@ 177 @ قِيلَ فِي هَذِهِ الْفِقْرَةِ (عَلَى الْوَجْهِ الْمُبَيَّنِ فِي الْبَابِ الثَّالِثِ) وَبِهِ يُشَارُ أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ التَّصَرُّفِ إذَا وُجِدَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ كَمَا فُصِّلَ فِي الْبَابِ الثَّالِثِ الْمَذْكُورِ . وَفِي كَيْفِيَّةِ تَصَرُّفِ الْإِنْسَانِ فِي مِلْكِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ : 1 - قَوْلُ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ : وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَا يُمْنَعُ أَحَدٌ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ سَوَاءٌ كَانَ تَصَرُّفُهُ مُضِرًّا أَوْ غَيْرَ مُضِرٍّ . 2 - قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ : وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ إذَا كَانَ التَّصَرُّفُ الْمَذْكُورُ مُضِرًّا بِالْغَيْرِ يُمْنَعُ . 3 - قَوْلُ مَشَايِخِ الْإِسْلَامِ الَّذِينَ عَاصَرُوا الدَّوْلَةَ الْعُثْمَانِيَّةَ : وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ إذَا كَانَ الضَّرَرُ بَيِّنًا يُمْنَعُ وَإِلَّا فَلَا يُمْنَعُ . وَقَدْ أَفْتَى بِذَلِكَ ابْتِدَاءً مِنْ عَهْدِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ أَبِي السُّعُودِ إلَى الْآنَ . وَبِهَذَا الْإِفْتَاءِ قَدْ اُخْتِيرَ رَأْيٌ مُتَوَسِّطٌ بَيْنَ رَأْيِ الْمُجْتَهِدِينَ الْمُشَارِ إلَيْهِمْ يَعْنِي أَنَّهُمْ قَدْ عَمِلُوا فِي الضَّرَرِ الْبَيِّنِ بِقَوْلِ الْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي الضَّرَرِ الْغَيْرِ الْبَيِّنِ بِقَوْلِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ . وَقَدْ اخْتَارَتْ الْمَجَلَّةُ هَذَا الْقَوْلَ الثَّالِثَ كَمَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الْمَادَّةِ (1197) . فَلِذَلِكَ إذَا قُسِّمَتْ دَارٌ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُشْتَمِلَةً عَلَى أَبْنِيَةٍ وَعَلَى عَرْصَةٍ خَالِيَةٍ وَأَصَابَ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا الْبِنَاءُ وَحِصَّةَ الْآخَرِ الْعَرْصَةُ الْخَالِيَةُ أَيْ الْخَالِيَةُ مِنْ الْبِنَاءِ فَلِصَاحِبِ الْعَرْصَةِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي تِلْكَ الْعَرْصَةِ كَيْفَمَا يَشَاءُ أَيْ أَنْ يَحْفِرَ بِئْرًا وَأَنْ يَعْمَلَ حَمَّامًا وَأَقْنِيَةً وَأَنْ يُقِيمَ فِيهَا جِدَارًا وَأَنْ يُنْشِئَ أَبْنِيَةً وَأَنْ يُعَلِّيَهَا إلَى حَيْثُ يَشَاءُ وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَبْنِيَةِ مَنْعُ صَاحِبِ الْعَرْصَةِ الْخَالِيَةِ وَلَوْ سَدَّ عَلَيْهِ الْهَوَاءَ أَوْ الشَّمْسَ بِسَبَبِ إعْلَاءِ أَبْنِيَتِهِ (الْأَنْقِرْوِيُّ فِي مَسَائِلِ الْحَرِيطَانِ) لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ الْمَالِكَ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ بِحُجَّةِ هَذَا الضَّرَرِ يَسْتَوْجِبُ ذَلِكَ أَنْ يَتَصَرَّفَ أَيُّ مَالِكٍ فِي مِلْكِهِ . كَذَلِكَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ شَجَرَةٌ فِي مِلْكِهِ

يَسْتَفِيدُ جَارُهُ مِنْ ظِلِّهَا وَأَرَادَ صَاحِبُهَا قَطْعَهَا فَلَيْسَ لِجَارِهِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ قَطْعِهَا بِدَاعِي تَضَرُّرِهِ مِنْ حِرْمَانِهِ مِنْ ظِلِّهَا . وَكَذَلِكَ لِصَاحِبِ الْأَبْنِيَةِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي أَبْنِيَةٍ كَيْفَمَا يَشَاءُ وَأَنْ يَفْتَحَ نَافِذَةً فِي جِدَارِهِ وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْعَرْصَةِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ بِدَاعِي أَنَّ النَّافِذَةَ مُطِلَّةٌ عَلَى عَرْصَتِهِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْبِنَاءِ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكِهِ وَلَمْ يُتْلِفْ مِلْكَ الْغَيْرِ وَهُوَ مُقْتَدِرٌ عَلَى إزَالَةِ الْجِدَارِ بِالْمَرَّةِ فَبِالْأَوْلَى أَنْ يَكُونَ مُقْتَدِرًا عَلَى فَتْحِ نَافِذَةٍ فِي جِدَارِهِ . أَمَّا إذَا كَانَتْ النَّافِذَةُ مُطِلَّةً عَلَى مَقَرِّ النِّسْوَانِ فَيُمْنَعُ سَوَاءٌ كَانَ لِصَاحِبِ النَّافِذَةِ عَرْصَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جَارِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ (الْأَنْقِرْوِيُّ فِي مَسَائِلِ الْحِيطَانِ) وَقَدْ بُيِّنَ ذَلِكَ فِي الْمَوَادِّ (1200 و 1201 و 1202) . (جَامِعُ الْفُصُولَيْنِ) . وَلِصَاحِبِ الْعَرْصَةِ أَنْ يَبْنِيَ جِدَارًا وَأَنْ يَسُدَّ الْجِهَةَ الْمَذْكُورَةَ أَيْ يَسُدَّ النَّافِذَةَ وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ مَنْعُهُ وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُؤْذِيَ جَارَهُ بِإِلْزَامِهِ لِإِنْشَاءِ حَائِطٍ لِسَدِّ النَّافِذَةِ الَّتِي أَنْشَأَهَا , فَقَدْ