

حق الشرب والشفة في الفقه الإسلامي

إعداد

سنايد جمال زايوفيتش

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع التاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٥

المشرف

الأستاذ الدكتور يوسف علي غيطان

١٢/١٥/٢٠٠٠

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في الفقه وأصوله بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية

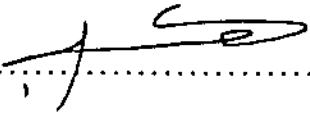
أيار - ٢٠٠٠

قرار لجنة المناقشة

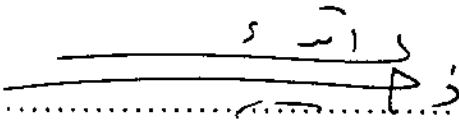
نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٠م.

التوقيع

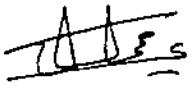
أعضاء لجنة المناقشة

.....


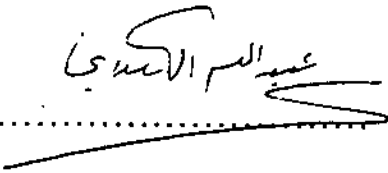
الدكتور يوسف علي غيطان، رئيساً
أستاذ مشارك في الفقه المقارن

.....


الدكتور زياب عبد الكريم عقل، عضواً
أستاذ مساعد في الفقه المقارن

.....


الدكتور زكريا محمد فالح القضاة، عضواً
أستاذ مشارك في الفقه المقارن في جامعة
اليرموك

.....


الدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، عضواً
أستاذ مشارك في الفقه المقارن

الإهداء

إلى روح من دعما في روح الخير وأرشداني إلى أهدى السنن،
إلى اللذين قال الله عز وجل فيهما:

﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِندَكَ
الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا
قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ
أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيْتَانِي صَغِيرًا ﴿٢٤﴾

إلى من سهرت معي وأتاحت لي المزيد من الوقت للكتابة زوجتي ..

إلى ابنتي أسماء ومريم ..

وإلى كل مجاهد في سبيل إعلاء كلمة الله عز وجل ..

أهدي هذه الرسالة ..

الشكر والتقدير

بعد أن من الله علي بإتمام هذه الرسالة، فإنني أشكره عز وجل على هذه النعمة وسائر النعم التي لا تعد ولا تحصى.

وامتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"، أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان لمشرفي سعادة عميد كلية الشريعة الأستاذ الدكتور يوسف علي غيطان على جهده وتشجيعه وحرصه الشديد على ظهور هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لسعادة الدكتور زكريا محمد فالح القضاة والدكتور ذياب عبد الكريم عقل والدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني على قبولهم مناقشة هذه الرسالة وتحكيمها . ولا يفوتني إهداء الشكر إلى أساتذتي في كلية الشريعة الذين كان لهم الفضل بعد الله عز وجل على كل ما قدموه لي من الرعاية وقد تلمذت على أيديهم، وإلى ذلك الصرح العلمي الشامخ مكتبة الجامعة الأردنية ممثلة بمديرها والعاملين فيها جزيل الشكر على ما قدموه لي من المساعدة عبر مراحل البحث والدراسة.

لهؤلاء جميعاً وسائر أهل الفضل أقدم شكري ممزوجاً بدعائي لهم بمزيد من فضل الله مع حسن الختام، وأن يوفقنا جميعاً لما يحب ويرضى، إنه سميع مجيب، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.....

سنايد جمال

(^١) الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك ٣٣٩/٤، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح..

قائمة محتويات الرسالة

صفحة	الموضوع
ب	قرار اللجنة
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	قائمة المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية
١	مقدمة الرسالة
٧	الفصل التمهيدي - حقوق الارتفاق بشكل عام
٨	المبحث الأول - حقيقة حقوق الارتفاق
٩	المطلب الأول - تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها مركبا إضافيا
٩	الفرع الأول - تعريف الحق لغة واصطلاحا
١٢	الفرع الثاني - تعريف الارتفاق
١٣	المطلب الثاني - تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها لقبا
١٧	المطلب الثالث - الألفاظ ذات الصلة بحقوق الارتفاق
٢١	المطلب لرابع - التكييف الفقهي لحقوق الارتفاق
٢٣	المطلب الخامس - حكم حقوق الارتفاق
٢٥	المبحث الثاني - أنواع حقوق الارتفاق بشكل عام
٢٦	المطلب الأول - حق المجرى
٢٨	المطلب الثاني - حق المسيل
٣١	المطلب الثالث - حق المرور
٣٣	المطلب الرابع - حق الجوار
٣٥	المطلب الخامس - إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى
٣٦	الفصل الأول - حق الشرب
٣٧	المبحث الأول - تعريف حق الشرب ومشروعيته
٣٨	المطلب الأول - تعريف الشرب لغة واصطلاحا
٣٨	تعريف الشرب لغة
٣٩	تعريف الشرب اصطلاحا
٤١	المطلب الثاني - الألفاظ ذات الصلة بحق الشرب - حق المجرى
٤٢	المطلب الثالث - مشروعية حق الشرب

٤٧	المطلب الرابع - الحكمة من مشروعية حق الشرب
٤٩	المبحث الثاني - أسباب إنشاء حق الشرب
٥٠	المطلب الأول - الشركة العامة
٥١	المطلب الثاني - المعاوضة
٥١	ثبوت حق الشرب باشتراطه في العقد تبعاً لغيره
٥٢	ثبوت حق الشرب بعقد معاوضة عنه منفرداً
٥٦	المطلب الثالث - التبرع
٥٩	المطلب الرابع - الإرث
٦٢	المطلب الخامس - الوصية
٦٣	المطلب السادس - استعمال أرض موات في حق الشرب
٦٤	المطلب السابع - التقادم والحيازة
٦٤	تعريف التقادم لغة واصطلاحاً
٦٥	تعريف الحيازة لغة واصطلاحاً
٦٥	علاقة الحيازة بالتقادم
٦٦	آراء الفقهاء في إنشاء حق الشرب بالتقادم والحيازة
٧٠	الزمن الذي يتحقق بمروره التقادم
٧٢	الفصل الثاني - أحكام حق الشرب
٧٣	المبحث الأول - أحكام المياه
٧٤	المطلب الأول - أحكام مياه الأنهار
٧٤	الفرع الأول - الأنهار غير المملوكة
٧٤	النوع الأول - الأنهار الكبيرة
٧٧	النوع الثاني - النهر الصغير الذي يكفي أهله
٧٧	النوع الثالث - النهر الصغير الذي لا يكفي أهله
٧٨	مسألة - كيفية سقي الأرض غير المستوية
٧٩	الفرع الثاني - أحكام مياه الأنهار المملوكة
٨٠	تقسيم الماء بين الشركاء
٨٤	الفرع الثالث - انتفاع الأجنبي في النهر المشترك بالشرب
٨٦	المطلب الثاني - أحكام مياه الآبار والعيون
٨٦	الفرع الأول - أحكام مياه الآبار
٨٨	هل يلزم بذل الفضل من ماء البئر للزرع والشجر؟
٩٠	الفرع الثاني - أحكام مياه العيون

٩٠	النوع الأول - العين التي نبع ماؤها من دون تصرف للأدمي فيه
٩١	النوع الثاني - العين التي استتبط الأدميون ماؤها في الأرض الموات
٩١	النوع الثالث - العين المستتبطه داخل الملك
٩٢	المطلب الثالث - ضمان الأضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب
٩٤	المطلب الرابع - أحكام المياه المحرزة
٩٦	المطلب الخامس - إصلاح الأنهار ونفقات الإصلاح
٩٧	الفرع الأول - إصلاح الأنهار العامة ونفقات هذا الإصلاح
٩٩	الفرع الثاني - إصلاح الأنهار الخاصة ونفقات هذا لإصلاح
١٠١	الفرع الثالث - كيفية توزيع نفقات إصلاح الأنهار والقنوات الخاصة على الشركاء
١٠٤	المبحث الثاني - الحریم
١٠٤	المطلب الأول - تعريف الحریم لغة واصطلاحاً
١٠٦	المطلب الثاني - مقدار الحریم
١٠٦	حریم الآبار
١١٥	المطلب الثالث - حریم العيون
١١٧	المطلب الرابع - حریم الأنهار والقنوات
١١٧	الفرع الأول - حریم الأنهار
١١٨	الفرع الثاني - حریم القناة
١٢٠	الفصل الثالث - حق الشفة وأحكامه
١٢١	المبحث الأول - تعريف حق الشفة ومشروعيته
١٢٢	المطلب الأول - تعريف حق الشفة لغة واصطلاحاً
١٢٤	المطلب الثاني - مشروعية حق الشفة
١٢٨	المبحث الثاني - أحكام حق الشفة
١٢٩	المطلب الأول - أحكام المياه غير المملوكة
١٢٩	الفرع الأول - البحار والبحيرات الكبيرة
١٢٩	الفرع الثاني - الأنهار الكبيرة
١٣١	المطلب الثاني - أحكام مياه الأنهار المملوكة
١٣١	الفرع الأول - انتفاع الأجنبي في النهر المشترك بالشفة
١٣٤	الفرع الثاني - تقييد ثبوت حق الشفة في الأنهار المملوكة
١٣٥	الفرع الثالث - طريق استيفاء حق الشفة
١٣٦	المطلب الثالث - أحكام مياه الآبار والعيون
١٣٦	الفرع الأول - أحكام مياه الآبار

١٣٦	النوع الأول - بئر السابلة
١٣٧	النوع الثاني - بئر الارتفاق
١٣٨	النوع الثالث - بئر التملك
١٣٩	بذل فضل ماء بئر التملك للحيوان
١٤١	النوع الرابع - البئر المحفورة داخل الملك
١٤١	الفرع الثاني - أحكام مياه العيون
١٤٢	المطلب الرابع - أحكام المياه المحرزة
١٤٣	حكم الأخذ من المياه المحرزة لدفع الضرورة
١٤٤	المطلب الخامس - إصلاح ونفقات إصلاح الأنهار والمجاري
١٤٦	الفصل الرابع - النزاع والتصرف في حق الشرب
١٤٧	المبحث الأول - النزاع في حق الشرب
١٤٨	المطلب الأول - النزاع في تحديد من يقدم في الشرب
١٥١	المطلب الثاني - النزاع في مقدار الشرب
١٥٤	المطلب الثالث - التنازع على شاطئ النهر
١٥٦	المبحث الثاني - التصرف في حق الشرب
١٥٧	المطلب الأول - التصرف بالبيع والميراث والوصية والإجارة والهبة والصلح
١٥٧	الفرع الأول - التصرف بالبيع
١٥٩	الفرع الثاني - التصرف بالميراث
١٦٠	الفرع الثالث - التصرف بالوصية
١٦٠	الفرع الرابع - التصرف بالإجارة
١٦١	الفرع الخامس - التصرف بالهبة
١٦٢	الفرع السادس - التصرف بالصلح
١٦٤	المطلب الثاني - أحكام تصرف أحد الشركاء في المياه المشتركة بدون إذن شركائه
١٦٦	المطلب الثالث - التصرف بالانتفاع بملك الجار
١٦٧	الفرع الأول - إجراء الماء في أرض الجار
١٧٣	الفرع الثاني - تحويل النهر عن صاحب الأرض إلى أرض غيره
١٧٥	الفرع الثالث - حفر البئر التي يتضرر منها الجار
١٧٨	الفصل الخامس - دعوى حق الشرب وأسباب انتهائه
١٧٩	المبحث الأول - دعوى حق الشرب
١٨٢	المبحث الثاني - أسباب انتهاء حق الشرب
١٨٣	المطلب الأول - انتهاء الأجل المحدد للارتفاق شرطاً أو عرفاً

١٨٣	المطلب الثاني - انتهاء الارتفاق بالمعاوضة
١٨٥	المطلب الثالث - تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الشرب لصاحب العقار المرتفق به
١٨٦	المطلب الرابع - إرث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب
١٨٧	المطلب الخامس - موت الموصي
١٨٨	المطلب السادس - عدم سماع الدعوى بمرور الزمان
١٨٩	المطلب السابع - أن يكون الارتفاق مضرا بالعقار المرتفق به ضررا فاحشا
١٩١	الخاتمة - نتائج الرسالة
١٩٥	مراجع الرسالة
٢٠٩	ملخص باللغة الإنجليزية

ملخص

حق الشرب والشفة في الفقه الإسلامي

إعداد

سنايد جمال زايوفيتش

المشرف

الدكتور يوسف علي غيطان

تناولت هذه الرسالة موضوعاً مهماً من مواضيع المعاملات وكان هدفها بيان سعة الشريعة الإسلامية وإحاطتها بكل نواحي الحياة إذ بينت حقوق الارتفاق بشكل عام وحق الشرب والشفة بشكل خاص وأهم أحكامهما. وهذا النوع من حقوق الارتفاق من الموضوعات الحيوية المهمة التي يحتاج إليها الناس كثيراً في أمور معاشهم ومعاملاتهم. وقد تبين من خلال البحث أن:

- حق الارتفاق "حق متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مالكهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة، أو إجارة، أو وقف، أو وصية".
 - حق الشرب هو "النوبة أو النصيب من الماء لسقي الأرض أو الشجر أو الزرع".
 - حق الشفة هو "شرب بني آدم والبهائم بالشفة دون سقي الزرع".
- وأن أحكام هذين الحقين تختلف باختلاف أنواع المياه، فهناك الأنهار العامة والأنهار الخاصة والعيون والآبار والمياه المحرزة في الأواني، كما يختلف الحكم بالنسبة للمستعمل للماء من كونه إنساناً أو حيواناً أو نباتاً.

وقد توصلت الدراسة إلى الاستنتاجات من أهمها:

- ١- إن حكمة مشروعية حق الشرب تظهر عند ازدياد حركة الزراعة واتساع رقعتها وتشابك المصالح، مما يصعب معه - لولا شرعية حق الشرب - الاستمرار فسي الإنتاج والسير في رفع مستوى الحياة المعيشية على الطريق الأمثل.
- ٢- إعادة النظر إلى أحكام الري وشرب المياه في القوانين الوضعية وتطبيقها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

مقدمة الرسالة

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان إلا على الظالمين، الحمد لله الذي قال في كتابه الكريم : {وجعلنا من الماء كل شيء حي} (١).

الحمد لله الحق، يحق الحق، ويبطل الباطل، ولو كره المجرمون، وعد من اتبع الحق بالجنة، {وحسنت مرتفقاً} (٢)، وتوعد من حاد عنه بالنار، {وساعت مرتفقاً} (٣)،

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، هاديا ومبشرا ونذيرا وداعيا إلى الله بإذنه، وسراجا منيرا، صلى الله عليه، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه، إلى يوم الدين، وسلم تسليما كثيرا، أما بعد :

فهذه مقدمة رسالتي بعنوان "حق الشرب والشفة في الفقه الإسلامي"، وقد تكلمت فيها عن أهمية موضوع الرسالة، وعن أسباب اختيار الموضوع و أهدافه، وعن عرض موجز لما قام به الباحثون السابقون في مجال هذا البحث، وعن منهجي في الرسالة ومحتواها.

* أهمية موضوع الرسالة :

إن الله سبحانه قد خلق الخلق، فأبدع صنعه، وشرع له من النظم ما يحكم توازنه، ويصلح حاله، ويجنبه الاضطراب والفوضى، فقد نزل على سيد البشرية وخاتم المرسلين أحكاما من حكيم في صنعه وتدييره عليهم، بما كان وما سيكون {ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون} (٤)، فجاءت أحكام الله مناسبة لكل الأزمان في كل مكان، منظمة لأمر جميع بني الإنسان على اختلاف ميولهم، وطرق حياتهم، فكان في هذا النظام الإلهي ما يغني عن وضع القوانين والأنظمة التي هي من صنع بشر محدود القدرة والحكمة والعلم {أفغير الله ابتغي حكما وهو الذي أنزل إليكم الكتاب مفصلا} (٥)، فشملت الأحكام الإلهية كل ما يحتاجه البشر من أمر دينهم ودنياهم، فوضحت الحقوق والواجبات، إذ بينت حقوق الله على عباده من إخلاص التوحيد وصحة العبادة، وحقوق العباد على الله، مما يفصل به عليهم من الجزاء، وفصلت

(١) سورة الأنبياء آية (٣٠).

(٢) سورة الكهف آية (٣١).

(٣) سورة الكهف آية (٢٩).

(٤) سورة المائدة آية (٥٠).

(٥) سورة الأنعام آية (١١٤).

حقوق العباد على العباد، فنظمت علاقات الناس بعضهم ببعض بما شرعت من نكاح وطلاق وميراث، ونحو ذلك، ووضعت حلاً لمن أراد العبث والفساد في الأرض، وبينت كيفية التعامل تعاملًا سليمًا، لا ظلم فيه ولا إجحاف، بما شرعت من عقود المعاملات، فجاءت شريعة الله وافية، ومحقة لجميع الحقوق، ومنها حق الشرب والشفة.

إن موضوع حق الشرب والشفة من الموضوعات الهامة في الفقه الإسلامي، ونظراً للمكانة التي تحتلها حقوق الارتفاق في حياة الأمة، وجدت الحاجة ماسة للتعرف على أحكام هذين الحقين.

* أسباب اختيار الموضوع :

وقد اخترت أن يكون هذا موضوع بحثي للحصول على درجة الماجستير للأمر التالي:
أولاً - إن هذا النوع من حقوق الارتفاق من الموضوعات الحيوية المهمة، التي يحتاج إليها الناس كثيراً في أمور معاشهم ومعاملاتهم، فقد يحتاج الإنسان إلى أن يجعل لعقاره ارتفاقاً بعقار غيره، كأن يجعل لأرضه شرباً من نهر أو عين أو بئر لغيره، وقد يحتاج إلى الانتفاع بملك جاره، كما أن على جاره أن يكف عن استعمال ملكه فيما ينتج عنه أضرار تؤذي جيرانه، لذا كان لابد من بسط أحكام حق الشرب والشفة، ليسهل الرجوع إليها عند الحاجة للتعرف عليها.

ثانياً - إن أحكام هذا الموضوع متفرقة في عدد من أبواب الفقه، وكان بحث الفقهاء لبعض مسائله مجرد تنبيه أو إشارة، فكان لابد من توضيح مسائله، وجمعها وترتيبها ترتيباً متناسقاً وجلياً.

ثالثاً - إن أحكام حق الشرب والشفة لم تُدرَس - فيما أعلم - دراسة مستقلة مفصلة تقارن بين آراء العلماء وتوفق بينها وترجح ما يعضده الدليل منها.

فالعلماء الأقدمون - رحمهم الله - على اختلاف مذاهبهم قد بحثوا مسائل هذا الموضوع، فكان لهم الفضل الخالد والعمل الصالح الذي بقي بعدهم ذكراً حسناً لهم في الآخرين، جزاهم الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء، غير أن هذا الجهد العظيم، والعمل الجليل بحاجة إلى صياغة في ثوب جديد، يضم جميع الأقوال، ويقارن بينها ويناقش أدلتها، ويرجح ما يعضده الدليل منها.

فهذا الموضوع موضوع بكرٍ جدير بالبحث والدراسة والتمحيص.

* أهداف الرسالة :

يهدف الباحث من وراء البحث تحقيق أهداف أهمها :

- تعريف المسلم بأهم أحكام حق الشرب والشفة، والتي يجهلها كثير من الناس.
- وضع رسالة متكاملة في هذا الموضوع، للإفادة منها من قبل الطلاب وغيرهم.
- إبراز مدى سعة أحكام الشريعة، وإحاطتها بكل نواحي الحياة، وبيان دقة الشريعة الإسلامية التي جاءت موافقة لنظرة الإنسان ومتطلباته.

* عرض موجز لما قام به الباحثون السابقون في مجال هذا البحث :

بحث الفقهاء الأوائل مواضيع أحكام الشرب والشفة في كتبهم الفقهية على صورة مسائل متفرقة في ثنايا أبواب متفرقة بحسب ملائمة المسألة مع الأبواب الفقهية: فيذكرون في كل باب جملة من الأحكام المتعلقة بحق الشرب والشفة: كأبواب البيوع، والإجارة، والشفعة، والقسمة، والصلح، والغصب، وسد الذرائع وتزاحم الحقوق، وكذا دعاوى وإحياء الموات ونحوها، وهكذا في بقية الكتب الفقهية. كما تعرضت كتب الفتاوى لمثل هذه الأحكام في ثنايا الأبواب الفقهية، وعلم الفتاوى "علم تروى فيه الأحكام الصادرة عن الفقهاء في الوقائع الجزئية ليسهل الأمر على القاصرين من بعدهم" (٦).

ومن المؤلفات في الفتاوى : الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان المعروف (بالفتاوى العالمية) تأليف العلامة الشيخ نظام مع جماعة من علماء الهند الأعلام.

كما بين العلماء في كتب الأقضية والأحكام جملة صالحة من أحكام هذه المسائل، حيث أن مسائل الشرب والشفة وما يتعلق بهما كانت تشكل العبء الكبير من دعاوى الناس وترافعهم أمام القضاء للفصل في تنازعهم، وإثبات الحقوق لأهلها.

أما العلماء المعاصرون فقد بحثوا هذا الموضوع بصورة مختصرة في الكتب التي تتكلم عن نظرية العقد وكتب سموها "أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية" أو "المعاملات في الفقه الإسلامي" أو "المعاملات الشرعية المالية" والكتب التي تتكلم عن الملكية مثل كتاب

(٦) طاش كبرى زاده، مفتاح السعادة، تحقيق كامل بكري وعبد الوهاب أبو النور، القاهرة، دار الكتب الحديثة، (٦٠١/٢).

"الملكية ونظرية العقد" للشيخ محمد أبو زهرة وكتاب "الملكية في الشريعة الإسلامية" للدكتور عبد السلام العبادي وكتاب "الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود" لبدران أبو العينين، فكون هذا الموضوع الهام لا غنى عنه في المعاملات، فقد أورده جميع الفقهاء المعاصرين في كتبهم، وبحثوه في الأبواب التي تتكلم عن الملكية وأحكامها في الشريعة الإسلامية.

أما الكتب المختصة بهذا الموضوع، والتي عنيت بجمع المسائل المتعلقة بأحكام الشوب، وجمع شتاتها من أبواب الفقه المختلفة، وبنظمها ونسقتها تحت تأليف مستقل هما كتابا الدكتور سعيد أمجد الزهاوي "حقوق الارتفاق وأسباب كسبها إجمالاً" وكتاب "كسب حقوق الارتفاق بالتصرفات وبتخصيص المالك وبالتقادم". وقد اطلعت على الكتاب الثاني، ولسم أطلع على الكتاب الأول.

والرسالة التي أقدمها انفردت في بحث حق الشرب والشفة وأهم أحكامهما في الفقه الإسلامي وميزتها عن الكتب التي كتب فيها عن هذا الموضوع التوسع في استعراض الموضوع والمقارنة بين المذاهب في كل مسألة ثم جمع شتات المسائل في مكان واحد.

* منهجي في الرسالة :

تتجلى منهجية البحث في الأمور التالية :

أولاً - لقد عازمت على دراسة هذا الموضوع دراسة تفصيلية أبين في كل جزئية منسه آراء العلماء وأدلتهم، وأقارن بينها، وأرجح ما يدعمه الدليل منها، وأجيب عن أدلة الرأي المرجوح مستمداً قول أمهات المراجع فيه، حتى أصل إلى درجة أطمئن بها إلى قول الإمام في المسألة، ذلك أنه قد يكون له في المسألة قولان أو أكثر، ويقتصر بعض المراجع على ذكر أحدها، فإذا بحثت في عدد من المراجع الأخرى عثرت على بقية الأقوال، وقد يكون بعض المراجع مدلاً للمسألة، والآخر ليس كذلك، كما أن بعض الكتب تشير إلى المسألة بضرب مثال ونحو ذلك، وبعضها يعرف حكم المسألة فيه من لازم الكلام في غيرها، فدفعتني ذلك إلى أن أطلع في كل جزئية على مجموعة من كتب كل مذهب لأخلص من ذلك بنتيجة واضحة لكل ما قيل فيها . وقد حاولت جمع الصور المختلف فيها وإرجاعها إلى الخلاف في أصولها، فأكتفي أحياناً بذكر الخلاف من أصول المسائل، وأهمل ذكر الصور لأن ذكرها يطول،

والخلاف فيها مبني على الخلاف في أصلها وتوفر الشروط التي يشترطها كل فريسق فيها، وأحيانا أذكر بعض الخلاف في بعض الصور إذا كان لذكره مزيد فائدة.

ثانيا - أذكر الأقوال في المسألة، وعلى كل قول أرتب المذاهب الفقهية للقائلين به ترتيبا زمنيا بادنا بالحنفية فالمالكية فالشافعية فالحنابلة بحسب ما أجد عند كل قول.

وقد أذكر أقوال الصحابة وأقوال فقهاء الإسلام المتقدمين، ومذهب أهل الظاهر أحيانا. ثالثا - وقد حرصت على عزو الآراء إلى أصحابها مع الإشارة إلى مظانها في الكتب المعتمدة بقدر الإمكان، مع الاستعانة ببعض المراجع الحديثة دون الاعتماد عليها إلا فيما لم أجد في المصادر الفقهية القديمة.

وعند ذكر المصادر الفقهية أرتبها بحسب الترتيب الزمني لمؤلفيها في كل مذهب - بحسب المستطاع - فأذكر المراجع الفقهية للمذهب الحنفي مرتبة، ثم المراجع الفقهية للمذهب المالكي كذلك، وهكذا بالنسبة للمذهب الشافعي والحنبلي.

رابعا - وعند نقل كلام الفقهاء في صلب الموضوع إذا قلت قال أحد الفقهاء ثم سردت قوله فهذا يعني أن الكلام منقول حرفيا، وأما إذا سردت الكلام ولم أذكر من قال وفي الهامش أتيت بالمصادر فهذا يعني أن الكلام منقول بتصريف.

خامسا - اتبعت كل قول بأدلته النقلية والعقلية إن وجدت، مع بيان وجه الاستدلال من الأدلة النقلية. كما أوردت ما وجدته من مناقشات على الأدلة والجواب عنها بحسب المستطاع.

سادسا - ذكرت سبب الترجيح مع سبب ثمرة الخلاف إن وجدا.

سابعا - رقمت الآيات التي ستمر في صلب الرسالة ذاكرة اسم السورة ورقم الآية.

ثامنا - خرجت الأحاديث الواردة في الرسالة مع بيان درجتها من حيث الصحة والضعف معتمدا على قواعد مصطلح الحديث قدر الإمكان.

تاسعا - قمت بالإحالة إلى فتح الباري بشرح صحيح البخاري لتخريج الأحاديث التي أخرجها الإمام البخاري وإلى شرح صحيح مسلم لتخريج الأحاديث التي أخرجها الإمام مسلم، والمقصود بذلك هو صحيح البخاري الموجود في متن فتح الباري وصحيح مسلم الموجود في متن شرح النووي.

عاشرا - ذكرت ترجمة موجزة لكثير من الأعلام المذكورة في صلب الموضوع

للتعريف به وبيان منزلته الفقهية.

الحادي عشر - شرحت الألفاظ الغريبة الواردة في صلب الموضوع.

