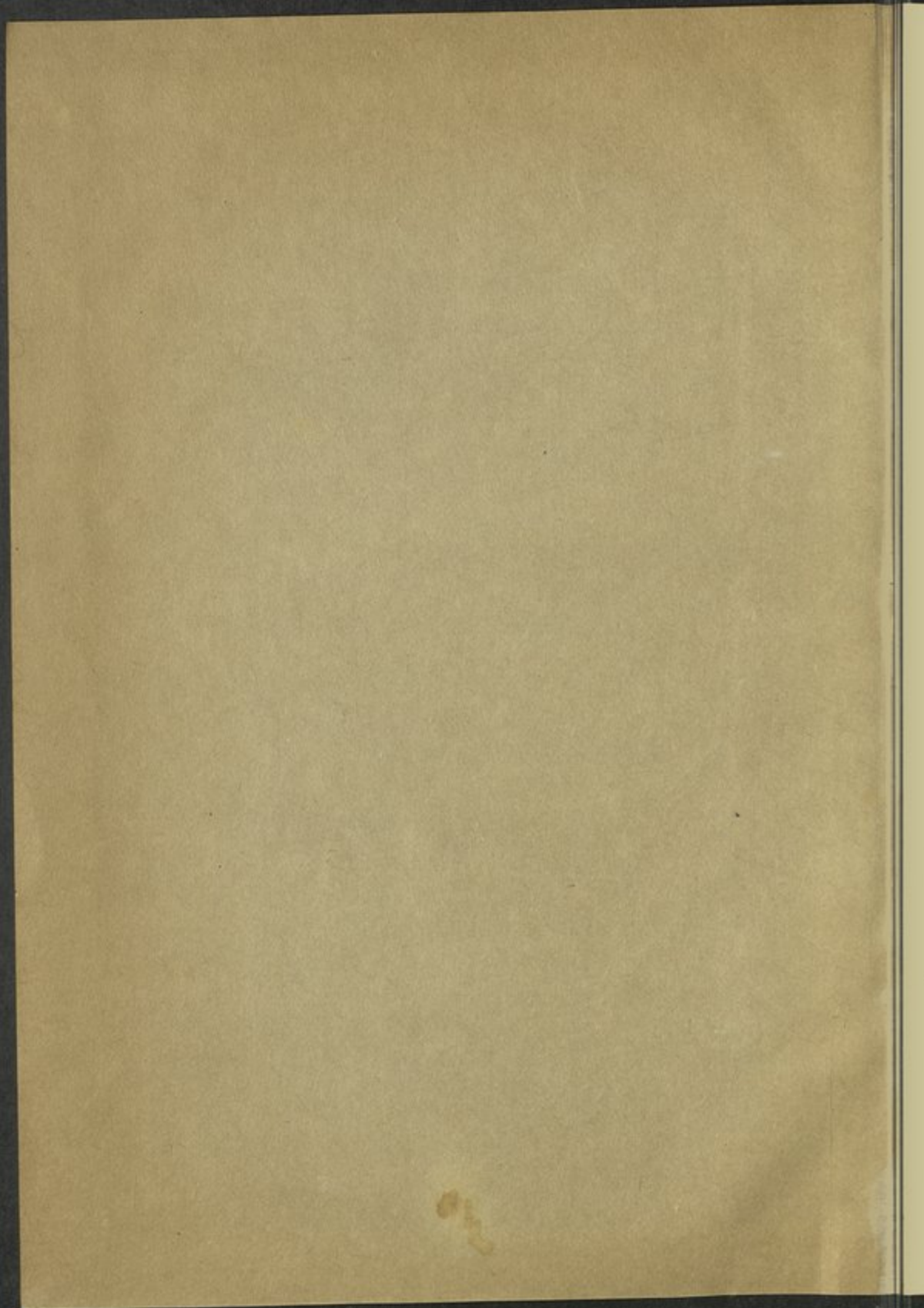
٢٤٢ كتاب الاقرار

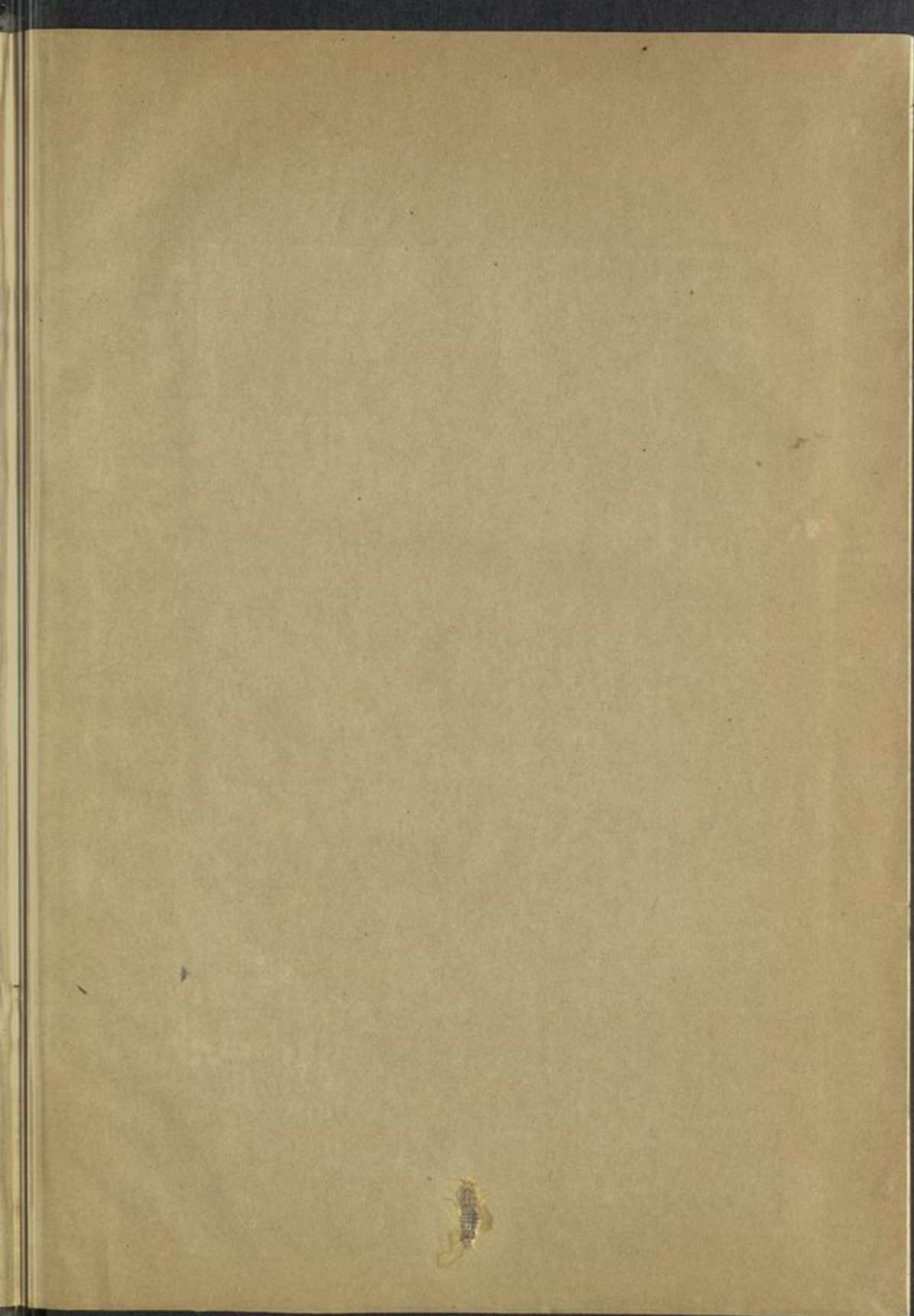
٢٨٠ كتاب الدعوى

٢٦٠
١٥٠
٥١٠









القاصص، منير
شرح المجلة

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01021503

American University of Beirut



General Library

349.56

K115mP