@ 181 @ صَاحِبِ الْحِصَّةِ الْأُولَى فَيُصْرَفُ وَيُحَوَّلُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْقِسْمَةِ أَنْ يَخْتَصَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشُّرَكَاءِ بِحِصَّةٍ وَقَطْعُ أَسْبَابِ التَّعَلُّقِ فِي حَقِّ الْغَيْرِ , فَإِذَا كَانَ مُمْكِنًا حُصُولُ ذَلِكَ فَيُصْرَفُ وَيُحَوَّلُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لِتَحْقِيقِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ , وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقِسْمَةِ بِلَا شَرْطٍ وَلَا يَكُونُ لِصَاحِبِ الْحِصَّةِ الْأُولَى حَقُّ مُرُورٍ فِي الْحِصَّةِ الثَّانِيَةِ (الطُّورِيُّ) . انْظُرْ الْمَادَّةَ (1151) . أَيْ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رِقْبَةَ تِلْكَ الْأَرْضِ كَمَا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ حَقَّ الْمُرُورِ فِيهَا . (الْهِنْدِيَّةُ) . سَوَاءٌ قِيلَ حِينَ الْقِسْمَةِ بِجَمِيعِ حُقُوقِهَا أَوْ لَمْ يُقَلْ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الشَّرِيكِ الَّذِي شُرِطَتْ لَهُ الْحُقُوقُ وَالْمَرَافِقُ لِلطَّرِيقِ هُوَ فِي حَالَةِ عَدَمِ إيجَادِ طَرِيقٍ لَهُ فِي مِلْكِهِ فَإِذَا كَانَ مُمْكِنًا إيجَادُ طَرِيقٍ لَهُ فِي مِلْكِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الطَّرِيقَ مَا لَمْ يَرْضَ الشَّرِيكُ لِأَنَّهُ فِي هَذَا الْحَالِ يُمْكِنُهُ أَنْ يُفْتَحَ الطَّرِيقُ مِنْ مِلْكِهِ وَأَنْ يَنْتَفِعَ مِنْ الْحِصَّةِ الَّتِي أَصَابَتْهُ (الْهِنْدِيَّةُ) . أَمَّا إذَا قِيلَ حِينَ الْقِسْمَةِ : إنَّ هَذِهِ الْحِصَّةَ لَكَ مَعَ حَقِّ طَرِيقِهَا وَحَقِّ مَسِيلِهَا وَحَقِّ شِرْبِهَا , فَلَا تُحَوَّلُ الطَّرِيقُ وَلَا تُصْرَفُ إلَى طَرَفٍ آخَرَ وَلَوْ كَانَ صَرْفُهَا وَتَحْوِيلُهَا مُمْكِنًا (الزَّيْلَعِيُّ فِي الْقِسْمَةِ) مَعَ أَنَّ الطَّرِيقَ وَالْمَسِيلَ يَدْخُلَانِ فِي الْبَيْعِ بِتَعْبِيرِ جَمِيعِ حُقُوقِهَا (الطُّورِيُّ) . انْظُرْ الْمَادَّةَ (235) . وَيُحْتَرَزُ بِقَوْلِ الْمَجَلَّةِ (إذَا لَمْ يُشْتَرَطْ) مِنْ شَرْطِ إبْقَاءِ ذَلِكَ فَإِذَا شَرَطَ فَيَجْرِي فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْمَادَّةِ (1166) فَتَبْقَى وَلَوْ كَانَ صَرْفُهَا وَتَحْوِيلُهَا مُمْكِنًا . قِيلَ (إذَا كَانَ لِحِصَّةِ طَرِيقٍ فِي حِصَّةٍ أُخْرَى) لِأَنَّ الطَّرِيقَ إذَا لَمْ تَكُنْ فِي الْحِصَّةِ الْأُخْرَى وَكَانَتْ فِي أَرْضِ الْغَيْرِ فَتَدْخُلُ فِي الْقِسْمَةِ فِي كُلِّ حَالٍ كَمَا ذُكِرَ فِي الْمَادَّةِ (1165) . (الْهِنْدِيَّةُ) أَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ مُمْكِنًا صَرْفُ وَتَحْوِيلُ تِلْكَ الطَّرِيقِ لِطَرَفٍ آخَرَ يُنْظَرُ : فَإِذَا قِيلَ حِينَ الْقِسْمَةِ بِجَمِيعِ حُقُوقِهَا أَوْ مَرَافِقِهَا بِاسْتِعْمَالِ

تَعْبِيرٍ عُمُومِيٍّ فَتَدْخُلُ الطَّرِيقُ فِي الْقِسْمَةِ , وَإِذَا لَمْ يُضِفْ حِينَ الْقِسْمَةِ تَعْبِيرٌ عُمُومِيٌّ كَقَوْلِهِمْ : بِجَمِيعِ حُقُوقِهَا أَوْ جَمِيعِ مَرَافِقِهَا فَلا تَدْخُلُ الطَّرِيقُ فِي الْقِسْمَةِ , فَإِذَا كَانَ لا يُعْلَمُ الشَّرِيكُ حِينَ الْقِسْمَةِ بِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْحِصَّةِ طَرِيقٌ فَتُفْسَخُ الْقِسْمَةُ بِالإِجْمَاعِ (الْبَهْجَةُ وَالْهِنْدِيَّةُ) حَيْثُ إِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْقِسْمَةِ قَطْعُ عَلاقَةِ الْحِصَصِ بَعْضِهَا عَنْ بَعْضٍ وَأَنْ يَكُونَ سَهْمُ كُلِّ شَرِيكٍ كَامِلا لِذَلِكَ الشَّرِيكِ فَإِذَا كَانَ غَيْرَ مُمْكِنٍ حُصُولُ الْمَقْصُودِ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ لِجِهَةٍ أُخْرَى فَتَخْتَلُّ الْقِسْمَةُ وَتَكُونُ فَاسِدَةً وَيَجِبُ فَسْخُهَا وَاسْتِئْنَافُ الْقِسْمَةِ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الاخْتِلافِ (مِنَحُ الْغَفَّارِ) . أَمَّا فِي الْبَيْعِ فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ أَوْ مَسِيلٌ فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَى فَلا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ هُوَ مِلْكُ الرَّقْبَةِ وَلا يُشْتَرَطُ الانْتِفَاعُ مِنْهُ فِي الْحَالِ أَمَّا فِي الْقِسْمَةِ فَيُشْتَرَطُ الانْتِفَاعُ فِي الْحَالِ (الطَّوْرِيُّ) . وَتُقَسَّمُ ثَانِيَةً بَعْدَ الْفَسْخِ عَلَى أَنْ يَكُونَ شَرِيكُ طَرِيقٍ (أَبُو السُّعُودِ الْمِصْرِيُّ) وَفِي هَذَا