* محتوى الرسالة :

ويتكون محتوى هذه الرسالة من الفصل التمهيدي، وخمسة فصول، وهي كالتالي :

الفصل التمهيدي : حقوق الارتفاق بشكل عام، ويتضمن هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : حقيقة حقوق الارتفاق .

المبحث الثاني : أنواع حقوق الارتفاق .

الفصل الأول : حق الشرب، ويتضمن هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : تعريف حق الشرب ومشروعيته .

المبحث الثاني : أسباب إنشاء حق الشرب.

الفصل الثاني : أحكام حق الشرب، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول : أحكام المياه.

المبحث الثاني : الحريم وأحكامه.

الفصل الثالث : حق الشفة وأحكامه، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف حق الشفة ومشروعيته.

المبحث الثاني : أحكام حق الشفة.

الفصل الرابع : النزاع والتصرف في حق الشرب، ويتضمن هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول : النزاع في حق الشرب .

المبحث الثاني : التصرف في حق الشرب .

الفصل الخامس : دعوى حق الشرب وأسباب انتهائه ويتضمن مبحثين :

المبحث الأول : دعوى حق الشرب .

المبحث الثاني : أسباب انتهاء حق الشرب .

وهذه الرسالة ما هي إلا استخلاص لما قاله العلماء الأجلاء، بذلت جهدي في صياغتها

بقالب جديد، حيث جمعت المسائل وبينت أقوال العلماء فيها وأدلتهم وقارنت بينها، ورجحت ما

يؤيده الدليل منها حسبما ظهر لي، فما كان صواباً فمن الله، وما كان خطأً فمني ومن الشيطان،

والله ورسوله منه براء، سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا، إنك أنت العليم الحكيم، وما توفيقي إلا

بأنه، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

الفصل التمهيدي

حقوق الارتفاق بشكل عام

أبدأ هذه الرسالة بالفصل التمهيدي، وهو يتكلم عن حقوق الارتفاق بشكل عام. وتظهير أهمية البدء بهذا الفصل في كون حق الشرب والشفة جزء من هذه الحقوق، فبالإضافة إلى أن نبين حقيقة حقوق الارتفاق، وأهم ما يحتويها بدءاً بالحق وعلاقته بالارتفاق، ثم بيان مكانة حقوق الارتفاق من بين حقوق أخرى، ثم الفرق بينها وبين حق الانتفاع، ثم أهم أنواع تلك الحقوق. وإذا انتبهنا من هذا الفصل حينئذ ندرع في موضوع رسالتنا ألا وهو الكلام عن حق الشرب والشفة.

وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : حقيقة حقوق الارتفاق، ويتضمن ستة مطالب :

المطلب الأول : تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها مركبا إضافيا .

المطلب الثاني : تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها لقسبا .

المطلب الثالث : الألفاظ ذات الصلة بحقوق الارتفاق .

المطلب الرابع : التكيف الفقهي لحقوق الارتفاق .

المطلب الخامس : حكم حقوق الارتفاق .

المبحث الثاني : أنواع حقوق الارتفاق بشكل عام، ويتضمن هذا المبحث أربعة مطالب:

المطلب الأول : حق المجرى.

المطلب الثاني : حق المسيل .

المطلب الثالث : حق المرور .

المطلب الرابع : حق الجوار .

المطلب الخامس: إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى

المبحث الأول

حقيقة حقوق الارتفاق

- المطلب الأول : تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها مركبا إضافيا .
- المطلب الثاني : تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها لقبا .
- المطلب الثالث : الألفاظ ذات الصلة بحقوق الارتفاق.
- المطلب الرابع : التكييف الفقهي لحقوق الارتفاق .
- المطلب الخامس : حكم حقوق الارتفاق .

المتطلب الأول

تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها مركبا إضافيا

الفرع الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحا:

المسألة الأولى: تعريف الحق لغة:

الحق ضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والموجود، والثابت، والصدق، والموت، وحق الشيء: أوجبه، واستحقه: أي استوجبه، والحقيقة ضد المجاز^(١).

ويتضح لنا أن هذه المعاني كلها تدور حول معنى الثبوت والوجوب، وقد جاء استعمال

الحق في القرآن موافقا للمعنى اللغوي كما في قوله تعالى:

{لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ}^(٢)، أي ثبت ووجب^(٣). وقوله تعالى:

{يُنْحِقُ الْحَقُّ وَيُبْطِلُ الْبَاطِلَ}^(٤)، أي: ويثبت ويظهر^(٥)، وقوله تعالى: {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}^(٦)، أي: واجبا عليهم^(٧).

وتطلق كلمة الحق في القرآن على التصيب المحدد^(٨)، كما في قوله تعالى: {وَالَّذِينَ فِي

أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ}^(٩).

وتطلق على العدل في مقابلة الظلم^(١٠) مثل قوله تعالى: {وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ}^(١١).

(١) الرازي، مختار الصحاح، مادة (حق) ص ١٤٦-١٤٧، الفيروزآبادي، القاموس المحيط مادة (الحق) ٢٢١/٣.

(٢) سورة يس، الآية (٧).

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٧/١٥، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٥٤١/٣.

(٤) سورة الأنفال، آية (٨).

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣٧٠/٧.

(٦) سورة البقرة، آية ٢٤١.

(٧) الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق أحمد شاكر ومحمود شاكر ٢٦٤/٥، وابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٤٣٩/١.

(٨) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٤٢٢/٤.

(٩) سورة المعارج آية ٢٤-٢٥.

(١٠) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٧٦/٤.

(١١) سورة غافر آية ٢٠.

المسألة الثانية: تعريف الحق اصطلاحاً :

عرف صاحب كتاب "البحر الرائق" الحق فقال: "الحق ما يستحقه الرجل" (١)، ولكن هذا التعريف يشوبه الغموض؛ لأن (ما) لفظ عام، وكذلك فإن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق فيلزم منه الدور (٢). ولكن أغلب الفقهاء المتقدمين لم يضعوا تعريفاً كاملاً للحق بمعناه العام، وربما يعود ذلك إلى أن معنى الحق كان واضحاً لديهم فلا يحتاج لتعريف (٣).

وقد عرف بعض الفقهاء المعاصرين الحق تعريفاً اصطلاحياً، ومن أحسن هذه التعريفات تعريف الشيخ الزرقاء القائل بأن الحق هو: "اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً" (٤).

- شرح التعريف :

قوله "اختصاص" يخرج به مالا اختصاص فيه، وإنما هو من قبيل المباحات كالاصطيد ونحوه، واشتراط إقرار الشرع لهذا الاختصاص، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار (٥). وإنما قيل في التعريف "سلطة أو تكليف" لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة يتضمن تكليفاً، والسلطة إما أن تكون على شخص أو على شيء معين، فالسلطة على الشخص كحقوق الولاية على النفس.

والسلطة على شيء معين كحقوق الملكية وحقوق الارتفاق على العقار، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء، فالمالك يتصرف ويستعمل، والمرتفق ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق شرعاً. وأما التكليف فهو دائماً عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله وإما عهدة مالية كوفاء الدين (٦).

(١) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٣٦/٦.

(٢) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١٨٤. والدور : هو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، وهذا من عيوب التعريف. انظر "التعريفات" للجرجاني ص ١٤٠، مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ١٤/٣.

(٣) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١٨٤.

(٤) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ١٠/٣، مصطفى الزرقاء، نظرة عامة في فكر الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الإسلامي ص ١١.

(٥) مصطفى الزرقاء، نظرة عامة في فكر الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص ١١/٣.

(٦) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ١١/٣، ونظرة عامة في فكر الحق والالتزام ص ١٤-١٥.

ومن هنا نرى أن الحق لا يعدو أن يكون تكليفاً أو منفعة أو مصلحة لشخص، وأنها قد تتعلق بالأموال كحق الانتفاع وحق الشفعة وحق المرور في الطريق وحق الشرب وحق المسيل، وقد تتعلق بما ليس بمال كحق العلو لتعلقه بالهواء أو بالفراغ، وحق الحضانة لتعلقه بالصغير، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق القصاص وهكذا .

وقد تكون هذه المصلحة أمراً اعتبارياً لا وجود له إلا بفرض الشارع كحق الشفعة وحق الحضانة، وقد تكون أمراً ذا وجود خارجي كحق السكنى وحق المرور وحق الشرب^(١).
ومن هنا تبينت علاقة تعريف الحق بالارتفاق.

ولذلك فيمكن اعتبار تعريف الشيخ مصطفى الزرقاء تعريفاً مناسباً وجامعاً لأنواع الحقوق الدينية مثل حق الله على عباده من صلاة وصيام، والحقوق الأدبية كحق الوالد على ولده في وجوب الطاعة له، والحقوق المالية كحق النفقة للزوجة وغيرها، والحقوق غير المالية كحق الولاية على النفس، والحقوق المدنية كحق الملكية وغيرها من الحقوق.

(١) علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٨.

الفرع الثاني: تعريف الارتفاق

مصدر ارتفق يرتفق ارتفاقاً، بمعنى انتفع به، ويقال ارتفق الرجل : إذا اتكأ على مرفقه.
ويقال أرفقه : إذا نفعه.
والمَرْفُوقُ بفتح الميم وكسر الفاء، وعكسه لغتان فيما يرتفق به. قال تعالى: {وَيَهَيِّئْ لَكُ مِمَّنْ أَمْرِكُمْ مَرْفُوقًا} (١). أي : شيئاً يرتفقون به (٢).
ويجمع على مرافق؛ ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها، واسم المكان من ارتفق : مرتفق، قال تعالى: {نِعْمَ الثَّوَابُ وَحَسُنَتْ مَرْتَفِقًا} (٣).
والرَّفِيقُ: الماء القصير الرشاء . والمرتع السهل المطلب، والرَّفِيقُ: ضد العنف قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : ((إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه)) (٤).
والرَّفِيقَةُ : بضم الراء وكسرها، الجماعة ترافقهم في سفرك والجمع رفاق؛ والرَّفِيقُ: المرافق والجمع الرفقاء؛ فإذا تفرقوا ذهب اسم الرفقة ولا يذهب اسم الرفيق؛ ومنه قوله تعالى: {وَحَسُنَ أُولَئِكَ رَفِيقًا} (٥)؛ والمرْتَفِقُ: الممتلئ الواقف الثابت الدائم (٦).
وعند التأمل في هذه الاطلاقات نجد أنها لا تخرج عن معنى الاتكاء والانتفاع.

(١) سورة الكهف آية رقم (١٦).

(٢) الطبري، جامع البيان ٢٠٩/١٥-٢١٠.

(٣) سورة الكهف آية رقم (٣١).

(٤) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٤٦/١٦، أبو داود، سنن ٦/٣.

(٥) سورة النساء آية رقم (٦٩).

(٦) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة (رفق)، ابن منظور، لسان العرب ١٠٠/٣، الرازي، مختار

الصحاح ص ٢٥١، والفيومي، المصباح المنير ١٤٥/١، الطبري، جامع البيان ١٦٣/٥، ٢٠٩/١٥،

المطلب الثاني

تعريف حقوق الارتفاق باعتبارها لقباً

لقد بحث الفقهاء -رحمهم الله تعالى- حقوق الارتفاق في مواضع متعددة من أبواب الفقه، فلم يفرده بباب مستقل يجمع المسائل، ويفصل الأحكام، لذا لم يصطلحوا على تعريف جامع مانع له، وإنما ورد في عبارات بعضهم ما يشير إلى معناه.

عقد الحنفية باباً باسم الحقوق وبينوا فيه ما يدخل من الحقوق في بيع الدار من غير نص عليه، وما لا يدخل إلا بنص كالشرب والطريق والعلو والسفل^(١)؛ وقال ابن نجيم: "المرافق عبارة عما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء"^(٢).

وعقد الإمام مالك باباً في الموطأ بعنوان (المرافق) ذكر فيه بعض الأحاديث والآثار الدالة على أحكام الارتفاق^(٣).

وقال خليل^(٤) في مختصره: "وندب ارفاق جار بماء وفتح باب"^(٥).

وقال التسولي^(٦) في البيهجة: "الارفاق: هو إعطاء منافع العقار"، ومثل لذلك بالسقي من ماء الجار وإحداث المجرى والطريق في أرضه وعرز الخشبة في جداره^(٧).

(١) المرغيناني، الهداية وابن الهمام، فتح القدير ٣٠١/٥، الزيلعي، تبين الحقائق ٩٧/٤، ابن عابدين، رد المحتار ١٨٨/٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ١٤٨/٦.

(٣) الباجي، المنتقى شرح الموطأ ٤٠/٦.

(٤) خليل: هو الإمام العلامة خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب، المعروف بالجندي المالكي، كان صدرأ في علماء القاهرة مجمعاً على فضله وديانته، له مختصر فقه المذهب المالكي بين فيه المشهور مع الإيجاز البليغ، توفي بمصر سنة ٧٤٩هـ. (ابن فرحون، النيباج المذهب ص ١١٥-١١٦).

(٥) خليل، مختصر خليل ص ٢٤٢، مواق، التاج والإكليل ١١٥/٥-١١٦.

(٦) التسولي: هو القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديش الفقيه حامل لواء المذهب المالكي المحقق المتقن الزاهد الورع، له عدة مؤلفات منها شرح التحفة، توفي سنة ١٢٥٨هـ. (مخسوف، شجرة النور الزكية ص ٣٩٧ تحت رقم ١٥٨٦).

(٧) التسولي، البيهجة في شرح التحفة ٢/٢٥١، وانظر ابن عاصم، حلى المعاصم بهامش نفس الصفحة.

أما الشافعية^(١) فالذي يستفاد مما أوردوه في صور الارتفاق أنهم يتفقون مع المالكية والحنابلة.

وقال البيهوتي^(٢): "وإن كان بجنبه مسناة^(٣) لغيره ارتفق بها"^(٤).

وعقد ابن حزم^(٥) بابا في المحلى بعنوان (المرفق) تحدث فيه عن بعض أحكام انتفاع عقار بعقار آخر وما يترتب على ذلك من مصالح وأضرار^(٦).

فكان تناول الفقهاء لحقوق الارتفاق في مواضع متعددة يبينون فيها كيفية الانتفاع بها باعتبارها مرافق ومنافع للعقارات، ولم يفردوا بابا مستقلا لدراستها مما يجعلهم لا يعرفونها تعريفا يجمعها ويمنع من دخول غيرها فيه، كما هو ظاهر من العبارات السابقة.

وأول من استعمل اصطلاح (حقوق الارتفاق) - فيما أعلم - هو محمد قنبري باشا^(٧) في كتابه مرشد الحيران، حيث عرف حق الارتفاق بأنه "حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر لشخص آخر"^(٨).

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٧.

(٢) البيهوتي : هو الشيخ الإمام منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بسن إدريس الشيبير بالبيهوتي ولد سنة ١٠٠٠هـ ، كان علامة في جميع العلوم فقيها أصوليا مفسرا. شيخ الحنابلة بصرى، كان عالما عاملا ورعا رحل إليه الناس لأخذ مذهب الإمام أحمد، له عدة شروح منها : شرح الإقناع وشرح المنتهى توفي سنة ١٠٥٠هـ بمصر . (مقدمة الروض المربع نقلا عن طبقات الحنابلة لكمال المغزي) .

(٣) المسناة : صغيرة تبنى للسيل لترد الماء سميت مسناة لأن فيها مفاتيح للماء بقدر ما يحتاج إليه (ابن منظور، لسان العرب مادة (سنا) ٤٠٦/١٤).

(٤) البيهوتي، كشاف القناع ١٩٢/٤.

(٥) ابن حزم : هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف ، أصله من فارس، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، نشأ شافعي المذهب ، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، كان متقنا في علوم جمة، فكان فقيها مفسرا محدثا أصوليا ، متكلما منطقيا، طبيا، أدبيا شاعرا، مؤرخا؛ كان بعض العلماء في عصره قد حقروا من شأنه، ونالوا منه، فحفزه ذلك إلى الانقطاع للعلم والتبحر فيه، ثم خرج من ذلك شديد النقد للعلماء والأئمة. له مؤلفات كثيرة من أشهرها: كتاب 'الإحكام في أصول الأحكام' و'المحلى'، توفي بقرطبة سنة ٤٥٦هـ. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ٤٢٨/١ ، ابن تغري، النجوم الزاهرة ٧٥/٥).

(٦) ابن حزم، المحلى ١٠٥/٩.

(٧) محمد قنبري باشا : هو محمد بن قدرى كوبر ولي عالم مشارك ولد في ملوى بصعيد مصر حوالي سنة ١٢٣٧هـ، تقلب في عدة مناصب في الدولة منها وزير المعارف وزير الحفانية، له مؤلفات عدة منها

وهذا التعريف يظن أنه مأخوذ من تعريف أهل القانون، ومن كتب في الفقه الإسلامي بعد قدري باشا تابعه في هذا التعريف^(١).

وإذا تأملنا هذا التعريف، وجدنا أنه غير جامع لأفراد المعرف، فهناك عدد من المسائل التي يسميها الفقهاء ارتفاقاً لا يشملها هذا التعريف. وذلك كحق الشفعة والارتفاق بمقاعد الأسواق ونحوها مما هو حق متقرر للأشخاص لا للعقار.

- تعريفي لحق الارتفاق :

ولما كان من شرط التعريف أن يكون جامعاً لكل أفراد المعرف، مانعاً من دخول غيرها فيه، فسأحاول تعريف حق الارتفاق تعريفاً جامعاً مانعاً، بحسب ما ظهر لي من معناه عند الفقهاء فأقول:

"حق الارتفاق هو: حق متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مالهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة، أو إعاره، أو وقف، أو وصية".

- شرح التعريف :

(حق) : أي معنى شيء ثابت وموجود.

(متقرر) : أي قائم بمحل يدركه الحس.

(على عقار) : أي المنتفع به (الخادم) عقار كنهر وطريق.

(لمنفعة عقار آخر) : أي المستفيد (المخدوم) هو العقار، كالأرض التي تنتفع بالشرب من النهر فتروى ويحيا ما فيها من أشجار، أو تنتفع بالتسييل في المسيل، فتتخلص من المياه الزائدة عن الحاجة، وتصرف الترسبات المالحة ونحو ذلك، فالمنتفع هو الأرض.

(مالهما مختلف) : أي انتفاع أحد العقار بالآخر لا يسمى ارتفاقاً إلا إذا كان المالك لهما مختلفاً. أما لو كان المالك واحداً، فإن هذا الانتفاع ثابت بسبب ملكه لهما لا بحق الارتفاق.

مرشد الحيران على مذهب أبي حنيفة النعمان، توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦هـ. (كحالة، معجم المؤلفين ١٤٩/١١).

(١) محمد قدري باشا، مرشد الحيران ص ١١ مادة (٣٧).

(٢) انظر التعريفات لحق الارتفاق في المراجع التالية: علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٦، أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص ٨٦، بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية ص ٣١٧، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٣٢.

(أو) : أو هنا للتويع فالارتفاق نوعان: أحدهما لمنفعة عقار وثانيهما لمنفعة شخص.
 (المنفعة شخص) : أي المنتفع مباشرة هو الشخص، والحق رتب له، وذلك كحق الشفة
 ونحو ذلك، مما يثبت الانتفاع به لذات الشخص.
 (بغير إجارة أو إعارة أو وقف أو وصية) احترز بهذه الأشياء عن المنفعة المتفررة
 لشخص بأحد هذه الأمور، فإنها منافع عقار متفررة للمستأجر، والمستعير والموقوف عليه
 والموصى له بالمنفعة، ولكنها ليست من حقوق الارتفاق، بل هي حقوق استحققت بمقتضى
 العقد.

وهكذا فلا بد في حقوق الارتفاق من وجود عناصر ثلاثة هي :

- ١- منتفع به : وهو عقار دائما كالنهر والطريق والمسيل والجدار ونحو ذلك.
- ٢- منتفع : وهو إما عقار وإما شخص، فالعقار كالأرض التي رتب لها شرب من
 النهر، وكالدار التي رتب لها طريق في أرض الغير، والشخص وهو ذات الشخص الذي رتب
 له حق الشفة من المياه.
- ٣- ثبوت حق الارتفاق لذات الشخص أو العقار، وهذا بأن يثبت الانتفاع به لذات
 المنتفع ولا يثبت الحق بمقتضى العقد.

المطلب الثالث

الألفاظ ذات الصلة بحقوق الارتفاق

من الألفاظ ذات الصلة بحق الارتفاق :

١- حق الانتفاع :

قبل أن ندخل في المقارنة بين حق الارتفاق وحق الانتفاع من حيث الاتفاق والاختلاف، لا بد من المقدمة الصغيرة التي تبين لنا مدى العلاقة بينهما.

يقسم الملك في الفقه الإسلامي إلى تام وناقص:

وقد أطلق الفقهاء القدامى الملك التام على الملك الذي يكون فيه لصاحبه كمال التصرف، وهذا التصرف لا يكون كاملاً إلا إذا ملك الرقبة والمنفعة.

وأطلقوا الملك الناقص على الملك الذي يكون التملك للعين والمنفعة معاً، ولكن منع مانع من التصرف الكامل فيهما، وكذلك إذا كان التملك للعين دون منفعتها، أو المنفعة دون رقبتهما، لأن التصرف فيهما لا يكون كما لو كانتا مملوكتين معاً^(١).

وهكذا يكون الملك التام إذا ملك الإنسان ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة.

ويكون الملك الناقص إذا ملك المالك العين وحدها أو المنفعة وحدها أو الإثنين معاً ولكن هناك مانع يمنع من التصرف الكامل فيهما.

ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع، ولم يفرق بينهما فقهاء الحنفية، بينما فرق بينهما الشافعية والمالكية والحنابلة، وبيّنوا أن من ملك المنفعة ملك الانتفاع والمعاوضة، ومن ملك الانتفاع فقط لم يملك المعاوضة^(٢).

وأهم الفروق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع هي :

(١) المرغيناني، الهداية ٤٨١/١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢٦٣/٢، الجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح المنهاج، حاشية الجمل ٢٨٨/٢، البهوتي، كشاف القناع ٤٢٦/١، ابن عرفة، حاشية الدسوقي ٤٣١/١ و ٤٥٦، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤٥٠/١.

(٢) القرافي، تهذيب الفروق ١٩٣/١-١٩٥، الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص ٤١٨، السيوطي، الأشباه والنظائر ص ٣٢٦، الجمل، فتوحات الوهاب، حاشية الجمل ٤٥٣/٣.

أ- إن العلاقة التي تقوم بين الإنسان والمنفعة في ملك المنفعة هي تلك العلاقة الاختصاصية التي تسوغ لصاحبها التصرف في محلها بحسب طبيعته، فهو ينتفع بالمنفعة ويتصرف فيها بكافة التصرفات الجائزة في المنفعة.

أما العلاقة التي تقوم بين الإنسان والمنفعة في ملك الانتفاع هي مجرد ثبوت الانتفاع الشخصي له بها، فهو ليس له أن يتصرف فيها ببيع أو إعارة أو غير ذلك.

ب- إن ملك المنفعة ينشأ عن عقد مملك، وذلك كما في الإجارة والوصية بالمنفعة والوقف والإعارة، بينما ملك الانتفاع يثبت بطريق الإباحة.

فقد أطلق جميع الفقهاء حق الانتفاع على ما سموه ملك الانتفاع، أما الحنفية فقد أطلقوا حق الانتفاع على حق المالك في الانتفاع بملكه، سواء أكان ملكه شاملاً للعين والمنفعة، أم للمنفعة فقط^(١).

ويقسم ملك المنفعة أو حق الانتفاع إلى قسمين: شخصي وعيني، أما الشخصي: فهو يتعلق بالشخص ويسمى حق انتفاع أو ملك منفعة، وأما العيني: فهو يتعلق بالعين العقارية ويسمى حق ارتفاق.

وسمي الأول بالشخصي، لأنه يستفيد الإنسان إما بشخصه، كما لو قال الواقف: وقفت على فلان بسكنى داري مدة حياته، وإما بوصفه، كأن يقول الواقف: وقفت على الفقراء أو طلبة العلم بالجامعة الأردنية.

وسمي الثاني بالعيني لأنه مقرر على العين، بغض النظر عن مالكيها، حتى إذا تغير المالك، فالحق باق على ما هو عليه وتابع للعين^(٢).

فبالتالي يتفق حق الانتفاع مع حق الارتفاق أن كلا منهما من أنواع الملك الناقص، لأنهما قاصران على ملك المنفعة وحدها، إلا أن ملك المنفعة قد يكون حقا شخصيا للمنتفع فينتفع الشخص ولا علاقة له بعين أخرى مملوكة لصاحبه، وقد يكون حقا عينيا للمنتفع، بمعنى أنه يتبع عينا مملوكة ليذا المنتفع، وينتقل بانتقالها من مالك إلى آخر.

(١) المراجع السابقة و ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ١٩١، علي الخفيف، الملكية ٢٥/١-٢٨.

(٢) محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي ص ٢٥٦-٢٥٨، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص ٥٢-٥٣، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٩٦، أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية ص ١٦، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٨/٤، ٦٣.

ويفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع الشخصي بالفروق الآتية :

أولاً : أن حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار، وأما حق الانتفاع الشخصي فقد يكون مقرراً على عقار كما في الإجارة والإعارة، إذا كان محلها عقاراً، وكما في الوصية بمنافع عقار معين، وقد يكون مقرراً على منقول، كما في إعارة الثياب والكتسب، وكما في إجارة السيارات.

ثانياً : أن حق الارتفاق العيني يتكرر ابتداءً للعقار، وثبوته للشخص تابع لثبوته للعقار، أما حق الانتفاع الشخصي فإنه مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

ثالثاً : أن حق الارتفاق يورث بلا خلاف بين الفقهاء، وقد علل فقهاء المذهب الحنفي جريان الإرث فيها وعدمه في غيرها بأنها حقوق مالية فيجري فيها الإرث كسائر الأموال^(١)؛ أما حق الانتفاع الشخصي ففي جريان الإرث فيه اختلاف بين الفقهاء^(٢).

رابعاً : حق الارتفاق حق لازم بالنسبة لمالك العقار المرتفق به، فلا يملك أن يبطله، بخلاف حق الانتفاع الشخصي، فإنه قد يكون غير لازم كما في حق المستعير فإن المعير يملك إبطاله^(٣).

(١) شبيخي زاده المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٧/٣، الكاساني، بدائع الضنائع ١٩٠/٦.

(٢) يقول الحنفية بعدم توارث ملكية المنفعة، أما الفقهاء الآخرون فإن المنافع تورث عندهم لأنهم يعتبرونها أموالاً. أنظر الكاساني، بدائع الضنائع ٣٣/٧، الرملي، نهاية المحتاج ٩٧/٤، الصاوي، بلغة السالك ٥١٢/٢، البيهوتي، كشف القناع ٥٠٣/٢.

(٣) أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية ص ١٦، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٩٦، محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٣٥٣، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٧/٤.

٢- الحقوق :

مما يفرق به بين الحقوق والمرافق فيما يتعلق بالعقار، ما نقله ابن نجيم عن جامع الفصولين، ومما يذكر في دعوى العقار من قوله بحقوقه ومرافقه: فحقوقه عبارة عن مسيل الماء وطريق غيره وفاقا ومرافقه عند أبي يوسف منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق: هي الحقوق^(١).

فعلى قول أبي حنيفة المرافق والحقوق سواء، وعلى قول أبي يوسف المرافق أعم، لأنها توابع الدار مما يرتفق به، كالمتموضأ، والمطبخ كما في القهستاني، وحق الشيء تابع لآبده منه، كالطريق والشرب فهو أخص^(٢).

(١) ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين ١/٦٥، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/١٤٨ ط. العلمية، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٧، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٠٨.
(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٢ ط. بولاق.

المطلب الرابع

التكييف الفقهي لحقوق الارتفاق

إن حقوق الارتفاق نوع من أنواع الملك الناقص، وهو حق الانتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر بقطع النظر عن شخص المالك، أو لمنفعة شخص. فإن سقي أرض من مجرى ماء معين أو صرف الماء الزائد عن حاجتها في مصرف معروف، أو المرور إليها من طريق - هو جزء من أرض أخرى - كل هذه الحقوق مرتبة لتلك الأرض على تلك المحال؛ سواء كانت مملوكة ملكا عاما أم خاصا، ومن أجل ذلك قلت بأن تلك الحقوق عينية، ما دامت تابعة للعين نفسها لا لشخص المالك فهي دائمة وليست مؤقتة بحياة مالك العقار. (١)

اتفق الفقهاء أن بعض الحقوق مثل حق المرور، والمجرى، والمسيل، والشرب، والجوار تعتبر مملوكة لأصحابها، وذلك لأنها حقوق أثبتت لأصحابها اختصاصا بمنافع معينة، بحيث ساغ لهم التصرف فيها بحدود معينة (٢).

وبعد أن اتفقوا على أن هذه الحقوق مملوكة لأصحابها، اختلفوا في ماليتها؛ نتيجة اختلافهم في تصوير حقيقة المال.

أ- فذهب الحنفية إلى أن هذه الحقوق ليست بمال، لأنها أمور لا يمكن حيازتها (٣). وبنوا على ذلك أن هذه الحقوق لا يجوز بيعها وهبتها والتصدق بها استقلالاً، لأن محل البيع والهبة والتصدق يجب أن يكون مالا (٤)، ولكن يجوز بيعها تبعاً للأموال التي تتعلق بها، كبيع الدار أو الأرض مع ما يتعلق بها من حقوق مثل حق المرور وحق المسيل وحق الشرب (٥).

(١) محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي - مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه ص ٢٦١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الرملي، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه ٣/٣٧٢ و ٣٩٨، الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٤٣-٤٤.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/٥٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/٢٠٤.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦-١٩٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦-١٩٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣.

وقد اعتبر الحنفية هذه الحقوق حقوقاً مالية وإن كانت ليست أموالاً في ذاتها. قال الكاساني: "الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي"^(١).

ويترتب على كونه حقاً مالياً: أنه يمكن أن يورث لأن الإرث عند الحنفية يجسري في الأموال، وفي بعض الحقوق كخيار العيب.

ويصح أن يوصى بالانتفاع به، كالإيصاء لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من حق الشرب لفلان، لكن إذا مات الموصى له تبطل الوصية.

ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق، ولا يدخل حق الارتفاق كحق الشرب مثلاً في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة، أو يذكر ما يدل عليه، كأن يقول البائع: بعنت الأرض بحقوقها أو بمرافقتها، أو كل قليل وكثير لها.

. فقهاء الحنفية يميزون بين نوعين من الحقوق: حقوق مالية وذلك إذا تعلق الحق بالمال (في اصطلاحهم)، بأن كان خادماً للمال أو قائماً به، مثل حق الشرب وحق المرور وحق المسيل وحق الجوار، أو كان موقفاً له كما في حق الارتفاق، وحقسوق شخصية، وذلك إذا تعلقت بمحض الإرادة والاختيار، ولم تتعلق بالمال كحق الشفعة وحق الولاية^(٢).

ب- وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه الحقوق تعتبر من قبيل الأموال، ولذلك جاز عندهم بيعها وهبتها والتصدق بها^(٣).

وهي أموال لأنه يمكن حيازتها بحيازة أصلها، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت، ولأن الطبع يميل إليها.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٠.

(٢) أبو زهرة، أحكام الموارث والتركات ص ٥١، ٤٨، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٩.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج وحاشية الشيراملسي عليه ٣/٢٧٢ و ٣٩٨.

المطلب الخامس

حكم حقوق الارتفاق

عندما أتكلّم عن حكم حقوق الارتفاق فإنما أقصد بالحكم هنا الوصف الشرعي الثابت لحقوق الارتفاق من وجوب، أو ندب، أو إباحة، أو خلاف ذلك؛ ولا أقصد الحكم بمعنى الأثر المترتب عليها فإن لذلك موضعاً آخر.

بذل حقوق الارتفاق مندوب إليه لأنه إحسان ومعروف إلى الجار الذي دعا الله سبحانه وتعالى في كتابه وعلى لسان رسوله بإكرامه، وعمل على ذلك سلف هذه الأمة وخلفها حتى صار خلقاً يحتذى به، ويعرف أهل الخير من أهل الردى.

قال الله تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب....﴾^(١).

وقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : ((ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه))^(٢).

وقال : ((خير الأصحاب عند الله خيرهم لصاحبه، وخير الجيران عند الله خيرهم لجاره))^(٣).

وقال : ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره))^(٤).

وقال -صلى الله عليه وسلم- : ((لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز^(٥) خشبة في جداره))^(٦).

(١) سورة النساء ، الآية ٣٦.

(٢) أخرجه البخاري ، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ٤٤١/١٠ - ط السلفية ومسلم في صحيحه ٢٠٢٥/٤ - ط الحلبي، من حديث عائشة.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ١٦٧/٢، ١٦٨. وأخرجه الترمذي في الجامع الصحيح، كتاب البر ، باب ما جاء في حق الجوار، حديث رقم (١٩٤٤) ٢١٤/٤ ، وقال عنه : حديث حسن غريب، وأورده الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، حديث رقم ١٠٣ ، ١٦٢/١ ، ١٦٣.

(٤) رواه البخاري، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ٤٤٥/١٠ من حديث أبي شريح.

(٥) يغرز: يضع ويركز ويسند، ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ١١٠/٥.

(٦) رواه البخاري، ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ١١٠/٥ والنقطة لمسلم، النووي - شرح مسلم ٤٧/١١ - الإمام مالك، الموطأ ٧٤٥/٢، البيهقي، السنن الكبرى ٦٨/٦، الساعاتي، ترتيب مسند أحمد ١٠٩/٥ أبو داود، سنن ٤٢٨/٣ رقم ٤٢٨.

فمن أحسن إلى جاره بتمكينه من سقي أرضه من نهره، أو بئره، أو أذن لجاره بإجراء مائه عبر أرضه، أو أذن له بغرز أخشابه على جداره، ونحو ذلك، اعتبر محسناً ومسدياً للمعروف. وهذا أمر مطلوب شرعاً ومندوب إليه.

فعلى هذا تكون حقوق الارتفاق من المندوبات، وهذا في غالب صورها، وقد تكون في بعض الحالات من الواجبات كما لو احتاج الجار إلى غرز خشبة في جداره، فإنه يجب على صاحب الجدار أن يمكن جاره من ذلك، ويشترط لذلك عدم الإضرار بالجدار^(١).

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣٥٨/٤، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٦/٦٤، حاشية قليوبي وعميره على شرح المحلى على المنهاج ٣١٤/٢، ابن قدامة، المغني ٣٦/٥.

المبحث الثاني

أنواع حقوق الارتفاق بشكل عام

تناول الفقهاء - رحمهم الله - في بحثهم لحقوق الارتفاق أنواعاً معينة كانت هي الموجودة في وقتهم وحاجة الناس إليها قائمة حينذاك، وهذه الأنواع هي :

١- حق الشرب والشفة وهو موضوع رسالتي .

٢- حق المجرى .

٣- حق المسيل .

٤- حق المرور .

٥- حق الجوار بنوعيه الرأسي والجانبى .

ونبين باختصار كل نوع من هذه الأنواع في أربعة مطاب، إلا حق الشرب والشفة

الذين أفردت لهما خمسة فصول .

وفي المطلب الخامس أتكلم عن إمكانية إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى .

المطلب الأول

حق المجرى

- تعريف المجرى لغة :

المجرى في اللغة : اسم مكان، صيغ من مصدره، وهو الجري، والجري: مصدر جوى يجري جرياً؛ ومن ذلك قوله تعالى: { بسم الله مجراها }^(١)، أي مسمين موضع جرياتها؛ يقال جرى الماء : إذا سال؛ والماء الجاري: هو المتدفق في انحدار، أو استواء؛ وجريت إلى كذا: قصدت وأسرعت^(٢).

- تعريف حق المجرى اصطلاحاً :

لم يعن الفقهاء المتقدمون^(٣) بتعريف حق المجرى، وإن كانوا قد فصلوا مسائله، وبينوا أحكامه، ولعل السبب في ذلك يعود إلى وضوح المعنى المراد عندهم. وقد حاول بعض العلماء المحدثين تعريفه، فعرفه بعضهم فقال: "معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقي الزرع، أو الشجر منه، إذا كان مالك الثاني غير مالك الأول"^(٤). وعرفه بعضهم بأنه: "حق إجراء الماء الصالح في أرض الغير، لإيصاله إلى الأرض المراد سقيها"^(٥). وعرفه بعضهم بأنه: "حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه في ملك جاره إلى أرضه لسقيها"^(٦).

(١) سورة هود ، الآية ٤١ .

(٢) الفيروزآبادي، القاموس المحيط ٣١٢/٤، مادة (جرى) ، الرازي، مختار الصحاح ص٥٤٢، ابن منظور، لسان العرب ١٢/١٤٥ .

(٣) انظر المراجع التالية : الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦، الخرشي، شرح الخرشي ، ٧٦/٦، الصاوي، بلغة السالك ١٨٨/٣ ، النووي ، روضة الطالبين ٣٠٤/٥، ابن قدامة، المغني ٥٨٣/٥ .

(٤) الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص٩٥ .

(٥) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص٢٣٥ .

(٦) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد ص١٧٦، فوزي فيض الله، الفقه الإسلامي ص٢٧٣ .

وهذه التعريفات لا تكاد تجد بينها فرقا في المعنى، ويمكنني أن أعرف حق المجرى بما أراه أوضح من تلك التعريفات فأقول : "حق المجرى: هو حق ثابت لإجراء الماء الصالح في أرض الغير إلى الأرض المحتاجة إليه".

- شرح التعريف :

(حق) خرج بذلك ما ليس بحق كالإجراء بغير وجه مشروع.

(ثابت) يخرج ما كان غير ثابت.

(إجراء الماء الصالح) تحديد لنوع الحق الثابت، وهو إجراء ماء صالح للسقي، وبهذا

يخرج المسيل فإنه إجراء الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة.

(في أرض الغير) وهذا تحديد لمفهوم المجرى الذي انبثقت به الأحكام، وبهذا يخرج

المجرى في ملك نفسه فإنه غير مقصود هنا .

(المحتاجة إليه) يخرج بهذا المسيل أيضا، فإنه إجراء لما يقصد التخلص منه كالماء

الزائد عن الحاجة.

فهذا القيد الأخير هو موضع التفرقة بين تعريفات المحدثين والتعريف الذي أتيت به،

والله تعالى أعلم .

المطلب الثاني

حق المسيل

- تعريف المسيل في اللغة :

المسيل : مجرى السيل، مفعول من سال يسيل مسيلا، ومسالا وسيلا وسيلانا، والسيل: مياه الأمطار إذا سالت، ويسال الشيء خلاف جمد، ويجمع مسيل على مسائل قياسا؛ ويجمع أيضا على مسل وأمسلة ومسلان على غير قياس، لأن مسيلا هو مفعول، ومفعول لا يجمع على ذلك؛ ولكنهم شبهوه بفعيل توهمًا منهم أن الميم أصلية، كما قالوا رغيّف وأرغف وأرغفة ورغفان؛ ويقال للمسيل أيضا مسل^(١).

- تعريف حق المسيل اصطلاحا :

لم يعن الفقهاء المتقدمون بتعريف حق المسيل وإن كانوا قد بينوا أحكامه؛ ولعل ذلك يعود إلى وضوح المعنى عندهم وتشتت مسائله في عدد من أئراب الفقه.

وقد حاول بعض العلماء المعاصرين تعريفه فقال بعضهم : "حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي، أو في أنابيب أعدت لذلك حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع"^(٢).

وعرف بعضهم فقال : "حق المسيل : هو أن يكون لشخص حق إسالة المياه -أي تصريفها- في ملك غيره لتصل إلى المصارف العامة"^(٣).

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة (سيل) ٣٥١/١١، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ٣/٣٩٩، الفيومي، المصباح المنير ١/٣٢١.

(٢) بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية ص ٣٤١، أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية ص ٢٤.

(٣) الفتاوى الهندية ٥/٣٩٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/١١٨، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩٢، ابن عرفة، حاشية الدسوقي ٤/٤٥٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/١٩١، الرملي، نهاية المحتاج ٤/٤٠٢، البهوتي، كشف القناع ٣/٤٠٢، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٤٤.

وعرفه بعضهم فقال: "حق المسيل: هو حق مرور المياه غير الصالحة، أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير، سواء أكان ذلك الماء مسيلاً من البيوت أم ماء أمطار أم ماء غير صالح لدى الأراضي الزراعية ومن المصلحة تسييله"^(١).

وهذه التعريفات لا تكاد نجد بينها فرقا في المعنى وإن اختلفت الألفاظ. ويمكنني أن أعرف حق المسيل بما أراه أوضح وأجز من تلك التعاريف فأقول: حق المسيل: "هو حق يثبت لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو الفاسد بتسييله في أرض الغير إلى المصرف المعد لذلك".

- شرح التعريف :

(حق) - يخرج ما ليس بحق كالتسييل بغير وجه مشروع (لصرف الماء) - يخرج المجرى فإنه يكون لجلب الماء. (الزائد عن الحاجة) يراد به ماء المطر مثلا إذا فاض عن حاجة الأرض فسي الشرب منه فإنه يرسل.

(أو الفاسد) ويراد به المياه المستعملة ، والمراد بـ (أو) التنويع. (في أرض الغير) وهذا تحديد لمفهوم المسيل الذي أنيطت به الأحكام، وبهذا يخرج المسيل من ملك الإنسان نفسه فإنه لا ارتفاق فيه حينئذ. (إلى المصرف المعد لذلك) من بحر أو واد أو بحيرة ونحو ذلك.

- الفرق بين المجرى والمسيل :

يتبين من تعريف حق المجرى وحق المسيل الفرق بينهما، فالمجرى يكون لجلب المياه الصالحة للاستعمال والمسيل يكون لتصريف وإخراج المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة والتخلص منها.

فحق المسيل شرع كي تتخلص الأرض مما يعلق بها من أدران، وما تخرجه من فضلات بقاؤها يحول دون الاستفادة من الأرض على الوجه الأكمل، وللتخلص من المياه غير المرغوب فيها كالمياه المستعملة، ومياه الأمطار إذا زادت عن الحاجة.

(١) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١٠٠ ، سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية ص ٧٧٧.

- أنواع المسيل : المسيل أنواع أربعة :

النوع الأول : عام وهذا النوع لكل أحد الحق في تصريف مياهه فيه وذلك كالبحار والأنهار والأودية والقنوات التي يضعها الحاكم لتصريف مياه المنازل، فلكل الحق في استعمالها فيما خصصت له على أن لا يضر بالعام. ويسمى هذا النوع اليوم بالمجاري.

والنوع الثاني : خاص بفرد وليس له إلا حق التسييل، ورقبة المسيل ملك لصاحب الأرض، كأن يتخذ شخص قناة في أرض غيره يسيل منها ماءه أو ميزاباً^(١) في دار جنازه أو فوق سطحه أو يجري مسيلاً في بستان جاره ليصرف فيه مياه أرضه ونحو ذلك.

والنوع الثالث : خاص بفرد ورقبة المسيل له كأن يكون لشخص مسيل ما يحاط بأرض الغير من جانبيه.

والنوع الرابع : خاص بجماعة، كما لو اشترك جماعة في حفر مسيل لأراضيهم أو وضع قناة لتصريف مياه منازلهم ونحو ذلك^(٢) مثل مسيل آبار المياه الصناعية اليوم.

(١) الميزاب: هو أنبوبة من الحديد ونحوه تتركب في جانب البيت من أعلاه لينصرف منها ماء المطر المتجمع. (أنيس، المعجم الوسيط ص ٣٩١)

(٢) الفتاوى الهندية ٣٩٤/٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ١١٨/٤، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٤٤، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٦، ابن عرفة، حاشية الدسوقي ٤٥٧/٤، القليوبي، حاشية على شروح المحلى على المنهاج ٣١٧/٢، حاشية الشبرمالسي على نهاية المحتاج ٤٠٢/٤، الشربيني، مغني المحتاج ١٩١/٢، حاشية عميرة على شرح المحلى ٣١٧/٢، البهوتي، كشف القناع ٤٠٢/٣.

المطلب الثالث

حق المرور

- تعريف المرور لغة :

المرور مصدر مر يمر مرا ومرورا بمعنى ذهب، يقال: مر عليه وبه يمر مرا : أي اجتاز؛ وقال ابن سيده : مر يمر مرا ومرورا: جاء وذهب، ومر به مره: جاز عليه؛ وهذا قد يجوز أن يكون مما يتعدى بحرف وغير حرف، ويجوز أن يكون مما حذف فيه الحرف فأوصل الفعل^(١).

وأمره على الجسر: سلكه فيه، وأمره به: جعله يمر به^(٢)؛ والممر: موضع المرور^(٣).

- تعريف حق المرور اصطلاحاً :

لم يعرف الفقهاء المتقدمون حق المرور، وإنما عرفه بعض المحدثين فقال: "هو أن يكون لشخص الحق في أن يمر من ملك جاره إلى ملكه وحده أو بدوابه ونحوها"^(٤). وعرفه بعضهم فقال: هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام أو من طريق خاص في ملك غيره^(٥).

وعرفه بعضهم فقال: "هو أن يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ليصل إلى ملكه سواء كان ملك هذا الغير داراً أو أرضاً زراعية"^(٦).

وهذه التعريفات لا فرق بينها في المعنى في الجملة، وإن اختلفت عباراتها.

وبالنظر إلى كل من هذه التعريفات يمكنني أن أضع تعريفاً ويكون هو جامعاً للتعريفات المذكورة وهو "حق المرور هو حق يثبت للمرور في أرض الغير إلى أرض أخرى مملوكة لآخر".

(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (مرر) ١٦٥/٥.

(٢) الفيروز أبادي، القاموس المحيط مادة (مر) ١٣٢/٢.

(٣) الرازي، مختار الصحاح مادة (مرر) ص ١٩٥.

(٤) أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية ص ٢٤، محمد فوزي فيض الله، الفقه الإسلامي ص ٢٨٠.

(٥) علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٣، الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية ص ٧٧٩، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٣٦.

(٦) بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية ص ٣٤٢.

- شرح التعريف :

(حق) إشارة إلى أن المرور لا بد أن يكون ثابتاً بسبب ما، فمن لا حق له لا مرور له، ومقدار هذا الحق يكون بحسب ما تقرر له فمن ثبت له حق المرور بنفسه ليس له أن يمرر بدوابه وآلياته ومن ثبت له حق المرور بها فليس لصاحب الملك منعه من استيقائه.

(للمرور) بيان نوع الارتفاق وهو مجرد المرور.

(في أرض) شامل للدار والأرض الزراعية الخاصة والعامه.

(الغير) لإخراج مرور الإنسان في أرضه فإنه ملكه، وله أن يتصرف فيه بما يشاء. والمراد بالغير ما يعم الملك الخاص بفرد أو جماعة، والأماكن العامة كالشوارع والساحات ونحوها.

(إلى أرض أخرى) يخرج ما إذا لم يتعد المرور الأرض إلى غيرها، فاقترصر على السير داخل الأرض.

(مملوكة لآخر) يخرج ما إذا كانت الأرضان مملوكتين لشخص واحد، فالمرور بينهما حينئذ بمقتضى الملك لا حق ارتفاق.

هذا وحق المرور إنما يكون في الممر، والممر إما أن يكون في ملك خاص كجار أو في طريق خاص أو في طريق عام، وكل نوع من هذه الأنواع تختلف طبيعة الارتفاق به عن الآخر، كما أنه يتعلق بها أنواع ارتفاق أخرى كإشراع الأجنحة والميازيب عليها وفتح الأبواب والنوافذ.

المطلب الرابع

حق الجوار

- تعريف الجوار لغة :

مصدر جاور مجاورة وجوارا من باب قاتل، والاسم الجوار بالضم؛ والجار: المجاور في السكن والجمع جيران؛ ويطلق لفظ الجار أيضا على معان كثيرة منها : الشريك في العقار مقاسما كان أو غير مقاسم، والخفير^(١)، والذي يجير غيره -أي يؤمنه مما يخاف-، والمستجير أيضا - وهو الذي يطلب الأمان -، والحليف، والناصر، والزوج، والزوجة^(٢) .
وعند التأمل في هذه الاطلاقات نجد أنها لا تخرج عن معنى القرب والالتصاق .

- تعريف حق الجوار اصطلاحا :

لم يعرف الفقهاء حق الجوار أيضا، وقد حاولت أن أعرفه فأقول : "هو حق يثبت للجوار على جاره يتمكن به من تمام الانتفاع بملكه"، وهذا التعريف ظاهر المعنى.
فالارتفاق بالجوار إنما يكون بتمكين الجار من الانتفاع بملك الانتفاع التام، وهذا له حالتان: إحداهما إيجابية وهي أن يمكن الجار جاره من استخدام جدرانه بغرز خشبة فيه أو البناء عليه أو ترك فضاء بين الجدران للتهوية والإضاءة ونحو ذلك.
والحالة الثانية: سلبية وهي منع الضرر عن الجار فلا يفتح عليه نوافذ وأبوابا ولا يستعمل ملكه في أغراض تؤذي الجيران بأصواتها أو روائحها أو منظرها ونحو ذلك.
والجوار نوعان:

النوع الأول: جوار رأسي ويكون بين العلو والسفل، والحقوق بينهما تسمى حق

التعلي^(٣).

(١) الخفير: المجير، وكل واحد منهم خفير لصاحبه؛ خفير القوم: مجيرهم الذي يكونون في ضمانه ما داموا في بلاده، ابن منظور ، لسان العرب، مادة (جور) ٢/٢٨٤.

(٢) ابن منظور ، لسان العرب، مادة (جور) ٤/١٥٣، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ١/٣٩٤، الرازي ، مختار الصحاح ص١٤٤، الفيومي، المصباح المنير ص١٢٤-١٢٥.

(٣) نصت المادة (١١٩٨) من المجلة على أن: "كل أحد له التعلي على حائطه الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضررا فاحشا".

النوع الثاني : جوار جانبي ويكون بين المتلاصقين بالجدار بالجانب، والحقوق بين العلو والسفل أكثر منها بين المتلاصقين بالجانب نظرا لطبيعة نوع الجوار، فالحاجة بين العلو والسفل قائمة في كثير من المسائل التي لا يوجد لها ما يماثلها في الجوار الجانبي، فالقرار للعلو والسقف للسفل ونحو ذلك غير موجود في الجوار الجانبي^(١).

وقد اعترض الإمام أبو زهرة على دخول حق الجوار ضمن حقوق الارتفاق معللا لذلك بالفرق بين حقوق الارتفاق وحقوق الجوار، فحقوق الارتفاق تكليف وعبء على عقار لمنفعة عقار آخر، وهو من نوع الشركة في العين التي تعلق بها الارتفاق فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب.

أما حقوق الجوار فتقوم على منع الضرر بالجار ضررا يينا فاحشا في سبيل انتفاع الشخص بملكه فهي تقييد لانتفاع الشخص بملكه بقيد أن لا يضر بجاره.

وبعبارة موجزة أن الفرق بينهما: إن حق الارتفاق حق إيجابي متعلق بالعقار، وأما حق الجوار فحق سلبي ليس إلا منعا للضرر^(٢).

ويجاب على اعتراض أبي زهرة بعدم التسليم بما ذكر، فإن حقوق الجوار ليست سلبية دائما، وإنما منها ما هو سلبي كما ذكر ومنها ما هو إيجابي، وخير شاهد لذلك ما نص عليه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عندما قال : ((لا يمنع جار جاره أن يغرر خشبة في جداره))^(٣). فتمكين الجار من الانتفاع بجدار جاره حق من حقوق الجوار، وأصل من أصول الارتفاق، بل إن الارتفاق إنما شرع لوجود العلاقات الجوارية بين العقارات فحق الشرب من شرب أرض مجاورة أو التسييل بأرض الجار أو المرور فيها أو إجراء الماء في أرض الجار، فكل ذلك من الحقوق التي شرعت بسبب علاقات الجوار، فالجوار إذا أصل من الأصول التي تبنى عليها حقوق الارتفاق وتعتبر أحدها.

(١) المرغيناني، الهداية ٢٢٢/٧، الكاساني، بدائع الصنائع ٢٦٥/٦، ابن الهمام، فتح القدير ٣٢١/٧ الدردير، الشرح الكبير ٣٦٦/٣، النووي، روضة الطالبين ٢١٩/٤، البهوتي، كشف القناع ٤٠٨/٣، ابن قدامة، المغني ٥٧٢/٤.

(٢) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١١١.

(٣) سبق تخريجه في ص ٢٣.

المطلب الخامس

إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى

سبق أن بينت أنواع حقوق ارتفاق معينة كانت موجودة في زمن الفقهاء، وحاجة الناس إليها قائمة حينذاك، وهذه الحقوق المتفق عليها بين الفقهاء، إلا أن هناك اختلافاً بينهم في مسألة إمكانية إحداث أنواع حقوق ارتفاق أخرى غير التي ذكرت:

فذهب الحنفية إلى عدم جواز إحداث أنواع حقوق ارتفاق أخرى، وقالوا أن في إنشائها تقييدا للملكية والأصل فيها ألا تقبل تقييدا، وما قيدت به هو استثناء لا يتوسع فيه. إنهم يطلقون الارتفاق على ما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع، كالشرب والمجرى ومسيل الماء والمرور والجوار، وخص أبو يوسف الارتفاق بمنافع الدار. فهذه الحقوق محصورة عندهم ولا يجوز إنشاء حق بالتعاقد لا على وجه التبرع ولا على وجه المعاوضة، وأن التبرع بها يعتبر إعارة يجوز الرجوع فيها والمعاوضة عليها غير جائزة عندهم لأنها ليست مما يجوز الاعتياض عنه بالمال استقلالا أو أنها لا يصح أن تكون محلا للبيع استقلالا^(١).

وذهب المالكية إلى جواز إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة والالتزام وقالوا بأن الأصل في العقود والشروط والتصرفات الإباحة. وظاهر عبارات المالكية في كتبهم أن حقوق الارتفاق ليست محصورة، وأن لمالك العقار أن ينشئ عليه لعقار آخر حق ارتفاق كما يشاء، كعدم البناء على قطعة أرض معينة وكعدم زيادة البناء المجاور على ارتفاع معين وغير ذلك^(٢).

والراجح في المسألة أنه لا مانع من إنشاء أنواع حقوق ارتفاق أخرى حسبما يجري العرف واستعمال الناس، فإن حدثت حقوق ارتفاق أخرى بالاستعمال تطبق عليها الأحكام المذكورة في حقوق الارتفاق الخمسة.

(١) المرغيناني، الهداية وابن الهمام، فتح القدير ٣٠١/٥، الزيلعي، تبيين الحقائق ٩٧/٤، ابن عابدين، رد المحتار ١٨٨/٤، ابن نجيم، البحر الرائق ١٤٨/٦.

(٢) التسولي، البيهجة في شرح التحفة ٢٥١/٢، وانظر ابن عاصم، حلى المعاصم بسهامش نفس الصفحة، مصطفى الزرقاء، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ص ٢٨، علي الخفيف، الحق والذمة ص ٦٤.

الفصل الأول

حق الشرب

أتكلم في هذا الفصل عن حق الشرب من حيث تعريفه ومشروعيته وأهم أسباب إنشائه، فقد قسّمته إلى مبحثين :

المبحث الأول: تعريف حق الشرب ومشروعيته، وهذا المبحث قسّمته إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الشرب لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالشرب.

المطلب الثالث : مشروعية حق الشرب.

المطلب الرابع: الحكمة من مشروعية حق الشرب

المبحث الثاني : أسباب إنشاء حق الشرب ، وهذا المبحث يتضمن سبعة مطالب :

المطلب الأول : الشركة العامة.

المطلب الثاني : المعاوضة.

المطلب الثالث : التبرع.

المطلب الرابع : الإرث .

المطلب الخامس : الوصية.

المطلب السادس : استعمال أرض موات في حق الشرب.

المطلب السابع : التقادم والحيازة .

المبحث الأول

تعريف حق الشرب ومشروعيته

المطلب الأول : تعريف الشرب لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالشرب.

المطلب الثالث : مشروعية حق الشرب.

المطلب الرابع: الحكمة من مشروعية حق الشرب

المطلب الأول

تعريف الشرب لغة واصطلاحاً

- تعريف الشرب لغة :

الشرب جاء بالكسر وبالضم وبالفتح، فالشرب بالكسر والشرب بالضم اسمان، والشرب بالفتح : مصدر شربت اشرب شرباً^(١).

فالشرب بالكسر: النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى: {قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ}^(٢)؛ قال ابن جرير الطبري: ويعني بالشرب الحظ والنصيب من الماء^(٣)؛ وقوله تعالى: {كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ}^(٤)، أي كل حظ منه لأحد الفريقين يحضره صاحبه ومستحقه^(٥).

ويطلق الشرب على معان منها: وقت الشرب، والماء الذي يشرب^(٦)، وما قيل: إنه لغة نصيب الماء أي الحظ المعين من الماء الجاري أو الراكد للحيوان أو الجماد فمشير إلى هذا. أما الشرب بالضم فقد تناول كل مائع ماءً كان أو غيره^(٧)، ومنه قوله تعالى في صفة أهل الجنة:

{وَسَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَابًا طَهُورًا}^(٨). وقال في صفة أهل النار: {لَهُمْ شَرَابٌ مِّنْ حَمِيمٍ}^(٩).

(١) ابن منظور ، لسان العرب، مادة (شرب) ٤٨٧/١ و ٤٨٨، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ٨٦/١، الرازي، مختار الصحاح ص٣١، الفيومي ، المصباح المنير ٣٢٩/١.

(٢) سورة الشعراء، الآية رقم (١٥٥) .

(٣) الطبري ، جامع البيان ١٠٤/١٩.

(٤) سورة القمر ، الآية رقم (٢٨).

(٥) ابن قتيبة، تفسير غريب القرآن ص٤٣٣.

(٦) ابن منظور، لسان العرب ٤٨٨/١.

(٧) الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن، ص٤٤٨، الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ٨٦/١، الفيومي، المصباح المنير ٣٢٩/١.

(٨) سورة الإنسان ، الآية رقم (٢١).

(٩) سورة يونس ، الآية رقم (٤).

وجمع الشراب أشربة يقال : شربته شربا وشربا . قال عز وجل: {فمن شرب منه فليس مني} إلى قوله : { فشربوا منه} ^(١)؛ وقال: {فشاربون شرب الهيم} ^(٢). قال ابن عباس - رضي الله عنه- أن "شرب الهيم" يعني: أي شاربون شرب الإبل العطاش ^(٣).

- تعريف الشرب اصطلاحاً :

لم أعتز لغير الحنفية على تعريف للشرب فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب. فقد عرف الحنفية الشرب بعدة تعريفات :

عرفه الكاساني ^(٤) فقال: "هو عبارة عن حق الشرب والسقي" ^(٥).

وعرفه السرخسي ^(٦) فقال: "هو النصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها" ^(٧).

وعرفه العلامة علاء الدين الحصكفي ^(٨) فقال: "هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للزراعة والدواب" ^(٩).

(١) سورة البقرة ، الآية (٢٤٩).

(٢) سورة الواقعة ، الآية رقم (٥٥).

(٣) ابن جرير الطبري ، جامع البيان ١٩٥/٢٧.

(٤) الكاساني : هو الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني الحنفي ملك العلماء، كان عالماً فقيهاً متقناً، ألف كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، والسلطان المبين في أصول الفقيدين وسماه المعتمد في المعتقد، توفي سنة ٥٨٧هـ، بحلب (ابن أبي الوفاء، الجواهر المضيئة ٢/٢٤٤-٢٤٥، اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٥٣).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٨/٦.

(٦) السرخسي : هو شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً، أملى كتابه المبسوط وهو في السجن بأوزجند حيث كان محبوساً بسبب كلمة نصح بها الخاقان، وله عدة مؤلفات غير المبسوط، توفي في حدود سنة ٤٩٠هـ وقيل ٥٠٠هـ (الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٥٨).

(٧) السرخسي، المبسوط ١٦١/٢٣.

(٨) علاء الدين الحصكفي : هو محمد بن علي بن محمد الحصني الحنفي المعروف بعلاء الدين الحصكفي. ولد بدمشق سنة ١٠٢٥هـ وكان فقيهاً محدثاً نحويًا أصولياً معترفاً له بغزارة العلم وكثرة الاطلاع ، وكان مفتياً في دمشق، له عدة مؤلفات منها في الفقه "الدر المختار شرح تنوير الأبصار"، توفي بدمشق سنة ١٠٨٨هـ. (المحبي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ٦٣/٤).

(٩) الحصكفي، الدر المختار وحاشيته رد المحتار ٢٨١/٥، علي حيدر، درر الحكام ٢٨٣/٣.

فكما نلاحظ إن هذه التعريفات غير مانعة لدخول غير المعرف في التعريف حيث شملت شرب بني آدم واندواب، وهذا ليس من حق الشرب بالكسر بل من حق الشرب بالضم الذي هو الشفة، كما أن التعريف الأول فيه نوع إيهام.

وعرّف في الفتاوى الهندية بأنه: "النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها" (١).
وعرفه قدري باشا فقال: "هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع" (٢).

وهذان التعريفان فيما يظهر لي جامعان لأفراد المعرف مانعان من دخول غيره في التعريف، وهما متفقان في المعنى المراد وإن اختلفت العبارة، فالأول عبر بالمقدار والنصيب من الماء، والثاني عبر بزمن الانتفاع به، وكلاهما يرجعان لمعنى واحد هو الجزء المعلوم من الماء. فالنصيب من الماء لا يكون معلوماً إلا إذا علم زمانه، فهما متلازمان، كما أنهما حصوا الشرب بسقي الأرض وما فيها من زرع وشجر، ولم يدخل فيه حق الشفة، فكانا مانعين من دخول غير المعرف.

- التعريف المختار :

فلهذه الأسباب المذكورة أنفاً اختار هذين التعريفين، فيكون حق الشرب "النوبة أو النصيب من الماء لسقي الأرض أو الشجر أو الزرع"، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) الفتاوى الهندية ٣٩٠/٥.

(٢) قدري باشا، مرشد الحيران ص ١١ مادة ٣٨.

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة بحق الشرب

- حق المجرى :

قد يتوهم البعض بأن حق الشرب والمجرى شيء واحد، فالشرب: هو التصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار ونحو ذلك.

أما المجرى: فهو الموضع الذي يجري فيه الماء .

فالعلاقة بين الشرب والمجرى علاقة الحال بالمحل، والمجرى قد يكون تابعاً لحق الشرب وقد يكون مستقلاً عنه، فيكون تابعاً له إذا كان مصدر الماء موجوداً في أرض مجاورة للأرض المراد سقيها، لأن الشرب يحتاج استيفاءه إلى مجرى يمر فيه إلى الأرض ذات الشرب وكذا الشرب من الأنهار والقنوات العامة، حتى ليظن أنهما شيء واحد؛ بينما هما شيان: الماء وموضعه.

ويكون المجرى مستقلاً عن الشرب إذا كان مصدر الماء الذي تقرر عليه حق الشرب لا يقع في أرض مجاورة لذات الشرب، بل يفصل بينهما أرض أخرى، فإذا تقرر على الأرض الفاصلة حق إجراء الماء عبرها كان المتقرر عليها هو حق المجرى فقط، وبهذا انفصل عن حق الشرب لأن كلا منهما متقرر على أرض دون أخرى^(١).

ونظراً لوجود الترابط بين حق الشرب وحق المجرى فإن أحكامهما متداخلة والفصل بينهما في بعض الصور غير وارد.

(١) الدكتور محمد الحسيني حنفي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٣٣٤.

المطلب الثالث

مشروعية حق الشرب

لما جاء الإسلام دعا إلى إكرام الجار، والمحافظة على حقوقه، وأعلى من شأنها في غير ما موضع من الكتاب والسنة. ولما كان حق الشرب في غالب صورته يعني تقديم منفعة للجار فإنه يعتبر من الحقوق المطلوب تداولها بين الجيران.

وبناء على هذا فإن حق الشرب ثبتت مشروعيته بالأدلة التي تدعو إلى مراعاة حق الجار كما ثبتت بأدلة خاصة به.

وأستطيع القول بأن حق الشرب ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة وعمل الصحابة، وبيانه

كما يلي:

أولاً: الكتاب :

قال الله تعالى: {وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدِينَ إِحْسَاناً وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالاً فَخُوراً} (١).

وجه الدلالة:

إن الله تعالى أمر في الآية بالإحسان إلى الجار، وجعل ذلك من أعلى الأمور في الإسلام، حيث قرنه بعبادته وحده لا شريك له، والبر بالوالدين، وصلة الأرحام، والإحسان إلى المحتاجين (٢).

وما ذلك إلا دليل على عظم حق الجار، ومن حق الجار على جاره، أن يحسن إليه بتمكينه من الشرب من مائه وإجراء ساقية في أرضه.

ثانياً: السنة :

فقد دلت السنة المطهرة على مشروعية حقوق الارتفاق بشكل عام، ومشروعية حق الشرب بشكل خاص.

(١) سورة النساء ، الآية (٣٦).

(٢) الطبري، تفسير الطبري ٥٠/٥-٥١، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ١٨٣/٥.

فقد ورد بذلك عدد من الأحاديث، نسوق منها :

١- عن عروة بن الزبير^(١) عن عبد الله بن الزبير -رضي الله عنهما- أنه حدثه أن رجلا من الأنصار^(٢) خاصم الزبير عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في شراج الحوة^(٣) التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاختمما عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- للزبير: اسق يا زبير، ثم أرسل إلى جارك، فغضب الأنصاري ثم قال: يا رسول الله أن كان ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ثم قال للزبير: اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر. فقال الزبير: والله إني لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا في ذلك {فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما}^(٤).

(١) عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، أبو عبد الله، كان تابعيا، ثقة، كثير الحديث، فقيها، عالما ثبتا مأمونا، وكان رجلا صالحا لم يدخل في شيء من الفتن، وكان من أفاضل أهل المدينة وعقلانهم. توفي - رحمه الله - سنة ٩١هـ، وقيل غير ذلك. (انظر الطبقات الكبرى ١٧٨/٥، وتسهيل التهذيب ١٨٠/٨).

(٢) ورد في رواية شعيب (أن قد شهد بدرا) واختلف في اسمه فقيل أن اسمه حميد. وليس في البدرين من الأنصار من اسمه حميد، وقيل أنه ثابت بن قيس بن شماس، وثابت ليس بدريا، وحكى الواحدي أنه ثعلبية بن حاطب الأنصاري وليس هذا بدريا، وحكى الثعلبي والمهدوي أنه حاطب بن أبي بلتعة، ولكن تعقب بأن حاطب هذا من المهاجرين، قال ابن حجر: ويترشح بأن حاطبا كان حليفا للزبير بن العوام من بني أسد وكأنه كان مجاورا للزبير.

وقال الداودي وأبو إسحاق الزجاج وغيرهما: أن خصم الزبير كان منافقا، ووجهه القرطبي بأن قول من قال أنه من الأنصار يعني نسبا لا دينيا، قال: وهذا هو الظاهر من حاله. وهي هذا القول التوريشتي شارح المصاييح فقال: لم تجر عادة السلف بوصف المنافقين بصفة النصره التي هي مدح ولو شاركهم في النسب، وإنما هي زلة من الشيطان تمكن به منها عند الغضب، وليس ذلك بمستكر من غير المعصوم في تلك الحالة. (ابن حجر، فتح الباري ٣٥/٥-٣٦).

(٣) شراج: بكسر الشين - جمع شرج والمراد موضع بالمدينة المنورة. (ياقوت الحموي، معجم البلدان ٢٢١/٣).

الحره: حجارة سود والمراد موضع معروف بالمدينة المنورة. (معجم البلدان: ٢٤٥/٢) فما بعد.

(٤) سورة النساء، آية رقم (٦٥).

رواه الجماعة^(١)، وللنسائي رواية أخرى: عن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه خاصم ... الحديث^(٢). وللبخاري في رواية قال: (خاصم الزبير رجلاً) وذكر نحوه^(٣)، وفي رواية له أيضاً زاد فيه: (فاستوعى)^(٤) رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حينئذ للزبير حقه، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي فيه سعة له وللأنصاري، فلما أحفظ الأنصاري رسول الله -صلى الله عليه وسلم- استوعى للزبير حقه في صريح الحكم.

قال عروة: قال الزبير: فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا في ذلك (فلا وربك لا يؤمنون....) الآية^(٥).

ورواه أحمد كذلك، لكن قال: عن عروة بن الزبير (أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلاً) وذكره جعله من مسند عروة^(٦).

وزاد البخاري^(٧) في رواية: (قال ابن شهاب: فقدت الأنصار والناس قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر) فكان ذلك إلى الكعبين.

وجه الدلالة :

قضاء الرسول -صلى الله عليه وسلم- للزبير بالشرب من السيل قبل الأنصاري لمروره بأرض الزبير أولاً، فدل ذلك على أن للزبير حق الشرب من هذا الوادي لا يملك أحد أن يحول دون استيفائه أو الإنقاص منه، فهذا الحديث يدل على شرعية حق الشرب^(٨).

(١) رواه البخاري، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٤/٥، النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٧/١٥-١٠٨، الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ١٣٤/١٥، ١١٤/١٨، المباركفوري، سنن الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذى ٢٨٩/٢، ابن ماجه، سنن ٨٢٩/٢، الحديث رقم (٢٤٨٠)، أبو داود، سنن ٤٢٩/٣، الحديث رقم (٣٦٣٧) النسائي، سنن ٢٠٩/٨، ٢١٥.

(٢) النسائي، سنن ٢٠٩/٨.

(٣) رواه البخاري، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٣٨/٥.

(٤) استوعى: أي استوفى، وهو من الوعى، كأنه جمع له في وعائه. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٣٨/٥، والشوكاني، نيل الأوطار ٢٠٨/١٠.

(٥) رواه البخاري، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٣٠٩/٥-٣١٠.

(٦) الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد (الفتح الرباني) ١١٤/١٨.

(٧) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٣٩/٥.

(٨) نفس المرجع السابق والصفحة نفسها بتصرف يسير.

٢- ما روي عن رجل من الصحابة قال غزوت مع النبي -صلى الله عليه وسلم- فسمعتَه يقول : ((المسلمون شركاء في ثلاث : الكلاً^(١) والماء والنار)) رواه أحمد وأبو داود^(٢).

وجه الدلالة :

أن النبي -صلى الله عليه وسلم- بين اشتراك المسلمين في الماء، وهذه شركة إباحة، فمن سبق إلى شيء منها واستولى عليه دخل في ملكه. ولهذا كان لكل إنسان فيه حق الشرب والشفة مطلقاً من غير قيد إلا قيماً واحداً وهو ألا يترتب على تصرف الإنسان ضرر بالعامّة، لأن الضرر يجب أن يزال^(٣).

٣- وقال -صلى الله عليه وسلم- من رواية أبي داود والبيهقي بسنديهما إلى أسمر بن مضر قال : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له))^(٤).

وجه الدلالة :

من سبق إلى حفر بئر في أرض الموات، فقد ثبت له حق الشرب والشفة، فيأخذ حاجته وحاجة ماشيته وزرعه، والفاضل يكون لمن احتاج إليه بشرطين : أن لا يكون بالقرب منه

(١) الكلاً : ما يرعاه الحيوان من رطب يابس.

(٢) الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ١٣٢/١٥، سنن أبي داود ٣٧٧/٣ رقم الحديث (٣٤٧٧). قال الحافظ بن حجر في فتح الباري ٣٢/٥: رجاله ثقات، وحسنه السيوطي، وجهالة الصحابي لا تضر، (بلوغ الأمان ١٣٢/١٥) وروى الحديث ابن ماجه بلفظ آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً : (ثلاثة لا يمنعن الكلاً والماء والنار) (سنن ابن ماجه ٨٢٦/٢)، والحديث من رواية محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان بن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة؛ قال الحافظ بن حجر إسناده صحيح : (فتح الباري ٣٢/٥). وقال البوصيري في الزوائد : هذا إسناده صحيح رجاله موثقون لأن محمد بن عبد الله بن يزيد أبا يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم وغيرهما، وبقي رجاله إسناده على شرط الشيخين. (الزوائد مع سنن ابن ماجه ٨٢٦/٢).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) قال أبو داود : حدثنا محمد بن بشار حدثني عبد الحميد بن عبد الواحد حدثني أم جنوب بنت نميلة عن أمها سويدة بنت جابر عن أمها عقيلة بنت أسمر بن مضر عن أبيها أسمر بن مضر قال : أتيت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال : الحديث . (سنن أبي داود ٢٣٩/٣) رقم (٣٠٧١)، وقال الألباني أنه ضعيف، (انظر إرواء الغليل ٩/٦).

ماء مباح، وألا يضر بصاحب الأرض^(١)؛ فالحديث يدل دلالة واضحة على ثبوت حق الشرب والشفة وإن كان عاماً - والله أعلم.

ثالثاً: عمل الصحابة:

فقد روي عنهم القضاء بحقوق الارتفاق جميعاً ومنها حق الشرب ومن ذلك: ما روي عن عبد الله بن عمرو (أن قَيْم^(٢) أرضه بالوهظ^(٣) كتب إليه يخبره أنه سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً. فكتب إليه عبد الله بن عمرو: "أن لا تبعه ولكن أقم قِلك^(٤)، ثم اسق الأذى فالأذى، فإني سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ينهى عن بيع فضل الماء^(٥)".

وجه الدلالة:

أن عامل عبد الله بن عمرو كان يسقي زرعه وإذا بقي له شيء من الماء أمر ببذله لمن يحتاجه، وسقى الزرع هو حق الشرب، فدل هذا الأثر دلالة واضحة على أن الصحابة - رضي الله عنهم - كانوا يفعلون ذلك، والناس تعاملوا السقي من لدن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير تكبير مُنكير^(٦).

(١) الباجي ، المنتقى ٣٦/٦ ، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب ٢/٢٥٦، البهوتي، كشاف القناع ٤/١٨٩.

(٢) قَيْم : هو العامل الذي يقوم بإصلاح الأرض والأشجار.

(٣) الوهظ - بفتح الواو وإسكان الهاء. وهي مزرعة عنب لعمر بن العاص بالطائف كانت على ألف خشبية. (هامش الخراج ليحيى بن آدم ص ١٠٥).

(٤) قِلك : بكسر القاف وسكون اللام وفي لسان العرب أراد بقلده يوم سقيه مسألة أي إذا سقيت أرضك فأعط من ينيك. وأصل القلد بفتح القاف : جمع الماء إلى الماء . ابن منظور، لسان العرب مادة (قلد) ٣/٣٠٩.

(٥) أبو عبيد، كتاب الأموال ص ٣٧٩-٣٨٠، يحيى بن آدم، الخراج ص ١٠٥. وروي الإمام أحمد في المسند ١٨٠/٢ عن أبي النضر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى الجزء الثاني من الحديث.

(٦) نفس المرجعين السابقين والسرخسي، الميسوط ٢٣/١٦١.

المطلب الرابع

الحكمة من مشروعية حق الشرب

لما كانت الشريعة الإسلامية غايتها مصالح العباد في الحاضر والآجل ورعاية حقوقهم، ونشر المحبة بينهم، كان مما جاءت به وبينته أحكام حق الشرب، فحق الشرب يحقق مصالح جمّة، مصالح دينية ومصالح دنيوية.

فالمصالح الدينية : هي ما ينتج عن الارتفاق بين الجيران من المسودة والرحمة والإحسان. فإن من رتب لجاره شرباً من بئر أو قناته يعتبر صاحب فضل وإحسان على جاره، وبالتالي فلا بد وأن يقابل الجار الممنوحة له هذه التسهيلات، بالامتثال والإكثار لمسديها، والشعور بالفضل من جاره، وبهذا يتم حسن الجوار، الذي أمر الله به في كتابه وأكد عليه رسوله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه عنه عائشة وابن عمر قال : ((ما زال جبريل يوصيني بالجار، حتى ظننت أنه سيورثه))^(١) متفق عليه. فينعم المجتمع بروح الإخاء وتسوده المودة والتراحم ويبعد عنه شبح الحقد والنزاع والشقاق، وهذا مطلب شرعي.

أما المصالح الدنيوية : فكثيرة، ومن ذلك: أن المرتفق يوفر على نفسه كثيراً من العناء والتعب والمال في سبيل الحصول على ما يحتاجه من شرب لأرضه ونحو ذلك، فإذا تم له الحصول على ذلك عن طريق الارتفاق بملك جاره، وفر على نفسه الجهد والوقت والمال. وإيضاح ذلك بالمثل التالي : فلو أن إنساناً تحتاج أرضه إلى شرب ولم يحصل له ارتفاق بشرب من الغير لاحتاج إلى أن يحفر بئراً، أو يسوق جدولاً من النهر إلى أرضه، وهذا سيكلفه مؤونة كثيرة ومشقة، بينما لو تيسر له ذلك بالارتفاق بملك جاره لكان سهلاً التناول قليل المؤونة. وكذا يقال في سائر أنواع الارتفاق التي شرعت لكي يسود الإخاء والتكافل الاجتماعي بين صفوف المسلمين.

فإن الإنسان عضو في المجتمع الإسلامي الذي وصف بالجسد الواحد إذا تألم أي جزء منه تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى. ومن ذلك إسداء المعروف والإحسان إلى الجيران بالتمكين من الارتفاق بعقاره، وهذا العقار وإن كان ملكاً خاصاً لصاحبه إلا أنه قد يتعلق به

(١) رواه البخاري، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ١/٤٤١، النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٧٦/١٦، ورواه أيضاً أبو داود، سنن ٤/٤٦٠ الحديث رقم (٥١٥١)، (٥١٥٢).

حق للغير. ومن ذلك حق الارتفاق بالشرب ما لم يترتب على الارتفاق إخلال بالملكية التامة للمالك الأصلي، كإلحاق الضرر بالملك، أو الحيلولة بين المالك والانتفاع بملكه على الوجه المطلوب، فإن هذا لا يعتبر من حقوق الارتفاق بل هو ضرر يجب إزالته.

فمشروعية حق الشرب تبدو حكمتها ظاهرة عند ازدياد حركة الزراعة واتساع رقعتها وتشابك المصالح، مما يصعب معه - لولا شرعية حق الشرب - الاستمرار في الإنتاج، والسير في رفع مستوى الحياة المعيشية على الطريق الأمثل.

فالشريعة الإسلامية شريعة من لدن حكيم خبير، حكيم في أحكامه، خبير بما يصلح أحوال عباده، فجاءت شريعة الله بالعلاج الشافي، والنظام الأمثل الصالح لكل زمان ومكان.

المبحث الثاني

أسباب إنشاء حق الشرب

هذا الحق كما يكون مقرراً على عقار مملوك لشخص أو أشخاص، يكون مقرراً على عقار جعل للمنفعة العامة، وكما يكون ثابتاً في وقت معين بسبب معلوم، كذلك يكون ثابتاً في وقت يجهله الناس وبسبب غير معلوم.

لذلك يثبت بأسباب كثيرة منها :

السبب الأول : الشركة العامة.

السبب الثاني : المعاوضة.

السبب الثالث : التبرع.

السبب الرابع : الإرث .

السبب الخامس : الوصية.

السبب السادس : استعمال أرض موات في حق الشرب.

السبب السابع : التقادم والحيازة .

المطلب الأول

الشركة العامة

المراد بذلك اشتراك عامة الناس في المرافق ذات النفع العام، كالبحار والأنهار العظيمة، والطرق والمجاري والمصارف العامة ونحو ذلك، فكل عقار متصل بمرافق من المرافق العامة له حق ارتفاع عليه بحسب طبيعة ما خصص له ذلك المرفق.

فلأرض الزراعية المتصلة بمرور عام أو القرية منه حق ارتفاع عليه بالشرب منسه، كما أن لكل أحد حق الشفة فيه، قال في الهداية: "ماء الأودية العظام كجیحون وسيحون^(١) ودجلة^(٢) والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأرض"^(٣).

وهذا الارتفاع مشروط بعدم إلحاق الضرر بالعامة، فإذا ترتب على أخذ شرب لأرض معينة من النهر العام ضرر بأهل النهر منع تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

قال قاضي خان: "وعن أبي يوسف أنه سئل عن نهر مرو، وهو نهر عظيم إذا دخل مرو أو كان ماؤه بين أهلها كوى بالحصص لكل قوم كوة معروفة فأحيا رجل أرضاً ميتة، لم يكن لها شرب من هذا النهر فكري لها نهراً من فوق مرو في موضع لا يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك النهر العظيم قال: إن كان هذا النهر الحادث يضر بأهل مرو ضرراً بيناً في مائهم ليس له ذلك ويمنعه السلطان عن ذلك.

وكذا لكل واحد أن يمنعه لأن ماء النهر العظيم حق العامة ولكل واحد من العامة دفع الضرر^(٤).

وكذا يقال في سائر أنواع الارتفاع، فكل ارتفاع خاص يلحق ضرراً بارتفاع العامة فإنه يزال ويمنع منه مراعاة لمصلحة العامة.

(١) جیحون وسيحون نهرا بالهند، انظر ابن منظور، لسان العرب ٤٩٤/١ و ٣٧٨/٣.

(٢) دجلة ودجلة: اسم نهر بغداد، ابن منظور، لسان العرب ٣٥٨/٢.

(٣) المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الفتاوى الخانية ٢٠٩/٣، ٢١٠ و ٢١١، الباجي، المنتقى ٣٣/٦، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٣/٢، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب ٢٥٥/١، البيهوتي، كشاف القناع ١٩٩/٤ ابن قدامة، المغني ٥٨٣/٥.

(٤) فتاوى قاضي خان ٢٠٩/٣، الفتاوى الهندية ٣٩٧/٥.

المطلب الثاني

المعاوضة

تثبت حقوق الارتفاق بعقود المعاوضة، وثبوتها بهذا السبب إما أن يكون باشتراطها ضمن العقد تبعاً لغيرها كبيع حق الشرب تبعاً للأرض التي تشرب منه، وإما أن يكون بالمعاوضة عنها منفردة وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً : ثبوت حق الشرب باشتراطه في العقد تبعاً لغيره:

ثبوت حق الشرب ضمن عقد البيع قد يكون من جانب المشتري، وقد يكون من جانب البائع. فإذا اشترى شخص أرضاً على أن يكون لها حق شرب من ماء أرض أخرى مملوكة للبائع كان يبيعاً لحق الشرب تبعاً لغيره التزم به البائع ورتبه على أرضه للأرض التي باعها. وإذا باع شخص أرضاً على أن يكون عليها حق الشرب لأرض أخرى كاشتراطه أن تشرب من ماء هذه الأرض المبيعة، فهل يجوز هذا؟ فقد نص العلماء أنه يجوز بيعه ضمن غيره، حتى عند القائلين^(١) بمنع بيع الشرب منفرداً. قال الكاساني: "ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعاً للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعاً لغيره، وإن كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كأطرف الحيوان"^(٢).

وقال في الفتاوى البزازية: "ولو باع أرضاً مع شرب أرض أخرى جاز"^(٣).

وقال المرادوي^(٤): "إذا صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع ونحوهما جاز وكان يبيعاً للقرار والماء تابع له"^(٥).

(١) وهم الحنفية.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الفتاوى الهندية ٣٩٤/٥، ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤ و ٢٨٧/٥، المرغيناني، الهداية ونتائج الأفكار ١٥٠/٨، ابن الهمام، فتح القدير ٢٠٤/٥.

(٣) الفتاوى البزازية ١٢١/٣، الزيلعي، تبیین الحقائق ٤٣/٦.

(٤) المرادوي: هو أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي السعدي ثم الصالحي الحنبلي، صنف كتباً كثيرة أعظمها الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. توفي بدمشق سنة ٨٨٥ هـ. سادس جمادى الأولى (ابن العماد، شذرات الذهب ٣٤٠/٧-٣٤١).

(٥) المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، ابن قدامة، المغني ٥٤٨/٤.

فأجاز هؤلاء بيع الشرب تبعاً للأرض أو البئر أو القرار^(١)، معللين لذلك بأن البيع في الأصل وقع على غير الشرب فليس الشرب مقصوداً في العقد، وإنما وقع تبعاً لغسيره، وهذا لأنهم كما سيأتي بيانه يمنعون من بيع الشرب منفرداً.

بل إن الحنفية أوجدوا مخرجاً لمن مات وعليه دين وله شرب بدون أرض، كي يوف عنه دينه بقيمة شربه. قال في الهداية: "الأصح أن يُضمينه الإمام إلى أرض لا شرب لها فيبيعهها بإذن صاحبها ويؤدي من الثمن ثمن الأرض المشتراه ويصرف الفائض إلى قضاء الدين"^(٢).

ثانياً: ثبوت حق الشرب بعقد معاوضة عنه منفرداً:

للعلماء في حكم ثبوت الارتفاق بالشرب بعقد معاوضة عنه مفرداً قولان:

القول الأول: الجواز - فلإنسان أن يبيع نصيبه من الشرب منفرداً إلى من يشاء، وبهذا قال المالكية^(٣)، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، وهو رواية عند الحنيفة قال بها مشايخ بلخ^(٦).

وعلوا ذلك بأن الشرب ملك كسائر الأملاك فلمن ملكه كامل حق التصرف فيه من بيع وغيره^(٧).

-
- (١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩٢، ابن الجزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧، التسولي، البيهجة على شرح التحفة ٢/٢٦٣، النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣٧٦.
- (٢) المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣، الفتاوى الهندية ٥/٤٠٥.
- (٣) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩٢، ابن الجزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧.
- (٤) الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣٧٥، النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤.
- (٥) ابن قدامة، المغني ٤/٩٠، ٢٩٨، ٥٤٩، المرادوي، الإنصاف ٥/٢٥٠، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٢.
- (٦) ابن الهمام، فتح القدير ٥/٤٠٨، المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، ابن عابدين، رد المحتار ٤/١١٨. مشايخ بلخ هم علماء الحنفية من بلخ وهي القرى في الخوراسان.
- (٧) مالك بن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩٢ و١٩٣، الرملي، نهاية المحتاج ٥/٣٣٠، ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥، البهوتي، الإقناع وكشاف القناع ٢/١٩٦-١٩٧، ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٠، ٢١٢.

القول الثاني : عدم الجواز - وبهذا قال جمهور الحنفية^(١)، وهو الوجه الآخر عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).
واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول.

أما السنة، فأحاديث وردت في هذا الشأن ، منها :

١- ما روي عن جابر - رضي الله عنه- قال : ((نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيع فضل الماء)) رواه مسلم وابن ماجه وأبو داود^(٤).

وجه الاستدلال :

أن النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع فضل الماء، وهذا النهي يشمل بيع حق الشرب لأن الشرب المبيع يعتبر ماء زائداً عن حاجة البائع فيشمله النهي، وقد قال الإمام أحمد -رحمه الله- : "لا يعجبني بيع الماء البتة". قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله - يعني الإمام أحمد - يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضهم، لهذا يوم ولهذا يومان، يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج إليه، اكرهه^(٥) بدراهم؟ قال: ما أدري، أما النبي -صلى الله عليه وسلم- فنهى عن بيع الماء، قيل: إنه ليس يبيعه إنما يكرهه، قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأبي شيء هذا إلا البيع^(٦).

فقد أجاب الإمام أحمد -رحمه الله- بالمنع من بيع حق الشرب مفرداً، تمسكاً بما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من النهي عن بيع فضل الماء وأن ما سميت به تلك المعاملة لا تختلف في حقيقتها عن البيع والقصد المعاوضة والعبرة بالحقائق والمعاني لا الألفاظ والمباني، فصاحب الشرب أحق به ما دام محتاجاً إليه، فإذا استغنى عنه لم يجز له الاعتياض عنه، وكان المحتاج إليه أولى به.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٨٩، المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، الحصكفي، الدر المختار وحاشيته رد المحتار ٥/٢٨٧، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣، الفتاوى الهندية ٣/٢٢٢، و٥/٣٩٤، ٣٩٥.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج ٢/٣٧٦، النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٢.

(٣) المرادوي، الإنصاف ٥/٢٥٠، ابن قدامة، المغني ٤/٩٠، ٥٤٩، ٢٩٨، البيهوتي، كشف القناع ٣/١٦٠.

(٤) النووي، شرح صحيح مسلم ١٠/٢٢٨، سنن ابن ماجه ٢/٨٢٨، سنن أبي داود ٣/٣٧٨ رقم ٣٤٧٨ - وانظر الصنعاني، سبل السلام ٣/١٣، ابن قدامة، المغني ٤/٩٠ والشرييني، مغني المحتاج ٢/٣٧٥.

(٥) أكرى-يكرى-إكراء - أجر؛ يقال: اكرت منه دابة واستكرتها فأكرانها إكراء- أي استأجرتها، ويقال للأجرة نفسها كراء أيضاً. (ابن منظور، لسان العرب ٥/٣٩٨).

(٦) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٤/٢٦٠، ابن قدامة، المغني ٤/٩٠.

(٢) ما روي عن رجل من الصحابة قال غزوت مع النبي -صلى الله عليه وسلم- فسمعتة يقول : ((المسلمون شركاء في ثلاث : الكلاً والماء والنار)) رواه أحمد وأبو داود^(١).

وجه الاستدلال :

أن النبي -صلى الله عليه وسلم- بين اشتراك المسلمين في الماء وهذه شركة إباحة، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يبيع على شريكه شيئاً مما أبيح لهما. قال الصنعاني : "فلو كان في أرضه أو داره عين تابعة، أو بئر احتقرها، فإنه لا يملك الماء بل حقه في تقديمه في الانتفاع به على غيره"^(٢).

(٣) ما روى عن عبد الله بن عمرو (أن قَيمَ أرضه بالوهظ كتب إليه يخبره أنه سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً. فكتب إليه عبد الله بن عمرو: "أن لا تبعه ولكن أقم قِلك، ثم اسق الأذنى فالأذنى، فإني سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ينهى عن بيع فضل الماء)^(٣).

وجه الاستدلال :

أن عبد الله بن عمرو فيهم من نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن بيع فضل الماء تحريم بيع الشرب، فمنع عامله من بيع الزائد عن حاجة أرضه بهذا الثمن الكثير ثلاثين ألفاً. وأمره ببذله لمن يحتاجه، فدل ذلك على عدم جواز بيع الماء الزائد عن الحاجة، وأنه يصرف لمن يحتاجه بدون مقابل^(٤).

وأما المعقول فقد استدل به الحنفية :

فقالوا : إنه لا يجوز بيع الشرب : إما للجباله أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم^(٥). وقال الكاساني : "وأما الشرب فإنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر، لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الأفراد بالبيع والشراء"^(٦).

(١) سبق تخريجه في ص ٤٥.

(٢) الصنعاني، سبل السلام ٨٥/٣.

(٣) سبق تخريجه في ص ٤٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرغيناني، الهداية والعناية ١٥٠/٨.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦.

ومنشأ الخلاف فيما يظهر أنه يرجع إلى الاختلاف في كون الماء يملك قبيل الإحراز أولاً، فمن قال أنه لا يدخل في الملك إلا بالإحراز قال بمنع بيع الشرب لعدم ملكه له. ومن قال أنه يدخل في الملكية بدون ذلك، كما لو كان البئر أو العين أو النهر خاصاً في ملك إنسان قال بجواز بيع الشرب لأنه حينئذ يبيع مال مملوك لصاحبه فله كامل حق التصرف فيه من بيع وغيره.

قال مجد الدين ابن تيمية^(١): "ومن أحياناً أرضاً فظهر بها معدن جامد فيؤ له، فأما ماؤها وكلؤها ومعدنها الجاري فلا يملكه، ولا يجوز بيع شيء منه قبل حيازته. وروي عنه أن له ذلك ويملكها"^(٢).

فرتب القولين بمنع البيع وجوازه على التملك؛ ففي رواية المنع من التملك لا يجوز البيع وفي رواية القول بجواز التملك يجوز البيع.

الرأي الرابع :

الذي يظهر لي إن الرابع هو: القول بمنع بيع الشرب منفرداً، لما ورد في ذلك من الأحاديث الصحيحة التي تنهى عن بيع الماء، وقد فهم من هذا النهي بعض كبار الصحابة والأئمة المنع من بيع الشرب، كما أسلفنا في بيان ما حصل بين عبد الله بن عمرو وقيم أرضه، وما أجاب به الإمام أحمد لمن سأله عن بيع الشرب.

ويجاب عن تعليل أصحاب القول الأول :

بأن التصرف فيما يملكه الإنسان من حقوق بالبيع وغيره جائز في غير ما ورد النص على منعه، فالأحاديث الواردة في منع بيع الشرب تخص عموم ما يدل على أن للإنسان كامل حق التصرف في ملكه، وعلى هذا فلا يثبت حق الشرب بالبيع منفرداً عن غيره، والله تعالى أعلم .

(١) مجد الدين ابن تيمية: هو أبو البركات شيخ الإسلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر بن محمد بن مجد بن علي بن تيمية الحراني الفقيه الحنبلي الإمام المقرئ المحدث المفسر الأصولي النحوي، ولد بحران سنة ٥٩٠ هـ. صنف كتابه جنة الناظر وهو ابن ستة عشر عاماً، اشتهر بالذكاء والحفظ وكان بارعاً في كثير من العلوم، من مصنفاته المنتقى في الحديث والمسودة في أصول الفقه زاد فيها ولده عبد الحلیم ثم حفيده أبو العباس. توفي سنة ٦٥٢، بحران. (ابن العماد، شذرات الذهب ٥/٢٥٧)

(٢) مجد الدين ابن تيمية، المحرر ١/٣٦٨، ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٢، المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٤.

المطلب الثالث

التبرع

لا خلاف بين الفقهاء في جواز ثبوت حقوق الارتفاق بطريق التبرع. فإذا أذن شخص لآخر بحق الشرب، أو أعاره إياه جاز ما دام كامل الأهلية. قال المرغيناني: "وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبتره وقناته إلا بإذنه نصاً... فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره إياه فلا بأس به لأنه حقه" (١).

ولكنهم اختلفوا في لزوم هذا التبرع:

(١) فيرى جمهور العلماء عدم لزوم العارية وأن للمعير الرجوع فيها متى شاء (٢)، مطلقاً كانت أو مقيدة.

وعللوا لجواز الرجوع في العارية: بأنها تبرع بمنافع والمنافع تستوفي شيئاً فشيئاً، فما حصل في يد المستعير يملكه بالإعارة، والمنافع المستقبلية لم تحصل بعد، فلم يملكها كالعين الموهوبة لا يملكها إلا بالقبض، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض (٣).

(٢) ويرى المالكية في الراجح من المذهب: أنه تبرع لازم لا يملك الرجوع فيه سواء أكان محدداً بمدة كسنة أو شهر أم مطلقاً عن التحديد، فإذا كان محدداً لم يملك المتبرع الرجوع قبل انتهاء المدة المحددة، وإذا كان مطلقاً فلا بد أن يتركه يرتفق به المدة المعتادة (٤).

(١) المرغيناني، الهداية ١٤٥/٨.

(٢) الفتاوى البزازية ٢/٢١٤، المرغيناني، الهداية ١٠٣/٧، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/٢١٦، الزيلعي، تبيين الحقائق ٥/٨٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/١٨٧، ٢٧٠، النووي، روضة الطالبين ٤/٤٣٦-٤٣٧، المرادوي، الإنصاف ٦/١٠٤، ١٠٦، البيهوتي، كشف القناع ٤/٦٥.

(٣) البيهوتي، كشف القناع ٤/٦٥.

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٦٥، المواق، التاج والإكليل ٥/١٧٤-١٧٥، الدردير، الشرح الكبير وابن عرفة، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤، ٣٩٤، ابن عاصم، حلى المعاصم ٢/٢٥١-٢٥٢.

قال ابن عاصم: (١)

إرفاق جار حسن للجار
والمخد في ذلك إن خدأ اقتني
بمسقى أو طريق أو جدار
وخذ في إرفاقه كالسلف (٢)

قال التسولي شارحاً لذلك : (والحد في ذلك) الإرفاق (إن حد) - بزمن كسنة أو عشر سنين، أو إلى الأمد مثله (اقتني) واتبع وكان لازماً للمرفق ليس له الرجوع قبله.

(و) إن أطلق ولم يقيد بأجل (عد) المرفق بالكسر (في إرفاقه كالسلف) يتسلف الإنسان ولا يتعرضان لأجله، فإنه لا بد أن يتركه مدة ينتفع به فيها عادة أمثاله: فذلك هذا لا بد أن يترك للمرفق بالفتح ينتفع به المدة الجارية بين الجيران عادة " (٣).

وقال المواق (٤): "إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزممت إليه وإلا فالمعتاد. هذه عبارة ابن الحاجب (٥)؛ وعن ابن القاسم (٦): "إن كانت العارية ليبنى ويسكن ولم يضرب أجلاً فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار لمثله من الأمد" (٧).

(١) ابن عاصم : هو أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي الفقيه الأصولي المحدث المحقق المالكي، ولد سنة ٧٦٠هـ له عدة مؤلفات منها التحفة، توفي سنة ٨٢٩هـ. (مخلاف، شجرة النور الزكية ص ٢٤٧).

(٢) ابن عاصم: تحفة الحكام ٢٥١/٢.

(٣) التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢٥١/٢-٢٥٢، وانظر ابن عاصم، حلى المعاصم على نفوس الجزء والصفحة بالهامش.

(٤) المواق : هو أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدلي الغرناطي الشيبير بالمواق الإمام المفتي . له عدة مؤلفات منها شرحه على متن خليل سماه التاج والإكليل. توفي سنة ٨٩٧ هـ . (مخلاف، شجرة النور الزكية ص ٢٦٢).

(٥) ابن الحاجب : هو أبو عمرو جمال الدين عثمان بن صمر بن أبي بكر بن يونس وشهرته : ابن الحاجب المالكي كان أبوه حاجباً للأمير عز الدين يوسك الصلاحي. ولد باسناً كان إماماً فاضلاً فقيهاً أصولياً متكلماً نظاراً مبرزاً محققاً علامة زمانه له عدة مؤلفات منها 'مختصر منتهى السؤل'. توفي سنة ٦٤٦هـ بالأسكندرية. (مخلاف، شجرة النور الزكية ص ١٦٧-١٦٨ - ابن فرحون، الديباج المذهب ص ١٨٩).

(٦) ابن القاسم : هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العنقي المصري المالكي. ولد بمصر سنة ١٣٢هـ، لازم مالكا ولم يعرف عن تلاميذ مالك من أحاط بعلم مالك غير ابن القاسم. وهو من الفقهاء المجتهدين فلم يأخذ العلم عن مالك تقليداً، وإنما أخذه فيما ودرساً، ولذا خالف مالكا في بعض المسائل. وهو يجمع بين العلم والورع. توفي بمصر في سنة ١٩١هـ . (ابن فرحون، الديباج المذهب ص ١٤٦، ابن الخلكان، وفيات الأعيان ٣٤٦/١، المراغي، الفتح المبين ١٢١/١-١٢٢).

(٧) المواق، التاج والإكليل ٥/٢٧٠، الخطاب، مواهب الجليل ٥/٢٧٠-٢٧١ وانظر ص ١٧٥.

إلا أن بين الجمهور بعض الاختلاف في حال ما إذا كان المستعير يتضرر من الرجوع في العارية .

فالمذهب عند الحنابلة^(١)، ووجهه عند الشافعية^(٢): أن المعير لا يملك الرجوع، وأن العارية لازمة. والأصح عند الشافعية^(٣)، واحتمال عند الحنابلة^(٤): أن المعير يملك الرجوع فسي تلك الحالة.

الراجع :

الذي يترجح لدي هو ما ذهب إليه الجمهور من أن العارية غير لازمة وأن المعير يملك الرجوع فيها متى شاء لما ذكره من التعليل.

فمن أعير حق الشرب أو أذن له فيه فإنه يرتفق به إلى أن يسترجعه صاحبه أو تنتهي المدة المحددة لذلك، إلا في حال ما إذا كان المرتفق يتضرر من إنباء الارتفاق قبل انتهاء ميعاده المحدد عرفاً أو شرطاً فينبغي أن يمكن من ذلك حتى ينتهي إلى ما هو المعروف بين الناس انتهاؤه إلى مثله أو إلى الموعد المشروط بينهما منعاً للضرر.

وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت حق الشرب التبرع إنشأً أو إعاره.

(١) المرادوي، الإنصاف ١٠٦/٦، ابن قدامة، المغني ٥٥٨/٤، البهوتي، كشاف القناع ٤١٢/٣.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج ١٨٧/٢، النووي، روضة الطالبين ٢١٢/٤، ٤٣٧، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب ٢١١/١.

(٣) نفس المراجع السابقة والبهوتي، كشاف القناع ٤١٢/٣، وانظر ابن قدامة، المغني ٥٥٨/٤.

(٤) المرادوي، الإنصاف ١٠٦/٦.

المطلب الرابع

الإرث

تثبت حقوق الارتفاق جميعاً بالإرث، ومن بين تلك الحقوق حق الشرب والشفة . إن الشخص إذا توفي انتقل ماله إلى ورثته، وحقوق الارتفاق وحق الشرب معنى للمال فيها ظاهر. إن حق الشرب متعلق بأعيان مالية هي الأرض التي تقرر عليها هذا الحق. ومما يدل على ذلك : أنه قد يعترض عنه بالمال، فقد نص الفقهاء على جواز بيعه تبعاً للعقار بأن ينص على دخوله في العقد وإلا لم يدخل في البيع، والنص عليه وعلى سائر حقوق الارتفاق يجعلها مبيعاً مقابل بشيء من الثمن فتكون من الأموال، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء^(١). وقد أجاز بعضهم بيع هذه الحقوق منفردة عن العقار^(٢)، فينتقل هذا الحق إلى الورثة كسائر أمواله.

وانتقاله بسبب الإرث له حالتان :

إحدهما : أن يكون تبعاً للعقار .

والثانية : أن يكون منفرداً .

فالأولى : يتحقق ذلك فيما إذا توفي مالك العقار المقرر له ذلك الحق، إذ بوفاته ينتقل العقار إلى الورثة وينتقل معه ذلك الحق تبعاً لانتقال ذلك العقار، وهذا أمر ظاهر، شأنه شأن جميع الحقوق المالية المتعلقة بالأعيان.

قال في المدونة : " قلت : رأيت لو أن ثلاثة نفر ورثوا قرية لها ماء وشجر ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشجرها وشربها لأحدهم الثلث وللآخر السدس وللآخر النصف،

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الفتاوى البزازية ١٢٢، ١٢١/٣، الفتاوى الهندية ٣٩٣/٥، المرغيناني، الهداية وشرحها فتح القدير ٢٠٤/٥، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥، المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، ابن قدامة، المغني ٥٤٨/٤.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤، ابن الهمام، فتح القدير ٢٠٥/٥، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٨/١٥، ٢٨٩/١٠، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢٦٣/٢، النووي، روضة الطالبين ٢٢١، ٢١٠/٤، الشربيني، مغني المحتاج ١٩١/٢، ابن مفلح، الفروع ٢٧٣/٤، ابن قدامة، الكافي ٢٠٩/٢، ابن قدامة، المغني ٥٤٧/٤، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٢.

فأرادوا أن يقتسموا؛ قال : تقسم الأرض عند مالك على قدر موارثهم منها ويكون لهم في شربهم من الماء على قدر موارثهم منه" (١).

والثانية : وهي ثبوت حق الشرب بسبب الإرث منفرداً، فإذا انفصل هذا الحق عن العقار الثابت له، فأصبح ملكاً مستقلاً بأن باع صاحب العقار الذي تقرر له هذا الحق عقاره ولم ينص على دخول الحق في عقد البيع، فيملك المشتري العقار مجرداً عن حقه، ويبقى الحق للبايع حينئذ ملكاً مستقلاً (٢). فإذا توفي انتقل حق الشرب إلى ورثته منفرداً غير تابع لشيء آخر.

وثبوت حق الشرب والحقوق الأخرى بسبب الإرث منفردة قال به حتى المانعون من بيعها من الحنفية (٣).

وعللوا لذلك : بأن ثبوت الملك للوارث بطريق الإرث عن مورثه أمر تبعية لأنه نتيجة لخلافة الوارث عن مورثه، فكان ثبوت الملك أثراً لهذه الخلافة، ولكنه أثر غير مقصود بخلاف ثبوت الملك بطريق البيع، ونحوه من العقود التي وضعت للتملك، فإن ثبوت الملك مقصود ومطلوب بواسطة هذه العقود، وما وضعت وأنشئت إلا لذلك الغرض. ويجوز أن يقبل الشيء حكماً بطريق التبع، وإن كان لا يقبله بطريق القصد كالقصاص والدين، فإنها تملك بالإرث ولا يصح بيعها، قال في العناية : "والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه -بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه، وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك، ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع ونحوه" (٤).

وقال ابن عابدين: "ويورث الشرب لأن الملك بالإرث يقع حكماً لا قصداً ويجوز أن يثبت الشيء حكماً، وإن كان لا يثبت قصداً، كالخمر تملك حكماً بالميراث، وإن لم تملك قصداً بسائر أسباب الملك" (٥).

(١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٤/٤٦٨.

(٢) الفتاوى الهندية ٥/٣٩٣، ص ٤٠٥، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩٨.

(٣) المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣.

(٤) العناية ٨/١٥٠، المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٦/٤٣.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار ٥/٢٨٦.

وهذا التعليل لا يختص بالشرب، وإنما يتناول ما كان في معناه من بقية حقوق الارتفاق، فتنتقل ملكية هذه الحقوق إلى الوارث بالموت منفردة عن العقار إذا بيع العقار دونها قبل وفاة مالكة حق الشرب، فالحقوق التي ملكها المورث حال حياته يخلفه فيها ورثته بعد وفاته. أما بالنسبة لغير الحنفية فإنهم يرون جواز بيع هذه الحقوق كما بينا ذلك سابقاً. وبناء عليه فلا إشكال عندهم في كونها تورث كسائر الأملاك. وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت حق الشرب الإرث.

المطلب الخامس

الوصية

إن الإنسان إذا أوصى بحق من حقوق الارتفاق، انتقل ذلك للموصى له بعد وفاة الموصى. لأن الوصية أخت الميراث. فكما أن حق الشرب ينتقل بوفاة صاحبه إلى ورثته ينتقل أيضاً بوفاته إلى الموصى له بها، فما قيل سابقاً في الإرث من كون حقوق الارتفاق معنى المال فيها ظاهر، وأنها متعلقة بأعيان مالية يقال هنا أيضاً، وكل ما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية لأنهما بمعنى واحد، إلا أن الإرث ينتقل للورثة والوصية تنتقل لغير الورثة.

وسواء أوصى بحق الشرب تبعاً لغيره أو أوصى به منفرداً جاز ففيم إذا أوصى بها تبعاً لغيره، قال في الفتاوى الهندية: "ولو أوصى بثلاث حقه في النهر في كل شيء من ذلك جاز، لأنه تصدق بثلاث رقة النهر، فجاز ويدخل الشرب فيه تبعاً، كما لو أوصى بالشرب مع الأرض"^(١). فنصبوا على أنه إذا أوصى بالشرب تبعاً للنهر أو الأرض أن ذلك جائز.

وفيم إذا أوصى بحق الشرب منفرداً قال الكاساني: "ويوصى به -أي الشرب- حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الرصية، وتعتبر من الثلاث، لأن الوصية وإن كانت تملكاً لكنها تملك بعد الموت، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال، وإنما يملك بعد الموت فأشبه الميراث، فإذا احتل الإرث احتل الوصية التي هي أخت الميراث"^(٢).

وهكذا بالنسبة لسائر حقوق الارتفاق، فإنها كلها تنتقل بموت مالكيها إلى الموصى له منفردة عن العقار.

ولم يفصل في هذه المسألة سوى الحنفية، ولكن غيرهم لا يخالفونهم في ذلك، لأن جمهور العلماء يرون جواز الاعتياض عن هذه الحقوق، كما مر فيجوز من باب أولى تملكها بطريق الوصية لأن الوصية نوع من التبرع إلا أنه مضاف لما بعد الموت، وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت حق الشرب الوصية.

(١) الفتاوى الهندية ٤٠٧/٥-٤٠٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، الفتاوى الهندية ٤٠٥/٥-٤٠٧، المرغيناني، الهداية وشرحها العناية

١٥٠/٨، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٦/٥.

المطلب السادس

استعمال أرض موات^(١) في حق الشرب

وذلك بأن يتخذ شخص مرفقاً من المرافق في الأرض الميتة المحيطة بأرضه، كأن يحفر فيها بئراً أو مجرى أو مصرفاً لأرضه، أو يتخذ فيها طريقاً يمر فيه إلى أرضه ونحو ذلك. ففي هذه الأحوال يثبت على هذه الأرض الميتة حق ارتفاع لأرض ذلك الشخص كحق الشرب ونحو ذلك، مما اتخذه من أنواع الارتفاع في هذا الموات ولا يملك أحد أن يحول دون ذلك. فإذا جاء آخر وأحيا ما يحيط بأرض ذلك الشخص كان عليه أن لا يتعرض لموضع ارتفاع سابقه كسقيه أو مجراه أو مصرفه ونحو ذلك. ولو تعرض له لم يملكه بالإحياء، لأن ما تعلق به حق الغير من الموات لا يملك بالإحياء، ولا خلاف في هذا بين العلماء^(٢).

(١) عرف الحنفية الأرض الموات في ظاهر الرواية بأنها: "ما ليست بملك لأحد ولا هي من مرافق البئد وكانت خارجة عن البلد سواء أقربت منه أم بعدت". وهذا قول محمد وبه يفتى، أما أبو يوسف فالموات عنده: "ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه أو غلبته عليه أو لكونه منقطعاً عن العمران ونحو ذلك". فالموات عند أبي يوسف أرض لا ينتفع بها عادة أو مملوكة في الإسلام، وليس لها مالك معين مسلم أو ذمي، وعند محمد: إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتاً؛ ونقل الزيلعي عن القدوري أنه يرى أن المملوك في الإسلام إذا لم يعرف مالكة من الموات، لأن حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الإمام كما يتصرف في الموات لا لأنه موات حقيقة (ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٧/٥).

وعرف المالكية الموات بأنه: "الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها"، وعرفها ابن جزى فقال: "هي الأرض التي لا عمارة فيها ولا يملكها أحد". (ابن الجزى، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧). وقال النسوي تعليقا على الدردير: "الأرض الموات ما سلم عن الاختصاص بعمارة". (ابن عرفة النسوي، حاشية النسوي ٦٠/٤).

وعرف الشافعية الموات بأنه: "ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر قرب من العام أو بعد". قال الماوردي والرويانى هذا هو حد الموات عند الشافعية. (الشريبي، مغني المحتاج ٣٦١/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٧٧).

وعرف الحنابلة الأرض الموات بأنها: "الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم". (البهوتي، كشف القناع ١٨٥/٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٢).

وعرف ابن حزم الأرض الموات بأنها: "كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرت في الإسلام". (ابن حزم، المحلى ٩١/٩).

(٢) الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، المواق، التاج والإكليل ٣/٦، الشريبي، مغني المحتاج ٣٦٢/٢، ابن قدامة، المغني ٥٦٦/٥.

المطلب السابع

التقادم و الحيازة

- تعريف التقادم لغة : من القَدَم، مصدر قديم، يقال : قَدَمَ الشيء يَقْدِمُ قَدَمًا، والقَدَمُ ضد الحدث، أي ماله تقدم بالزمان، يقال: قَدَمَ الشيء قَدِماً فهو قديم، وتقادم مثله أي طال عليه الزمن^(١).

- تعريف التقادم اصطلاحاً:

لم أعتز على تعريف اصطلاحى عند الفقهاء القدامى في كتبهم وعلى مختلف مذاهبهم، وإنما دلت عباراتهم عند حديثهم عن التقادم على إرادتهم للمعنى اللغوي أي مرور الزمن ومضي العهد الطويل على الحق أو الجناية، فبالتالي لا يخرج المعنى الاصطلاحى في الجملة عن المعنى اللغوي.

ومن هنا فقد اجتهد الفقهاء المحدثون الذين تعرضوا لموضوع التقادم ومسائله بسالبحث والدراسة في وضع تعريف له ومن هذه التعريفات:

١- أن التقادم: "مرور زمن على أداء الحق يمنع من سماع الدعوى أمام القضاء"^(٢).

٢- أن التقادم هو: منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة"^(٣).

٣- "مرور الزمان الطويل على وضع اليد أو مرور الزمان الطويل على ترك الحق بلا مانع"^(٤).

٤- مضي الفترة من الوقت بعد ارتكاب الجريمة، أو بعد الحكم بالعقوبة دون تنفيذ على المحكوم عليه، يترتب عليها أن يمتنع الحكم بالعقوبة أو تنفيذها"^(٥).

(١) ابن منظور، لسان العرب ط. دار صادر ، بيروت مادة (قدم).

(٢) الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ص ٣٠٧، مطبعة الإرشاد بغداد.

(٣) سليم رستم باز، شرح المجلة ص ١٧.

(٤) المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي ص ٧.

(٥) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٤٤٢.

إن الأصل كما نعرف أن يكون التعريف جامعاً لجميع أفراد المعرف ومانعاً من دخول غير أفرادِهِ. فإن التعريفات السابقة كانت غير جامعة لأفراد المعرف إذ اقتصر بعضها على الجانب المدني من التقادم فقط وهو تقادم الملكية والحيازة، واقتصر بعضها على الجانب الجنائي فقط دون الجانب المدني مثل تعريف عبد العزيز عامر.

فبناء على ما سبق يمكننا أن نختار التعريف المناسب بحيث يأخذ بالاعتبار المآخذ السابقة وهو: "مضي مدة زمنية مقدرة شرعاً على ترك دعوى وضع اليد أو الاستيلاء على حق، أو على ارتكاب الجريمة دون إثبات، بلا مانع شرعي" (١).

فمضي مدة زمنية أساس التقادم، إذ لا تقادم بلا مرور زمن، وهذه الفترة الزمنية مقدرة ومحددة وليست مطلقة، والأصل في تقديرها وتحديدها هو الشرع، سواء أكان ذلك بالسنة النبوية أم باجتهاد الفقهاء.

- تعريف الحيازة لغة : الحيازة أو الحوز مصدر حاز أو احتاز، وهو في اللغة بمعنى الجمع والضم، إذ يقال حاز فلان الشيء أو احتازه : إذا جمعه إلى ملكه وضمه إلى نفسه (٢).

- تعريف الحيازة اصطلاحاً : التعريف الذي اخترته والذي يترجح عند كثير من المعاصرين هو تعريف الدردير من المالكية الذي قال : "الحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه" (٣).

ويكون هذا الشيء تحت قدرة الحائز وسيطرته، ويمكنه التصرف فيه بمختلف أنواع التصرف.

- علاقة الحيازة بالتقادم :

يمكن تصور العلاقة القائمة ما بين الحيازة وبين التقادم من خلال نظرة فاحصة للتعريف الاصطلاحي لكل منهما، إذ سبق أن التقادم: "مضي مدة زمنية مقدرة شرعاً،...، فإذا اعتبرنا أن تعريف الحيازة هو "وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك

(١) صلاح عودة أحمد حشيش، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية ص ٢٣.

(٢) الجوهري، الصحاح ٣/٨٧٥، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ٢/١٧٣-١٧٤، إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط ١/٢٠٦ (مادة/حوز).

(٣) الدردير، الشرح الكبير ٤/٢٣٣.

في ملكه بالبناء والغراس والهدم وغيره من وجوه التصرف"، أصبحت العلاقة القائمة بينهما واضحة جلية، وتتمثل في مدى الارتباط ما بين مرور الزمن وبين وضع اليد على الشيء المحوز المملوك للغير والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وهذا ما يعرف في اصطلاح الفقهاء "بتقادم الحيازة" أو "حيازة التقادم"^(١)، الذي جاء فيها الأثر: من حاز شيئاً عشر سنين فيؤ له"^(٢).

فلا يمكن الفصل بين وضع اليد على الشيء وحيازته، وبين مرور الزمن على ذلك، فإذا ذكرت الحيازة ذكر مرور الزمان، إذ إن مرور الزمان شرط رئيسي للحكم بالحيازة وترتيب الآثار الشرعية عليها.

آراء الفقهاء في إنشاء حق الشرب بالتقادم والحيازة

إن التقادم معتبر في الفقه الإسلامي كسبب من أسباب إنشاء حق الشرب وسائر حقوق الارتفاق، ودور التقادم في الإثبات هو البارز في الفقه الإسلامي. وهذا سيتضح خلال بحثي عن التقادم في مذاهب مختلفة للفقه الإسلامي.

المذهب الحنفي: ذهب متأخرو الحنفية إلى التفريق بين الارتفاق على الحق العام وبين الارتفاق على الحق الخاص على النحو التالي: أما الارتفاق على الحق العام فلا تصح فيه الحيازة، ولا تسري عليه أحكام التقادم، وتسمع الدعوى فيه وإن طال الزمان وتقدم، لأنه من قبيل الحيازة على الحقوق العامة.

وبناء على ما سبق لو كان لدار مسيل في الطريق العام بحيث يتضرر من قذارته المارون، أو كان لها بالوعة على عين أو نهر يشرب منها الناس جميعاً، فإن مثل هذا الحق لا

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٦٣/٢، وانظر الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩/٤، ٥٠١/٥.

(٢) هذا الحديث وبهذا اللفظ ذكره جميع فقهاء المالكية في كتبهم التي أمكنت الاطلاع عليها، وقد ثبت عندهم واحتجوا به في العمل بالحيازة، وتعتبر مدونة المالك المصدر الأول في روايته. وقد ورد الحديث بألفاظ أخرى قريبة منها: "من حاز شيئاً عشر سنين فهو أحق به"، وفي رواية أخرى: "أحق به منه". انظر في ذلك: "مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٥، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وهو الشرح للشرح الصغير لدردير ط. الأخيرة ١٩٥٢م، ٣٧٨/٢، شرح على مختصر خليل ٢٤٢/٧، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ٣٦٢/٢، حاشية على شرح الكبير للدردير ٢٣٤/٤، التسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم: ٢٥٥/٢، شرح على الأرجوزة المذكورة المسماة بطي المعاصم لبنت فكر بن عاصم.

تصح فيه الحيابة، بل تزال و إن كان قديما، لما يترتب عليه من إلحاق الضرر بالحق العام وهذا أمر مخالف للشرع، ولا عبرة للقديم المخالف للشرع كما هو مقرر عند الفقهاء^(١)، وهذا ما نصت عليه "مجلة الأحكام العدلية" في المادة (٧) منها، فقالت: "الضرر لا يكون قديماً"^(٢)، والمراد بالضرر هنا الضرر الملحق بالحق العام لأنه يكون فاحشاً فيزال.

أما الارتفاق على الحق الخاص فإن الحيابة تصح فيه وتسري عليه أحكام التقادم، ولا تسمع الدعوى فيه بعد مضي ائمة المحددة للحيابة مهما طال الزمان وتقدم^(٣).

ورد في المبسوط أنه: "لو كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون، لكل منهم أرض معلومة، فأراد بعضهم أن يسوق شربه إلى أرض أخرى لم يكن لها في ذلك النهر شرب فيما مضى فليس له ذلك، لأنه يستوجب بذلك في النهر ما لم يكن له قبل ذلك، وهذا لأنه إذا فعل ذلك وتقدم العهد ادعى للأرض شرباً من هذا النهر مع الأول، واستدل على ذلك بالنهر المعد لإجراء الماء فيه من ذلك النهر إلى هذه الأرض"^(١).

والنقل المتقدم صريح في اعتبار التقادم، أي مرور الزمان، في إثبات حق الشرب، بل إن فيه مراعاة وجود علامة ظاهرة تدل على الارتفاق، أي النهر المعد لإجراء الماء، وقد اشترط وجود تلك العلامة.

وبناء على ما سبق لو كان لشخص حق الشرب أو حق مجرى في أرض جاره بحيث يسقي زرعه أو أرضه من قناة متصلة بالنهر تمر بأرض جاره... وما شابه ذلك من أنواع الارتفاق على الحق الخاص المملوك للغير، فمثل هذه الأنواع من الحقوق تصح فيها الحيابة، ولا تسمع دعوى المرتفق عليه ولا بينته، كما لا يجوز له منع صاحب حق الشرب وغيره من الارتفاق، أو إزالة المرتفق به بعد مضي الزمن المحدد للحيابة بحيث يصبح الحق قديماً ولم يكن قبل ذلك قد ادعى على المرتفق أو طالبه برفع المرتفق به، ولم يكن قد منعه من ذلك أي مانع شرعي.

المذهب المالكي : لقد اختلف فقهاء المالكية في صحة الحيابة على حقوق الارتفاق على

التفصيل التالي :

(١) سليم الباز، شرح المجلة ص ٢٢.

(٢) علي حيدر، درر الحكام - ٢٤/١، المرجع السابق ص ٢٢، مجلة الأحكام ٥٧/١.

(٣) المواد ١١٢٤-١٢٣٣ من مجلة الأحكام العدلية مع شروحها؛ درر الحكام ٢٣٩/٣ الباز، شرح المجلة

ص ٦٧١-القاضي، مجلة الأحكام ١٧٨/٣.

أ- ذهب معظم المالكية إلى القول بصحة الحيازة على حقوق الارتفاق مطلقاً^(١)، فلا تسمع دعوى المرتفق عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة للحيازة، إن لم يدع على المرتفق أو يعترض عليه قبل ذلك، ولم يكن قد منعه من ذلك أي مانع شرعي وفي هذا يقول صاحب "مواهب الجليل" : مسألة: في قناتة تجري منذ سنة في أرض رجل ، والذي تجري عليه سلكت، لا تكون السنة حيازة للتعاقل عن مثلها وسكوت أربع سنين طول وحوز"^(٢).

ويقول صاحب "التبصرة" في المعنى نفسه : مسألة : من أحدث عليه ضرب من الاطلاع، أو خروج ماء من مرحاض قرب جداره، أو غير ذلك من الإحداثيات المضرة، وعلم بذلك، ولم ينكره ولا اعترض عليه عشرة أعوام ونحوها، من غير عذر يمنعه من القيام، فلا قيام بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق"^(٣).

ومن الملاحظ أن صاحب "المواهب" قد تعرض لبيان حيازة حق المجري، بينما تعرض صاحب "التبصرة" لبيان حيازة حق الاطلاع أو المطل^(٤)، وحق المسيل، وبين أن غيرها من الحقوق المشابهة لها تأخذ الحكم نفسه من حيث صحة حيازتها كذلك مدة الحيازة نفسها وهي عشر سنين كما ذكرها في النص السابق.

ب- وذهب بعض المالكية إلى القول بعدم صحة حيازة حقوق الارتفاق مطلقاً، لما يترتب على استعمال مثل هذه الحقوق من الضرر، والضرر لا يستحق بالقدم، وحديث الحيلزة "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"^(٥)، إنما هو خاص فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعضهم الآخر، ولا تشمل أفعال الضرر - حقوق الارتفاق - إذ ليس فيها حيازة، ولذلك تسمع دعوى المتضرر من استعمال حقوق الارتفاق وبينته مهما طال الزمان وتقدم.

ج- وذهب بعض آخر من المالكية إلى التفريق بين حقوق الارتفاق من حيث الضرر المترتب عن استعمالها على المرتفق عليه، فإن كان الضرر المترتب ثابتاً، أي يبقى على حالة

(١) السرخسي، المبسوط ١٨٩/٢٣، وانظر المرغيناني، الهداية ٧٩/٤.

(٢) الخطاب، مواهب الجليل : ٢٢٤/٦، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٦١/٢.

(٣) الخطاب، مواهب الجليل ٢٢٤/٦.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٦١/٢.

(٥) المراد بحق المطل والاطلاع هنا هو فتح الشخص كوة (فتحة) في جداره المطل على بيت جواره وذلك طلباً للضوء أو الهواء . (ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٦٠/٢) .

(٦) سبق تخريجه في ص ٦٦.

واحدة لا تزيد فتصح حيازة مثل هذا النوع من الارتفاق، وإلا بأن كان الضرر يتزايد بمرور الزمان فإن مثل هذا النوع من الارتفاق لا تصح حيازته، وتسمع دعوى المرتفق عليه وبينتسه وإن طال الزمان وتقدم^(١).

والظاهر أن القول المشهور لدى المالكية هو إمكان حيازة حقوق الارتفاق جميعاً، ومن بينها حق الشرب، ويلاحظ هذا في ذات المراجع التي ذكرتها وغيرها، وما ورد فيها من بحوث كثيرة وتفصيلات واسعة بصدد حيازة الضرر أو إثبات تلك الحقوق بالتقدم^(٢).

المذهب الشافعي : ورد في الفقه الشافعي ما يفيد عدم اعتبار التقدم المثبت فيه، حيث ذكر أنه لو شهد الشهود بأننا رأينا زيدا منذ سنين يلقي الثلج في ملك عمرو أو يجري الماء فيه لم يثبت حق إلقاء الثلج وإجراء الماء. ^(٣)

ولكن وردت أقوال أخرى للفقهاء الشافعية قد يستفاد منها اعتبار التقدم في ثبوت الملك والحقوق واستحقاقها^(٤).

ومن أقوال الفقهاء أنه لا يمنع من فتح باب الاستضاءة وتسميره، وقيل يمنع لأنه يشسعر بثبوت حق الاستطراق^(٥).

وذكروا تقييد جواز المرور في ملك الغير بألا يصير به طريقاً للناس، وبما جرت العادة بالمسامحة فيه، وقيل برد أحد القيدتين للآخر^(٦)، وعليه يكون القيدان بمعنى واحد.

المذهب الحنبلي : أورد مؤلفا المغني والشرح الكبير في الصلح على إجراء ماء سطح على أرض مستأجرة من أحد المتصالحين أو معارة له، أنه يحتمل ألا يجوز الصلح على ذلك، وذكرنا في تعليل عدم الجواز أن يجعل لغير صاحب الأرض رسماً، فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها^(٧)، أي استحقاق المسيل.

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٣٦١، ٣٦٢.

(٢) نفس المرجع السابق ٢/٣٠٥-٣٠٦، ٣٠٩. مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش.

(٣) الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، وحاشية الكمشري ١/٣٠٩.

(٤) حاشية الكمشري، تعقيباً على ما جاء في الأنوار ١/٣٠٥-٣٠٦.

(٥) الأردبيلي، الأنوار وحاشية الكمشري ١/٣٠٦.

(٦) الرلمي، نهاية المحتاج وحاشية الشيرمالسي ٤/٣٨٧-٣٨٨.

(٧) ابن قدامة، المغني ٥/٢٩، ابن قدامة، الشرح الكبير مطبوع على المغني ٥/٢١.

وجاءت المسألة في كشاف القناع وشرح المنتهى وورد فيهما الجزم بعدم جواز الصلح على إجراء الماء على الأرض المستأجرة أو المعارة، وفيهما تعليل عدم الجواز بأن المستأجر أو المستعير يجعل لغير صاحب الأرض رسماً، فربما ادعى مالكيها بعد^(١)، وهذا التعليل يفيد الاحتراز عن إدعاء ملكية بقعة الأرض التي يجري عليها الماء، لا مجرد إدعاء حق المسيل، ولا شك أن ذلك لا يكون إلا مع تقادم الزمن.

* خلاصة الأقوال :

ونخلص بنتيجة مما سبق أن التقادم أحد أسباب ثبوت حقوق الارتفاق ومن بينها حق الشرب متى طال زمنه وابتعد، بحيث يمكن تحديد وقت ثبوته، كما إذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض بجوارها، أو تصرف ما زاد عن حاجتها من الماء في مصرف مملوك لشخص آخر، ولا يعرف أحد متى ثبت هذا الحق، حتى لو أراد صاحب العقار المرتفق (الخادم) أن يمنع صاحب حق الارتفاق، لم يستطع ذلك، لأن الحق ثبت له بالتقادم، والظاهر أنه ثبت له بسبب مشروع، حملاً لحال الناس على الصلاح، إلا إذا أثبت صاحب العقار الخادم أنه ثبت بسبب غير مشروع فإنه يحكم ببطلانه.

الزمن الذي يتحقق بمروره التقادم :

فقد ذكر فقهاء الحنفية أن حد القديم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان، فيجعل أقصى الوقت الذي يحفظ حد القديم^(٢). ونصت المادة ١٦٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن القديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله^(٣).

وورد في شرح المادة (٦) من المجلة التي تنص على أن القديم يترك على قدمه، التمثيل بحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور حيث يترك كل منها إذا كان قديماً على ما تقدم ولا يجوز منعه^(٤).

(١) البهوتي، كشاف القناع ١٩٧/٢، البهوتي، شرح منتهى الإرادات بهامش كشاف القناع ١٣٠/٢.

(٢) ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين ٣٢٣/٢-٣٢٤.

(٣) مجلة الأحكام العدلية .

(٤) يوسف أصاف، مرآة المجلة ٩/١، سليم باز، شرح المجلة ص ١٧.

ويقول الشيخ علي الخفيف: والقدم ليس منشأ للحق، وإنما نشأ الحق عن سبب مجهول كإذن أو صلح أو إحياء موات مثلا لكن لطول العهد نسي السبب وبقي الأثر محافظ عليه لقدمه^(١).

وأما مدة التقادم في الفقه المالكي ففي قول هي عشرة أعوام إذا علم بذلك المتضرر ولم ينكره ولا اعترض عليه من غير عذر يمنعه من القيام، وهو مذهب ابن القاسم وغيره، وقال أصبغ إلا بعد عشرين سنة أو نحوها خلافا للحيازة في الأصول، وقال صاحب التبصرة الذي أورد ما تقدم، وبالأول القضاء إلا أن يكون المحدث عليه صغيرا أو مولى عليه أو بكرا غير معنسة فلا يضرهم سكوتهم وإن طال ذلك وهم على حالهم، وذكر رواية أخرى عن أصبغ أنه لا يستحق بالعشرين وإنما بما زاد^(٢).

هذه هي الأسباب التي يتقرر بها حق الشرب وحقوق الارتفاق الأخرى، ومتى ثبت بواحد منها، لا يملك أحد إبطاله إلا لدواعي المصلحة العامة أو بتراضي الطرفين.

(١) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٠٩/٢-١١٠.

الفصل الثاني

أحكام حق الشرب

لما كان الماء هو أصل الحياة كما قال تعالى: {وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا} (١)، كان لا بد لكل كائن حي من شرب الماء سواء كان إنساناً أو حيواناً أو نباتاً. وقد جاء الشرع الشريف محققاً لهذا المطلب الأساسي فشرع حق الشرب من الأنهار العامة والأنهار الخاصة والعيون والآبار والمياه المحرزة في الأواني، ولكن يختلف الحال في كل نوع من هذه الأنواع عن الآخر، كما يختلف الحكم بالنسبة للمستعمل للماء من كونه إنساناً أو حيواناً أو نباتاً.

ولما كانت طبيعة حق الارتفاق بالشرب تعنى انتفاع الأرض بالسقي مما يمر حولها من مياه البحار أو الأنهار الكبيرة أو الصغيرة أو ما يرتب لها من مصادر مياه الأرض المجاورة لها، كان من اللازم بيان أنواع هذه المياه وتفصيل أحكامها، وهذا هو موضوع هذا الفصل إن شاء الله تعالى . وسوف يشتمل الفصل على المبحثين التاليين:

المبحث الأول : أحكام المياه، وهذا المبحث يتضمن خمسة مطالب :

المطلب الأول : أحكام مياه الأنهار.

المطلب الثاني : أحكام مياه الآبار والعيون.

المطلب الثالث : ضمان الأضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب.

المطلب الرابع : أحكام المياه المحرزة

المطلب الخامس : إصلاح الأنهر ونفقات الإصلاح.

المبحث الثاني : الحريم ، ويتضمن هذا المبحث أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحريم لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : مقدار الحريم - حريم الآبار .

المطلب الثالث : حريم العيون .

المطلب الرابع : حريم الأنهار والقنوات .

(١) سورة الأنبياء آية رقم (٣٠).

المبحث الأول

أحكام المياه

المطلب الأول : أحكام مياه الأنهار.

المطلب الثاني : أحكام مياه الآبار والعيون.

المطلب الثالث : ضمان الأضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب.

المطلب الرابع : أحكام المياه المحرزة

المطلب الخامس : إصلاح الأنهر ونفقات الإصلاح.

المطلب الأول

أحكام مياه الأنهار

الفرع الأول : الأنهار غير المملوكة :

المراد بالأنهار غير المملوكة هي ما كان منبعها مباحاً ولا يد لأحد عليها، وهي ثلاثة أنواع:-

النوع الأول : الأنهار الكبيرة :

وهي التي لا يستنفذ ماؤها عادة وتصب في بحر أو بحيرة كنهر النيل والفرات وسيحون وجيحون، فهذا النوع من الأنهار لكل إنسان حق الشرب منه لزرعه وأشجاره، ولا يجوز لأحد تحجرها، كما لا يجوز للإمام إقطاعها^(١)،^(٢)

فإذا أحيا إنسان أرضاً أو أجرى لها ماء من مثل هذا النوع من الأنهار لم يملك أحد منعه من ذلك إلا أن يترتب على فعله ضرر بالعامه فإنه يمنع كأن يشق جدولاً في موضع يخشى أن ينتج عنه سيلان الماء إلى الجانب الذي أجرى منه الجدول الصغير، فتتكرر الضيقة^(٣) وتغرق ما حوله من أراض ومزارع وقرى. ففي مثل هذه الحالة يمنع من إحداث الشرب لأرضه مراعاة لحق العامة. لأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص. وقد قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : ((لا ضرر ولا ضرار))^(٤).

(١) الإقطاع في اللغة: يعني التملك والارفاق، يقال: استقطع الإمام قطعة فأقطعه إياه، أي سأله أن يجعلها إقطاعاً يملكه ويستبد به ويفرد به، وأقطع الإمام الجند هذه البلد إقطاعاً: جعل لهم عليها رزقاً. (انظر لسان العرب ٢٨٤/٥ و المصباح المنير ٢/٦١٤). وفي الاصطلاح الفقهي الإقطاع هو ما يقطعه الإمام، أي يعطيه من الأراضي رقية أو منفعة لمن ينتفع به، انظر (نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٦٧-٦٨ نقلاً عن: ابن عابدين، رد المختار ٣/٣٩٢ والماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٩٠).

(٢) الشريبي، مغنى المحتاج ٢/٣٧٣.

(٣) ضيقة البحر: ساحله؛ والضيقة بالكسر: جانب النهر الذي تقع عليه النباتات، والضيقة كالضيقة، وضيقاً الوادي: جانباه. (ابن منظور، لسان العرب ٤/١٣١).

(٤) روي الحديث من عدة روايات: الرواية الأولى: عن ابن عباس يرويه عنه عكرمة ولها ثلاثة طرق : الطريق الأول: ابن ماجه ٢/٧٨٤ رقم الحديث ٢٣٤٠ وأحمد في ترتيب المسند ١١٠/١٥ عن جابر عن عبد الله بن عباس. ==

== الطريق الثاني : الدارقطني (٥٢٢) - عن داود بن الحصين عن عكرمة به وزاد 'ولجارك أن يضع في جدارك خشبته'.

الطريق الثالث : الزيلعي، نصب الراية ٣٨٤/٤-٣٨٥ - ابن حجر، تقريب ٣٣٢/١. رواه ابن أبي شيبة : حدثنا معاوية بن عمرو وثنا زائدة عن سماك عن عكرمة به.

الرواية الثانية: عن عبادة بن الصامت، يرويه موسى بن عقبة ثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد عنه مرفوعاً به. أخرجه ابن ماجه، حديث رقم ٢٣٤٠ وأحمد في المسند ٣٢٦/٥-٣٢٧.

الرواية الثالثة : عن أبي سعيد الخدري، يرويه عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن الرازي ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عنه، وزاد : 'من ضار ضوه الله ، ومن شاق شق الله عليه'، أخرجه الدارقطني (٥٢٢) دون زيادة، والحاكم ٥٧/٢-٥٨، البيهقي ٦٩/٦.

الرواية الرابعة : عن أبي هريرة، يرويه أبو بكر بن عياش قال: أراه قال عن ابن عطاء عن أبيه عنه مرفوعاً بلفظ : 'لا ضرر وضرورة، ولا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبته على جداره' . (أخرجه الدارقطني (٥٢٢) وقال الزيلعي (٣٨٥٤) 'وأبو بكر بن عياش مختلف فيه' .

الرواية الخامسة : عن جابر بن عبد الله ، يرويه محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عنه مرفوعاً بلفظ : 'لا ضرر ولا ضرار في الإسلام' (أخرجه الطبراني في الأوسط ١٤١/١ من زوائد المعجمين) وقال لم يروه عن محمد بن يحيى إلا ابن إسحاق .

الرواية السادسة : عن عائشة ولها طريقان : الطريق الأول : يرويه الواقدي، نا خارجه بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبي الرجال عن عمرة عنها.(أخرجه الدارقطني:٥٢٢).

الطريق الثاني : يرويه نافع بن مالك أبي سهيل عن القاسم عنها.(أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط:١/١٤١).

الرواية السابعة : عن ثعلبة، يرويه إسحاق بن إبراهيم مولى مزينة عن صفوان بن سليم عنه به مرفوعاً.(أخرجه الطبراني في المعجم الكبير:١/٧٠).

الرواية الثامنة : عن أبي لبابة، يرويه واسع بن حبان عنه. أخرجه أبو داود 'المراسيل' كما في 'الدرية'، وقال: 'وهو منقطع بين واسع وأبي لبابة'.

قال الشيخ الألباني -رحمه الله- في إرواء الغليل : قلت : فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث، قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيراً منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى، وقال المناوي في 'فيض القدير' : والحديث حسنه النووي في 'الأربعين' وقال : ورواه مالك مرسلاً، وله طرق يقوى بعضها بعضاً. وقال العلاني: للحديث شواهد، ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به.

قلت : وقد احتج به الإمام مالك، وجزم بنسبته إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال في 'الموطأ' : (وقد قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لا ضرر ولا ضرار) (٨٠٥/٢).

وكذلك احتج به محمد بن الحسن الشيباني في مناظرة جرت بينه وبين الإمام الشافعي، وأقره الإمام عليه.

أخرجه أبو نعيم في 'الحلية' (٧٦/٩).

انظر : محمد ناصر الدين الألباني 'إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل' ج٣ ص ٤٠٨-٤١٤،

رقم الحديث ٨٩٦.

وكذا يقال في الانتفاع بمثل هذه الأنهار بغير الشرب كنصب الرحي^(١) ونحو ذلك. فمياه هذا النوع غير مملوكة لأحد كما أن رقبة الأنهار غير مملوكة على الخصوص. فيبقى ماؤها على أصل الإباحة، والناس فيه شركاء بمقتضى الشركة العامة في المباحات، كما في قوله -صلى الله عليه وسلم- : ((الناس شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار))^(٢) . فمن سبق إلى شيء من هذه الأمور فهو له. ولا يملك أحد أن يحول دونها، فمن أراد حق الشرب لأرضه وأشجاره كان له ذلك. ومن أراد أن ينصب آلة على هذا النوع من الأنهار لنزح الماء إلى أرضه أو لطحن دقيق أو توليد كهرباء ونحو ذلك كان له ذلك على أن لا يترتب على فعله ضرر بالعامه. "فالضرر يزال"^(٣).

فمن ألحق ضرراً بالنهر العام كان لكل واحد من المسلمين المطالبة بمنعه من ذلك لأن في ماء هذا النهر حق لعمامة المسلمين وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر عنهم^(٤).

قال أبو يوسف : وإن أراد رجل أن يكري نهراً في أرضه من هذا النهر الأعظم فإن كان في ذلك ضرر في النهر الأعظم لم يكن له ذلك ولم يترك يكرهه، وإن لم يكن فيه ضرر ترك يكرهه^(٥).

فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام^(٦).

(١) الرحي : هي الطاحون - الفيومي، المصباح المنير ٢٣٩/١.
(٢) الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ١٣٢/١٥ ، أبو داود، سنن ٣/٢٧٧. قال الألباني- رحمه الله - أن الحديث بهذا اللفظ ضعيف. وأخرجه ابن ماجة في سننه تحت رقم (٢٤٧٢) عن عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ (المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلا والنار وثمنه حرام) وفي الزوائد للبوصيري عن راوي هذا الحديث عند ابن ماجة؛ عبد الله بن خراش: قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما. انظر سنن ابن ماجة ٢/٨٢٦. وأخرجه ابن ماجة عن أبي هريرة بلفظ (ثلاث لا يمتنع: الماء والكلا والنار). وفي الزوائد للبوصيري: هذا اسناد صحيح، ورجاله موثقون. سنن ابن ماجة ٢/٨٢٦ وانظر الألباني، إرواء الغليل ٦/٦-٧.

(٣) مادة (٢٠)، مجلة الأحكام العنلية.

(٤) المرغيناني، الهداية ٨/١٤٤، الفتاوى الهندية ٥/٣٩٦، ٣٩٠، ٤٠٥، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣٧٣، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٠، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٤، ابن قدامة، المغني ٥/٥٨٣.

(٥) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٥.

(٦) مادة (٢٦) مجلة الأحكام العنلية.

وبناء عليه يمكن القول أن حق الدول في الأنهار التي تدخل لأراضيها يبدأ من أول النهر وليس من لحظة دخوله، فمثلاً لو أن تركيا أقامت جسوراً وأثرت على حصّة سوريا لمنع من ذلك حسب الفقه الإسلامي.

النوع الثاني : النهر الصغير الذي يكفي أهله ويعلو ماؤه من غير حبس:

اتفق الفقهاء على أن لكل أحد من أهل هذا النوع من الأنهار أن يأخذ منه شرب أرضه في وقت حاجته ولا يملك أحد معارضته. وإن أراد أحد أن يحدث له منه شرباً جيداً لأرض لا شرب لها منه توقف ذلك على ما يتوقع من حال الماء حينئذ، فإن كان إحداث الشرب الجديد يتوقع أن ينتج عنه ضرر بأهل النهر كنقص الماء عنهم منع من ذلك وإن لم يتوقع ذلك لم يمنع^(١).

النوع الثالث : النهر الصغير الذي لا يكفي جميع أهله وهو ما يزدحم الناس فيه

ويتشاحون في مائه:

فهذا النوع من الأنهار يكون الشرب منه للأول فالأول، فكل من مر به أن يحبس الماء حتى يأخذ تمام شربه ثم يرسله إلى من يليه فيأخذ نصيبه منه ثم يرسله إلى من يليه وهكذا إلى أن ينتهي أصحاب الشرب أو يفني الماء. فإن كان الماء قليلاً بحيث لم يفضل بعد شرب الأول أو الثاني شيء فلا شيء لمن بعدهم^(٢).

ودليل هذا النوع ما ورد في السنة عن عبد الله بن الزبير عن أبيه -رضي الله عنهما- وقد تقدم ذكره (أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في شراج الحرة التي يسقون بها النخل. فقال الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك. فغضب الأنصاري ثم قال يا رسول الله أن كان ابن عمك ؟ فتلون وجه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ثم قال للزبير : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر)^(٣).

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٠، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب ٢٥٦/١، ابن قدامة، المغني ٥/٥٨٣، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥/٥٨٣، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٣/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٠، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٤، التسولي، البيهجة على شرح التحفة ٢/٢٦٢.

(٣) سبق تخريجه في ص ٤٤.

وجه الدلالة :

أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أمر الزبير بالسقي قبل الأنصاري لأن الماء يمر بالزبير قبله، فدل على أنه لا حق للثاني في الشرب من هذا النوع إلا بعد أن ينتهي منه الأول^(١).

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالأول شرباً، وهذا ما سنبينه في المبحث عن التنازع في حق الشرب في الفصل الرابع إن شاء الله تعالى.

مسألة: كيفية سقي الأرض غير المستوية

إذا كانت الأرض الشاربية مستوية لا انخفاض فيها ولا ارتفاع أرسل الماء فيها جميعاً إلى أن تأخذ تمام شربها في جميع أجزائها.

وإن كانت غير مستوية فبعض أجزائها مرتفع والبعض الآخر منخفض فلا يصل الماء إلى المرتفع إلا وقد جاوز المنخفض المقرر شرعاً لشربه، أمر صاحبها بتسوية أجزائها إذا كان ذلك ممكناً ولا يترتب عليه ضرر^(٢)، وألا أفرد كل جزء منهما مابين لما حوله بشرب مستقل. فيسقى أحدهما ثم يحبس عنه الماء ويسقى الآخر وهكذا إلى أن يأخذ كل جزء من أجزاء الأرض شربه بتمامه بلا زيادة ولا نقصان^(٣).

وتفرع عن هذا: مسألة - من شرب أولاً هل يرسل إلى من دونه جميع الماء أولاً يرسل إلا ما زاد على قدر شربه؟

هناك قولان للمالكية :

القول الأول : إن الأول بعد شربه يرسل جميع الماء بما في ذلك ما هو مقدر لشرب أرضه إلى من يليه حتى لا يبقى في أرضه شيء من الماء، وبهذا قال ابن القاسم.

(١) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٤/٥، النووي، شرح صحيح مسلم ١٠٧/١٥-١٠٨، الترمذي، سنن مع تحفة الأحوذى ٢٨٩/٢.

(٢) الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٧/٤، المواق ١٧/٦، الباجي، المنتقى للبايجي ٣٤/٦.

(٣) المراجع السابقة والشرييني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب ٢٥٥/١، البسهيوتي، كشف القناع ١٩٨/٤، الشوكاني، نيل الأوطار ٣٤٦/٥، المرادوي، الإنصاف ٣٨٤/٦.

القول الثاني : إن الأول لا يرسل إلا ما زاد عن قدر الشرب فإذا كان قدر الشرب مثلاً إلى الكعبين فلا يرسل من الماء إلا ما زاد على الكعبين، وأما ما كان قدر الكعبين فهو شرب لأرضه لا يخرج منها، وبهذا قال مطرف^(١) وابن وهب وابن ماجشون^(٢).^(٣)

الرأي الراجح :

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه أصحاب هذا القول، لأن حبس الماء بمقدار معين إنما هو لحاجة الأرض فهو حق لها فلا يخرج منها بعد ذلك، ثم إن بإخراجه منها ضرر والضرر مرفوع.

الفرع الثاني : أحكام مياه الأنهار المملوكة :

الأنهار المملوكة هي : ما كان إجراؤها بسبب تصرف الإنسان بأن قام شخص فأكثر بحفر مجرى لأخذ الماء من النهر العام وتحوه إلى الأرض المراد سقيها. فهذا النوع من الأنهار يكون مملوك الرقبة ملكاً مشتركاً بين الذين احتفروه بحسب العمل والنفقة كسائر الأملاك، ولا يجوز لأحد من أهله أن يتصرف فيه بدون إذن الجميع سواء ترتب على ذلك ضرر أو لا لأن حرمة التصرف في المملوك لا تقف على الأضرار بالمالك^(٤) فلا ينصب عليه عبارة^(٥) ولا رحي ولا يزيد في فم النهر إلا برضا الجميع ولو لم يلحق بهم ضرر لاشتراك الجميع فيما هو ممتوع من التفرد به، فمال الشركة لا يجوز التصرف فيه إلا بإذن الشركاء.

(١) مطرف: هو أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني الثقة، الأمين الفقيه، روي عن جماعة منهم مالك وبه تفقه، توفي سنة ٢٢٠هـ. (مخلاف، شجرة النور الزكية ص ٥٧)
(٢) ابن الماجشون: أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي الفقيه، مفتي المدينة من بيت علم بها وحديث، تفقه بأبيه ومالك، توفي سنة ٢١٢هـ. (مخلاف، شجرة النور الزكية ص ٥٦)
(٣) الباجي، المنتقى ٣٤/٦، ابن عرفة، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٦٧/٤، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٤٠/٥.

(٤) هذا لا يدخل في الارتفاق لأن الارتفاق حق لعقار على عقار لغير مالكه وإنما بحثنا هنا لعلاقته بأحكام المياه.
(٥) عبارة: المعتبر: ما غير به النهر من فلك أو قنطرة أو غيره؛ والمعتبر: الشط المهيأ للعبور، قال الأزهرى: والمعتبر: سفينة يعبر عليها النهر. (ابن منظور، لسان العرب ٢٤٣٢/٤).

ويقسم الماء بين أهل هذا النهر على حسب ما اتفق عليه أو حسب العمل والنفقة فيه إن علم ذلك، فإن جهل قسم على قدر الأرضين، لأن الظاهر أن كان كذلك فكل أرض تحتاج لغايتها من الشرب ولا شرب لها إلا من هذا النهر فتعين أن نصيبها من الشرب أن تروى جميع أجزائها. ولا ينظر في هذا النوع من الأنهار لمتقدم ومتأخر أو أعلى أو أسفل لأن الكل شركة من غير تفضيل لأحد على أحد.

ولقسمة الماء بين أهل هذا النهر كصفات متعددة تختلف بحسب العرف. لقد ذكر الفقهاء بعض الكيفيات لتقسيم الماء بين الشركاء منها :

١-المهياة : وهي في اصطلاح الفقهاء تعني : "قسمة المنافع المشتركة"^(١)، وكثير من الفقهاء يقتصر على ذلك.

وعرفها ابن عرفة فقال : "اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعتة لا في غلته"^(٢).

اتفق الفقهاء^(٣) على جواز المهياة، واستدلوا على جوازها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب : فقوله تعالى : {قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ}^(٤). فقد أخبر الله عز وجل: أنه جعل الشرب بين قوم صالح وبين الناقة بالتناوب^(٥). وشرع من قبلنا شرع لنا إذا أقرته شريعتنا كما هو معلوم عند جمهور الأصوليين^(٦).

أما السنة : فقد روى الإمام أحمد بسنده عن ابن مسعود قال : (كنا في غزوة بدر كسل ثلاثة منا على بعير كان علي وأبو لبابة زميلي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإذا كان عقبه

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٣١/٧، داماد أفندي، مجمع الأنهر ٤٩٦/٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ٣٣٧/٤، النووي، روضة الطالبين ٢١٧/١١، ابن مفلح، المبدع ١٢٦/١٠، ابن مفلح، الفروع ٥٠٨/٦، المرادوي، الإنصاف ٣٤١/١١، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٥١٠/٣.

(٢) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص ٣٧٦، ٣٧٧، الخرشي، شرح الخرشي ١٨٤/٦، الحطاب، مواهب الجليلي ٣٣٤/٥، والشرح الصغير بهامش بلغة المسالك ٢٢٠/٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٣١/٧، الباجي، المنتقى ٤٩/٦، ابن رشد، بداية المجتهد ٢٦٩/٢، النووي، روضة الطالبين ٢١٧/١١، البهوتي، كشاف القناع ٣٧٣/٦، ابن قدامة، المغني ١٣٠/٩.

(٤) سورة الشعراء، الآية (١٥٥).

(٥) البابرّي، العناية مع الفتح ٣٧٨/٨، الزيلعي، تبين الحقائق ٢٧٥/٥، الكاساني، بدائع الصنائع ٣٢/٧، تكملة البحر الرائق ١٧٩/٨.

(٦) المستصفي ١٦١/٢، روضة الناظر لابن قدامة ص ٨٢.

النبي -صلى الله عليه وسلم- قالوا اركب يا رسول الله حتى نمشي عنك فيقول ما أنتما بأقوى على المشي مني وما أنا بأغنى عن الأجر منكما^(١) .

فهذا الحديث يدل على أنهم كانوا يتأوبون الركوب^(٢) .

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على جواز المهياة^(٣) .

أما المعقول : فإن الحاجة داعية إلى جوازها لأنه قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع بالعين فيحتاج إليها من أجل تكميل المنفعة كالقسمة ولو منعت لأدى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالأعيان التي لا يمكن قسمتها^(٤) .

والمهياة نوعان؛ نوع يرجع إلى الزمان ونوع يرجع إلى المكان.

المهياة الزمانية: هي اتفاق الشركاء على أن تكون العين المشتركة في يد أحدهما ينتفع بها مدة معينة من الزمن، ثم تكون بيد الآخر مثل تلك المدة^(٥) .

والمهياة المكانية: هي اتفاق الشركاء على أن تكون بعض العين المشتركة بيد أحدهما والبعض الآخر بيد الشريك الآخر ينتفع كل واحد من الشركاء بما في يده مع بقاء الأصل على الشركة^(٦) .

٢- اقتسام في النهر: بأن تؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حزوز^(٧) أو تقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو تقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك. فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة تقوب لصاحب النصف ثلاثة تصب

(١) مسند أحمد ١/٤١١، ٤١٨، ٤٢٢، أبو يعلى في مسنده ٩/٢٤٣ وهو حسن الإسناد، مجمع الزوائد ٦/٦٨.

(٢) تكملة البحر الرائق ٨/١٧٩.

(٣) المرجع السابق والزيلعي، تبين الحقائق ٥/٢٧٥.

(٤) البابرقي، العناية مع الفتح ٨/٣٧٨، الكاساني، بدائع الصنائع ٧/٣٢٢، الزيلعي، تبين الحقائق ٥/٢٧٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/٣٢٢، المرغيناني، الهداية ٤/٥٢، مجلة الأحكام العدلية م ١١٧٦ ص ٢٢٧، الخرشي، شرح الخرشي ٦/١٨٤، الدردير، الشرح الكبير ٣/٤٨٩، الباجي، المنتقى ٦/٥١، ٤٩، الحطاب، مواهب الجليل، ٥/٣٣٥، النووي، روضة الطالبين ١١/٢١٧، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ٤/٣٣٧، الشيرازي، المهذب ٢/٣٠٩، البيهوتي، كشاف القناع ٦/٣٧٣، ابن قدامة، المغني ٩/١٣٠، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/٢٦٩، ٢٧٠.

(٦) نفس المراجع السابقة.

(٧) حزوز: الحزيز من الأرض؛ موضع كثرت حجارته وغلظت كأنها السكاكين. (لسان العرب ٢/٧٢).

في ساقبته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد. وإن كان لواحد الخمسان والباقي لاثنتين يتساويان فيه جعل عشرة تقوب لصاحب الخمسين أربعة تصب في ساقبته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة تصب في ساقبته له فإن كان النهر لعشرة؛ لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة تقوب لكل واحد تقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى.

٣- أن يحتفر كل واحد منهم في وجه أرضه شرباً مقدراً لهم باتفاقهم أو على مساحة أملاكهم ليأخذ من ماء النهر قدر حقه ويساوي فيه جميع شركائه، وليس له أن يزيد فيه ولا ليم أن ينقصوه ولا لواحد منهم أن يؤخر شرباً مقدماً، كما ليس لواحد من أهل الزقاق^(١) المرفوع أن يؤخر باباً مقدماً، وليس له أن يقدم شرباً مؤخراً وإن جاز أن يقدم باباً مؤخراً، لأن في تقديم الباب المؤخر اقتصاراً على بعض الحق. وفي تقديم الشرب المؤخر زيادة على الحق.

إلى غير ذلك من الصور التي تحقق المقصود من إعطاء كل ذي حق حقه وهذه مسائل تختلف باختلاف الأزمان والأماكن^(٢).

ولكل واحد من الشركاء في هذا النهر أن يتصرف في ساقبته المختصة به بما شاء من عمل رحي عليها أو دولا ب أو عبارة أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملكه لا حق لغيره فيها^(٣).

مسألة:

وتفرع عن هذا الموضوع مسألة اختلف الفقهاء فيها وهي :
ما إذا حصل نصيب الإنسان من الماء في ساقبته فهل له أن يسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر أو يعطيه من يسقى به؟ أو ليس له ذلك؟
للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

(١) الزقاق: الطريق الضيق نافذاً أو غير نافذ. (أنيس، المعجم الوسيط، ٣٩٦/١)

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٨٨، ٥٨٦/٥، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٦، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١-١٨٢، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦-١٩١، ابن الهمام، فتح القدير ١٤٤/٨، الفتاوى الهندية ٣٩٦/٥، المسواق التاج والإكليل ١٧/٦، الباجي، المنتقى ٣٣/٦، ابن عرفة، حاشية السوقي ٦٧/٤، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٠٥-٢٠٦، البيهوتي، كشاف القناع ١٩٩/٤، المرادوي، الإنصاف ٣٨٦/٦-٣٨٧.

القول الأول : إن له ذلك وبهذا قال المالكية^(١) والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٢).
وعلوا ذلك : بأن صاحب الساقية قد انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقى منه ما شاء كما
لو انفرد به من أصله.

القول الثاني : ليس له ذلك وبهذا قال الشافعية^(٣) والقاضي أبو يعلى من الحنابلة^(٤).
وعلوا لذلك : بأنه يؤدي إلى أن يكون دليلاً على أن للأرض المسقية منه قسماً من
الماء، فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها للشرب، فيستضر الشركاء، ويصير هذا كما
لو كان له دار بابها في درب^(٥) لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره
الأولى، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز، لأنه يجعل لنفسه استطرافاً من كل واحدة من
الدارين^(٦).

وأجاب أصحاب القول الأول عن تعليل هؤلاء بقولهم : لا نسلم ما ذكروه في الدارين،
وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك لأن الظاهر أن لكل
دار سكاناً فيجعل لسكان كل واحدة منها استطرافاً إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في
استطراقه، وهنا إنما يسقى من ساقيته المفردة التي يشاركه غيره فيها.
فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد^(٧).

القول الثالث : ينظر إلى حال الشركاء بالنهر وكفايتهم من الشرب فإن كان الماء كثيراً
يقي بحاجة الجميع فلصاحب الساقية أن يجري ماءها إلى حيث شاء. وإن كان ذلك يضر ببقية
الشركاء وهم يحتاجون إلى ما فضل من مائه فليس له ذلك، وبهذا قال الحنفية^(٨).

(١) الباجي، المنتقى ٣٣/٦-٣٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٨٧/٥ - المرداوي، الإنصاف ٣٨٦/٦.

(٣) الشرييني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١١/٥.

(٤) المرداوي، الإنصاف ٣٨٧/٦، ابن قدامة، المغني ٥٨٧/٥.

(٥) الدرب: باب السكة الواسع؛ وفي التهذيب الواسعة، وهو أيضا الباب الأكبر، والمعنى واحد، والجمع دراب؛
(ابن منظور، لسان العرب ٣٧٠/٢).

(٦) الشرييني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، ابن قدامة، المغني ٥١٧/٥.

(٧) ابن قدامة، المغني ٥٨٧/٥.

(٨) الفتاوى الخانية ٢٠٧/٣.

الرأي الراجح :

الذي يظهر لي أن الرأي الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الإنسان إذا حصل نصيبه من الشرب في ساقبته أن يصرفه إلى ما شاء، كأن يسقي به أرضاً لا شرب لها من النهر لما ذكروه من التعليل الصحيح، فإن ما حصل بساقبته هو أحق به، والله تعالى أعلم...

الفرع الثالث : انتفاع الأجنبي في النهر المشترك بالشرب:

إن النهر المشترك ملك لجميع الشركاء ولا يجوز لأحد الشركاء أن يتصرف فيه إلا بموافقة البقية. والآن نبين حكم انتفاع غير الشريك بالشرب من النهر المشترك. اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يرتب شرب من النهر المشترك لأرض لا شرب لها منه دون إذن أصحابه. لما في ذلك من التعدي على ملك الغير، وهو أمر لا يجوز لقوله - صلى الله عليه وسلم - (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه)^(١) ، فما لم تطب نفس جميع الشركاء بأخذ الشرب لتلك الأرض وما لم يأذنوا بالتصرف في حافة النهر لإجراء الماء لا يجوز لأحد أن يحدث شيئاً من ذلك.

ولا فرق في هذا بين الأجنبي وأحد الشركاء إذا أراد أخذ الماء لأرض لا شرب لها من النهر المشترك، فلو أراد أجنبي ذلك منع كما أنه لو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه، ويسقي به أرضاً له في أعلى النهر ليس لها شرب منع أيضاً لأن الشرب للأرض لا للشخص، وهذا إحداث شرب لأرض لا شرب لها فهو حينئذ كالأجنبي من الشركاء في هذه الأرض، فيمنع كل ذلك لما ذكر ولما يؤدي إليه من أضرار تلحق بالملاك، فلو جاز لكسل أن

(١) مسند أحمد ٧٢/٥، الدارقطني ص ٣٠٠، السنن الكبرى للبيهقي ١٠٠/٦، ورد الحديث بعدة روايات:

الرواية الأولى : المذكورة أعلاه.

الرواية الثانية : (لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه ذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم) - أحمد ٤٢٥/٥.

الرواية الثالثة : (عن عمارة بن حارثة الضمري يحدث عن عمرو بن يثربي قال : (شهدت خطبة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بمنى فكان فيما خطب به أن قال : ولا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طسابت به نفسه. قال: فلما سمعت ذلك قلت : يا رسول الله أرأيت لو لقيت غنم ابن عمي فأخذت منها شاة فاجتررتها هل علي في ذلك شيء ؟ قال : إن ألقيتها نعمة تحمل شفرة وزنادا بخيت الجميش فلا تمسها) البيهقي ٩٧/٦. قال الألباني أن هذا الحديث صحيح لأن هذه الروايات تقوي بعضها بعضاً. (الألباني، إرواء الغليل ٥/٢٧٨).

يحدث شرباً دون إذن الشركاء لأدى ذلك إلى نقص الماء عن الملاك، وهذا عرضة لضياع حقهم وهلاك ممتلكاتهم.

فلا يجوز لأحد أن يتعدى ويأخذ من النهر المملوك شرباً لأرضه دون إذن جميع أهله. فلو أذن بعضهم لم يجز للمأذون له أن يأخذ شيئاً من النهر دون إذن البقية، بل لو أذنوا إلا واحداً لم يصح إذنهم. ولو كان هذا الواحد غائباً أو صبيّاً انتظر حتى القدوم والبلوغ، فلا بد من إذن الجميع بذلك لأن كل فرد له حق في النهر ويناله بإحداث الشرب الجديد ضرراً^(١).

قال ابن قدامة : ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً يسقي به أرضاً في أول النهر أو غيره، أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز لأنهم صاروا أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم، ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره^(٢).

ومما جاء في الفتاوى الهندية : قلت لأبي يوسف - رحمه الله تعالى - في نهر بين قوم فأذنوا كلهم رجلاً ليسقي الماء إلا رجلاً منهم لم يأذن له. أو في أصحاب النهر صبي قال لا يسعه أن يسقي حتى يأذنوا كلهم جميعاً^(٣).

وقال في مغني المحتاج : "ويصنع كل واحد بنصيبه ما شاء، لكن لا يسوقه لأرض لا شرب لها من النهر لأنه يجعل لها شرباً لم يكن^(٤)".

لقد رأى الشافعية أنه حتى بعد قسم الماء لا يجوز لأحد سوقه لأرض ليس لها شرب من النهر لما قد يسببه ذلك مع تطاول الزمن من اعتباره حقاً لازماً لها. ومن باب أولى لا يرون لأحد أن يسوق شيئاً من الماء المشترك قبل قسمه لأرضه أو أرض غيره.

(١) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٦، الفتاوى الخانية ٢٠٧/٣، الفتاوى الهندية ٤٠٦/٥، الفتاوى البزازية ١١٤/٣، ١١٥، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٥/٥، ٢٨٦، الباجي، المنتقى ٣٣/٦-٣٤، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١١/٥، ابن قدامة، المغني ٥٨٨/٥، المرادوي، الإنصاف ٣٨٧/٦.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٨٨/٥.

(٣) الفتاوى الهندية ٤٠٦/٥، الفتاوى الخانية ٢٠٧/٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، وانظر النووي، روضة الطالبين ٣١١/٥.

المطلب الثاني

أحكام مياه الآبار والعيون

الفرع الأول : أحكام مياه الآبار :

هذا النوع من المياه هو ما يستخرجه الشخص لنفسه، وقد اختلف الفقهاء في ملكية هذه المياه على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية إلى أن الماء الذي في البئر غير مملوك، إنما صاحب الأرض أحق به من غيره، فما يفضل عن استعماله يجب عليه بذله لغيره إذا طلب. فهو أحق به لكونه في ملكه، فإن دخل أحد ملكه بغير إذنه وأخذ من هذا الماء ملك ما أخذ، لأنه مباح في الأصل^(١).

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية ورواية عن أحمد إلى أنه مملوك^(٢). واستدل الذين قالوا بأنه مملوك بأنه نماء الملك.

وأما المانعون فقد استدلوا بجملة من الأدلة منها:

(١) حديث: (المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والنار والكلأ)^(٣).

(٢) نهي الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن بيع فضل الماء^(٤)، مما يدل على أنه غير مملوك له، لذلك لم يجز بيعه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ١٨٢/٥، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٨٦-٢٨٨/١٠، الزيلعي، تبين الحقائق ٣٩/٦، الشوكاني، نيل الأوطار ٣٤٤/٥، ابن قدامة، المغني ٦١-٦٢/٤، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٦٠/٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٦١-٦٢/٤، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٦٠/٤، الشوكاني، نيل الأوطار ٣٤٤/٥.

(٣) سبق تخريجه في ص ٤٥.

(٤) سبق تخريجه في ص ٤٦.

(٣) أنه ليس بنماء ملكه، إنما يجري من تحت الأرض إلى ملكه فأشبه الماء الجاري في النهر إلى ملكه.

وقد نصت المادة ١٢٣٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن الماء الجاري تحت الأرض ليس بملك لأحد.

وذكر الحنفية أن هذا الماء وإن كان ليس مملوكا لصاحب الأرض لكنه في حكم ملسك الأرض، ولصاحبه أن يمنع سائر الخلق منه... ولكن إذا لم يكن للناس ماء غيره فعلى صاحب الأرض أن يأذن لهم بالدخول في أرضه والأخذ من مائه أو يخرج الماء إليهم، وأن يسقيهم ما يكفيهم وليس لهم أن يسقوا زرعهم وبساتينهم. إلا إذا لم يكن له في الماء حاجة أصلاً^(١). وثبت هذا الحق لغير المالك هو ما يعرف عند الفقهاء بحق الشفة، وهذا ما سنتكلم عنه في الفصل القادم إن شاء الله تعالى.

وقال ابن القيم رحمه الله: "وقواعد الشريعة تقتضي المنع من بيع هذا الماء، فإنه إنما كان له حق التقدم في سقي أرضه من هذا الماء المشترك بينه وبين غيره. فإذا استغنى عنه لم يجز له المعاوضة عنه، وكان المحتاج إليه أولى به بعده"^(٢).

ولذلك لا يثبت فيه حق الشرب إلا بإذن صاحب البئر، لأن في إباحته إلحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض، إذ فيه احتمال إبطال حق صاحب الأرض الذي أجرى الماء في ملكه الخاص، إذ بإباحة الشرب سيكون متساوياً مع كل من له أراض تسقى منه، وبذلك لا يكون له حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التي يجري فيها الماء أوجد لها امتيازاً بذلك الملسك الذي قدمه، ولأن الشرب لا حد للماء الذي يؤخذ فيه، إذ ليست له نهاية معلومة وقدر معلوم، ففسي إباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع.

ولا شك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيراً لأنه لم يترتب له حقوق أثبتتها ملكية خاصة له، وعلى هذا لا يثبت الشرب في هذا النوع من الميله إلا بقدم غير معروف أوله أو بإذن خاص من المالك^(٣).

(١) أبو يوسف، الخراج ص ٩٥-٩٦.

(٢) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤-٢٦٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ١٨٢/٥، ابن عرفة، حاشية النسوقي ٧٣-٧٢/٤، النووي، روضة الطالبين ٣٠٩/٥، ابن قدامة، ابن قدامة، المغني ٥٨٩/٥.

ثم إن هذا النوع من الآبار يختلف من حين لآخر . فإذا كان الماء كثيراً وحوله مزارع تحتاج إلى السقي منه جاز سقيها بشرط أن لا يحول ذلك دون استيفاء حق الشفة لبني آدم والبهائم . وإذا كان الماء قليلاً بحيث يضيق عن كفاية حق الشفة وحق الشرب قدم حق الشفة لأن الإنسان والحيوان أولى به من الزرع .

هل يلزم بذل فضل من ماء البئر للزرع والشجر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه يلزم بذله، وهو المذهب عند الحنابلة^(١) وقول مرجوح عند

الشافعية^(٢).

قال الإمام أحمد في الرجل يكون له الأرض وليس له فيها بئر ولجاره بئر في أرضه فليس له أن يمنع جاره أن يسقى أرضه من بئره^(٣) .

واستدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة عن عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما- (أن قيّم

أرضه بالوهط كتب إليه يخبره أنه سقى أرضه وفضل له من الماء فضل بثلاثين ألفاً فكتب إليه عبد الله بن عمرو : "وأقيمَ قَلْدَكَ ثم اسقِ الأَدْنَى فالأَدْنَى فإني سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ينهى عن بيع فضل الماء"^(٤).

وجه الدلالة :

أن عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما- أمر عامله بأن يبذل ما فضل من الماء لأهل الزرع الأدنى منهم فالأدنى وما ذاك إلا لما فهمه من نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الفضل وما دام لا يجوز بيعه فيجب بذله للمحتاج من أهل الزرع وغيرهم^(٥).

(١) المرادوي، الإنصاف ٣٦٥/٦، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٠، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤.

(٢) الشربيني، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣.

(٣) أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٠.

(٤) أبو عبيد، كتاب الأموال ص ٣٧٩-٣٨٠، وجاء في الخراج ليحيى بن آدم ص ١٠٥ عن سالم مولى عبد الله بن

عمرو قال: (اعطوني بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين ألفاً...) ورواه أبو يوسف في الخراج ص ١٠٤.

وروى الإمام أحمد في المسند ١٨٠/٢، عن أبي الضر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى. (هامش

الخراج ليحيى بن آدم ص ١٠٦).

(٥) نفس المراجع السابقة.

القول الثاني : أنه لا يلزم بذلك فضل ماء البئر لشرب الزرع. وبهذا قال الشافعية^(١) في الأصح عندهم وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة^(٢).
وعللوا لذلك بأن الزرع لا حرمة له في نفسه ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه. فلا يجب على الغير أن يبذل له الماء^(٣).

القول الثالث : التفريق بين حالين حيث يجب بذله في إحداها ولا يجب في الأخرى، فيجب في حال ما إذا حصل لجاره ظرف طارئ فقد بسببه الماء كأن ينهار بئر له زرع يخشى عليه الهلاك قبل أن يتم إصلاح البئر ففي مثل هذه الحال يجب بذل الفضل له وما عدا ذلك لا يجب بذله للزرع، وهذا قول المالكية^(٤).
وعللوا لذلك فقالوا : "بأن من احتاج إلى فضل ماء غيره بسبب انقيار بئر حاله حال ضرورة يحتاج فيها إلى إنقاذ زرعه من الهلاك بسبب هذا الهدم الذي لا دخل للمالك في إيجاده.

وهذا بخلاف من يريد سقي أرضه من غير أن يكون له مصدر للماء ابتداءً لأن هذا يعتبر مضاراً لجاره يريد أن ينتفع على حساب الغير^(٥).

ويجاب عن استدلال القول الأول بحديث عبد الله بن عمرو : بأن في الحديث دلالة على تحريم بيع الماء، وأما وجوب بذله للزرع فكان أمر ابن عمرو لعامله بذلك إنما هو من باب الإحسان والمعروف لا أنه يجب عليه ذلك^(٦).

ويجاب عن قول أصحاب القول الثاني بأن الزرع لا حرمة له : بعدم تسليم ذلك، فإن المال له حرمة، ولا يجوز إضاعته وإتلافه. ولو سلم ذلك فإن لصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب في إهلاك ماله، وهذا ينطبق على ما إذا حصل فقد الماء بظرف طارئ، أما في غير ذلك فإن صاحب الزرع هو الذي أقدم على إهلاك زرعه^(٧).

(١) الشرييني، مغنى المحتاج ٢/٣٧٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣.

(٢) المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٦، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٩-٢٢٠.

(٣) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٤/٢٥٩.

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩٠-١٩١، النفاوي، الفواكه الدواني ٢/٣٢٠.

(٥) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩١.

(٦) نفس المصادر السابقة و الشرييني، مغنى المحتاج ٢/٣٧٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣.

(٧) نفس المراجع السابقة وزاد المعاد ٤/٢٥٩.

الرأي الراجح :

ويظهر لي أن الرأي الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من التفريق بين حالتين فقد الماء بسبب طارئ وغيرها من الأحوال، ففي حال ما إذا كان سبب فقد الماء انهيار بئر صاحب الزرع أو تعطل آلة نزع الماء ونحو ذلك يجب على من عنده فضل أن ينقذ الزرع من الهلاك لحرمة المال.

وفي غير ذلك من الأحوال لا يجب البذل للزرع كمن زرع دون أن يوجد له مصدراً للشرب فإن هذا قد عرض زرعه للهلاك ابتداء ويريد أن يتقل به غيره فلا يلزم غيره أن يسقي زرعه لأنه حينئذ مضار. وفرق بين مضطر ومضار^(١).

الفرع الثاني : أحكام مياه العيون

العيون ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العين التي نبع ماؤها من دون تصرف للآدمي فيه:

وحكم هذا النوع من المياه أن لكل أن يأخذ منه قدر شربه، كما يجوز لكل أحد أن يسوق منه جدولاً ليحیی به أرضاً مواتاً على أن لا يضر ذلك بمن سبقه في استحقاق الشرب من هذا الماء.

فإن حصل نقص في ماء هذا النوع من العيون في بعض الأوقات فلم يكف الأراضي الشاربة منه فمن المقدم في الشرب؟

نص الإمامان الماوردي و أبو يعلى على أنه يقدم من الأراضي ما تم إحياءه بماء هذه العيون، فلو كان هناك أرضان، أرض أحبيت بماء هذه العيون والأرض الأخرى كان سبب إحيائها بمصدر آخر من بئر أو نهر ونحو ذلك، ولكن رتب لها فيما بعد الشرب من هذه العيون فإن الأرض الأولى تقدم عند ضيق الماء عن كفايتها.

وإن كانت الأراضي التي تشرب من هذه العين كلها أحبيت بماء العين ولكن اختلف زمن إحيائها قدم في الشرب أسبقها إحياء ثم من يليه وهكذا فيكون النقصان في حق الأخير. فإن أحبيت في وقت واحد تحاصروا في الماء بالمهاياة عليه أو بقسمته^(٢).

(١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٠/٦-١٩١، النفراوي، الفواكه الدواني ٣٢٠/٢.

(٢) أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢١-٢٢٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤.

والذي يظهر لي أنه يتخرج في هذا النوع من العيون قول آخر للعلماء القائلين بأن ماء النهر إذا تشاح فيه أهله سقى الأعلى فالأعلى. والأعلى عندهم هو المتقدم في أعلى النهر بغض النظر عن زمن إحيائه . وأيضا يتخرج لهم في هذا النوع من العيون قول كذلك القول في النهر، فيرون أن من كان أقرب إلى منبع العين يكون أحق بالسقي أولاً بغض النظر عن زمن إحيائه. والراجح هو القول بتقديم السابق إحياء ، والله تعالى أعلم.

النوع الثاني : العين التي استنبط الأدميون ماءها في الأرض الموات :

وأحكام هذا النوع كأحكام النهر المشترك، إن اشترك جماعة في استنباطها، وإن كان المستنبط لها واحداً كانت كبنر التملك^(١) فيملكها مستنبطها، وله سوق مائها إلى حيث شاء، وما جرى فيه ماؤها يصير ملكا له^(٢) .

النوع الثالث : العين المستنبطة داخل الملك:

وأحكام هذا النوع كأحكام البئر المستنبطة^(٣) داخل الملك فالمالك أحق بمائها لشرب أرضه وسقي دوابه. فإن كان قدر كفايتها فلا حق عليه فيه إلا لشارب مضطر. إلا أن الماء غير مملوك ثم لأنه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وعلى كل حال فقد اتفق الفقهاء على أن لكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضونه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه، ولا يحل لصابه المنع من ذلك^(٤).

وإن فضل عن كفايته وأراد أن يحيي بفضله أرضاً مواتاً فهو أحق به لشرب ما أحياه.

وإن لم يرد له موات أحياه جرى في بذله للماشية والزرع الخلاف السابق في بذل فضل

البئر^(٥) .

(١) انظر الصفحة ١٣٨.

(٢) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤. أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٢، الدررير، الشرح الكبير وحاشية السوقي ٦٧/٤. أنظر ابن قدامة، المغني ٥٨٩/٥.

(٣) انظر الصفحة ١٤١.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥٨٩/٥ والمراجع السابقة.

(٥) المراجع السابقة، وعلي حيدر، درر الحكام ٢٨٧/٣.

المطلب الثالث

ضمان الأضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب

كل عمل يمكن أن ينشأ عنه ضرر، ومن ذلك استعمال حق الشرب فعند استيفائه قد ينشأ عنه ضرر يلحق بالغير، وهذا الضرر إما أن يكون ناتجاً عن استعمال معتاد وإمّا أن يكون ناتجاً عن استعمال غير معتاد.

الحالة الأولى: وهي إذا كان الضرر ناتجاً عن استعمال الإنسان لشربه استعمالاً معتاداً لم يتجاوز حدود الحق المأذون به شرعاً فلا ضمان على المتسبب في إلحاق الضرر بالغير. ومن صور ذلك: إذا سقى إنسان أرضه سقياً قدر الحاجة في وقتها فنزت أرض جاره نتيجة لذلك فلا ضمان على من سقى أرضه لعدم تعديّة حينئذ لأن ما فعله إنما هو سقى أرضه حسب حاجتها المتعارف عليها عند أهل الخبرة، فهو إذا عمل مأذون له فيه والتعدي إنما يكون بفعل غير مأذون فيه. قال ابن جزى^(١): "وكل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن"^(٢).

ثم إنه لو ضمن المتسبب في مثل هذه الحالة لأدى ذلك إلى منعه من استعمال حقه في الشرب. فإنه إذا كان كلما سقى أرضه ضمن ما نزلت به أرض جاره يمتنع عن السقي حينئذ وهذا ضرر أشد مما لحق غيره، "والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"^(٣).

الحالة الثانية: هي ما إذا كان الضرر ناتجاً عن استعمال الإنسان لحقه في الشرب استعمالاً غير معتاد بأن تجاوز حدود ما أذن له به شرعاً اعتبر معتدياً وحينئذ يكون عليه الضمان.

وقد ذكر الفقهاء للتعدي في الشرب صوراً عديدة منها:

- أن يسقي أرضه بغير حق بأن لا يكون له نصيب في الماء الذي سقى منه أرضه.
- ومنها أن يسقي أرضه في غير نوبته.

(١) ابن جزى: هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزى الكلبي المالكي من أهل غرناطة كان فقيهاً حافظاً مشاركاً في فنون شتى، ألف الكثير في شتى الفنون منها "القوانين الفقيهية في تلخيص مذهب المالكية". توفي شهيداً يوم الكائنة بطريف في سنة ٧٤١هـ. (ابن فرحون، الديباج المذهب ص ٢٩٥-٢٩٦).

(٢) ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٦.

(٣) مجلة الأحكام العنلية مادة رقم (٢٧) ص ١٩.

- ومنها أن يجري الماء في النهر بأكثر من طاقته.
 - ومنها أن يخرب ضفة النهر حتى يسيل منها الماء ويفسد زرع غيره.
 - ومنها أن يحول الماء إلى نهر أو موضع ليس له حق في الشرب من هذا النهر.
 - ومنها أن يسكر النهر بغير حق فيرتفع الماء ويسيل عن ضفة النهر فيغرق ما حوله.
- إلى غير ذلك من الصور التي تتجدد حسب الأحوال والأزمان، ففي هذه الأحوال يضمن ما نتج عن فعله من أضرار تلحق بغيره لتعديه لأن كل ضرر يكون مصدره التعدي يلزم صاحبه بالضمان، وما لا فلا .
- قال في الفتاوى الهندية : "إذا فتح رأس نهره فسال من النهر شيء إلى أرض جاره فغرقت ينظر إن كان فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء في مثل ذلك النهر في العرف والعادة لا يضمن. وإن فتح مقدار ما لا يفتح مثله في ذلك النهر ضمن" (١) .
- فالغرق حصل للأرض في الحالين ولكن عندما يكون السبب غير مصحوب بتعدد لا ضمان على المتسبب، وإذا صحبه تعد لزم الضمان.
- ولا خلاف في هذا بين العلماء (٢) فيما اطلعت عليه.

(١) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٥.

(٢) الفتاوى الهندية ٣٩٧/٥-٣٩٨، المرغيناني، الهداية ١٥٠/٨، الفتاوى البزازية ١٢٠/٣، الزيبي، تبين الحقائق ٤٣/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٧/٥، ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٦، الشريبي، مغني المحتاج ٨٣/٤، ابن قدامة، المغني ٣٠٥/٥، المرادوي، الإنصاف ٢٢٤/٦، ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٨، القاعدة (٨٩) مجلة الأحكام العدلية المواد (٩٣)، (٩٢٤) شرح المجلة درر الحكم ٨٣/١، ٥٤٨/٢.

المطلب الرابع

أحكام المياه المحرزة

المراد بهذا النوع من المياه ما تتم حيازته في أوان خاصة كالخوانات^(١) والصحاريج والقدور والقرب ونحو ذلك، سواء أكان الحائز له فرداً أم جماعة.

فهذا النوع من المياه يملك بحيازته ولا حق للغير فيه لخروجه بالاستيلاء من الإباحة إلى الملكية التامة، يجوز بيعه وتمليكه وتملكه ومنع سائر الخلق عنه وقد حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك وذلك لأنه ملكه بالإحراز، وصار كالصيد والحشائش إذا حازه إلى ملكه، ثم أراد بيعها.^(٢) وما دام أنه مملوك فيجوز بيعه حينئذ. ويدل على تملكه وجواز بيعه ما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من (أنه نهي عن بيع الماء إلا ما حمل منه)^(٣).

وجه الدلالة :

أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أجاز بيع ما حمل من الماء فدل على أنه مملوك إذ لا يباع إلا ما ملك. وقد جرت العادة ببيع المياه المحرزة قديماً وحديثاً^(٤).

قال الكاساني : "وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحرزة في الظروف . به جرت العادة في الأمصار وفي سائر الأعصار من غير تكبير " ^(٥) .

وبناء على ذلك فلا يجوز لأحد أن ينتفع به بأي صورة كانت من شرب أو استعمال أو غير ذلك إلا بإذن مالكة كسائر الأملاك الخاصة، شأنه في هذا شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه وإحرازه كالصيد والحطب.

(١) الخوانات هي نوع من الآنية توضع فيها الماء.

(٢) الموصللي، الاختيار لتعليل المختار ١٣٤/٢، أبو عبيد، الأموال ص ٤٢٣، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٨/٦، أبو يوسف، الخراج ص ٩٥، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤.

(٣) أبو عبيد، الأموال ص ٣٨١، الحديث رواه أبو عبيد قال: حدثني نعيم بن حماد عن بقية بن الوليد عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن المشيخة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ... الحديث.

قال أبو عبيد: إسناده ليس بذاك ولم أجده في شيء من كتب السنة التي اطلعت عليها.

(٤) نفس المرجع السابق.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٨/٦.

وبهذا قال جمهور العلماء (١) .

وللشافعية قول مرجوح في المذهب : إن الماء لا يملك بحال، وأن من حازه يكون أولى به من غيره ولا يجوز له بيعه؛ وضعف الأخذ بهذا الرأي جمهور الشافعية (٢) .

وقد بين الإمام ابن القيم رحمه الله - أن هذا النوع غير داخل في معنى الشركة في الماء بقوله " فأما من حاز في قريته أو إبنائه فذاك غير المذكور في الحديث -أي حديث "الناس شركاء في ثلاث- وهو بمنزلة سائر المباحات إذا حازها إلى ملكه ثم أراد بيعها كالحطب والكأ والملح، وقد قال -صلى الله عليه وسلم- (لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعهها فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه) رواه البخاري (٣) .

فهذا في الكأ والحطب المباح بعد أخذه وإحرازه، وكذلك السمك وسائر المباحات، وليس هذا محل النهي بالضرورة (٤) أي النهي عن منع الكأ والماء الوارد به النص، فإن النهي فيما لم يحرز .

غير أن الحنفية يرون بقاء شبهة الشركة في هذه الأمور بعد إحرازها، ولذا لو قل الماء فارتفع سعره فسرق شخص من آخر ماء تبلغ قيمته نصاب حد السرقة لا يجب قطعه درءا بشبهة الشركة فيه (٥) .

٥٢٥٠٣٩

(١) المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٨/٦، الفتاوى البزازية ١١٤/٣، الفتاوى الهندية ٣٩١/٥، الزيلمي، تبيين الحقائق ٣٩/٦-٤٠، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨١/٥-٢٨٢. مرشد الحيران مادة رقم (٤١) ص ١٢، الخرشي علي خليل ٧٣/٧، الدردير، الشرح الكبير وحاشية النسوقي ٦٥/٤، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٤٥٤/٢، الشريبي، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤، ابن قدامة، المغني ٩١/٤.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥، البجيرمي، حاشية البجيرمي ٢٠١/٣.

(٣) البخاري، صحيح البخاري ٣٣٥/٣.

(٤) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤.

(٥) المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الزيلمي، تبيين الحقائق ٤٠/٦.

المطلب الخامس

إصلاح الأنهر ونفقات الإصلاح

المراد بإصلاح الأنهر : هو القيام بما يصلحه لحفظ مياهه كإزالة العوائق من طين ونحوه وبناء ما انخرم من شواطئه ونحو ذلك، وسنبين فيما يلي أحكام إصلاح الأنهر سواء أكانت عامة كالأنهار الكبيرة والقنوات العامة أم خاصة بفرد أو جماعة كالأنهار والقنوات المشتركة بين جماعة معينين.

وسنتناول تفصيل ذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : إصلاح الأنهر العامة ونفقات هذا الإصلاح .

الفرع الثاني : إصلاح الأنهر الخاصة ونفقات هذا الإصلاح.

الفرع الثالث : كيفية توزيع نفقات إصلاح الأنهر والقنوات الخاصة على الشركاء.

الفرع الأول

إصلاح الأنهر العامة ونفقات هذا الإصلاح

الأنهار العامة تشمل: الأنهار الكبيرة والقنوات العامة وهذه الأشياء منفعتها للعامة بالشراب منها، فعلى من تكون نفقات إصلاحها؟

لما كانت الولاية في الإسلام شأنها القيام بمصالح العباد ورعاية شئونهم، ومن مصالح العباد ما يحتاج إلى الإنفاق عليه، أنشئ لذلك بيت المال، وأسندت مسؤولية القيام عليه إلى من بيده ولاية أمر المسلمين.

ومن مصالح العباد التي تحتاج إلى الإنفاق عليها المجاري العامة من أنهار وقنوات فينفق على إصلاحها والعناية بها من بيت مال المسلمين^(١).

قال الكاساني: "ولو احتاجت هذه الأنهار - أي الأنهار العامة - إلى الكرى^(٢) فعلى السلطان كراها من بيت المال، لأن منفعتها لعامة المسلمين، فكانت مؤنتها من بيت المال... وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان إصلاح مسناتها^(٣) من بيت المال لما قلنا"^(٤).

والدليل على ذلك ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - (أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى أن الخراج بالضممان) رواه الخمسة^(٥).

(١) المرغيناني، الهداية ١٤٦/٨، الفتاوى الخانية ٢١٦/٣، الفتاوى البزازية ١٢٢/٣، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦، أبو يوسف، الخراج ص ١٠٥-١٠٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥، النووي، روضة الطالبين ٣٠٦/٥، الشرييني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢.

(٢) الكرى: إخراج الطين من أرض النهر، وحفره وإصلاح ضفتيه.

(٣) المسناة: صغيرة تبنى للسيل لترد الماء سميت مسناة لأن فيها مفاتيح للماء بقدر ما يحتاج إليه (ابن منظور، لسان العرب مادة (سنا) ٤٠٦/١٤).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٢١٣، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٥١.

(٥) سنن أبي داود ٣٨٥/٣، رقم الحديث (٣٥٠٨)، سنن النسائي ٢٢٣/٧، جامع الترمذي ٢٦٠/٢، سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، الحديث رقم (٢٢٤٣)، مسند الإمام أحمد ٤٩/٦، وقال الترمذي حديث حسن.

وجه الاستدلال :

إن منفعة الأنهار الكبيرة والقنوات العامة عامة لجميع المسلمين، فتكون نفقة صيانتها عليهم جميعاً، ولما كانت أموال بيت المال^(١) ملكاً لجميع المسلمين، تعينت مصرفاً لما فيه مصلحتهم العامة. وفي وقتنا الحاضر أسند القيام بصيانة الأنهار والمجاري إلى جهات مختصة في الدولة، وغالب من يتولى ذلك في أكثر البلدان وزارة الزراعة والمياه.

وما ذكرته ظاهر في حال ما إذا كان المال الصالح للصرف منه على مثل هذه الأمور متوفراً في بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال ما يكفي لمثل تلك الأمور فما الحكم؟ في هذه الحالة يكون من مسؤولية ولي الأمر تكليف المنتفعين بهذه الأنهار والمجاري بالقيام بما يلزم نحو صيانتها بأنفسهم ومن يمتنع منهم عن ذلك فللولي إجباره مراعاة للمصلحة العامة.

وطريقة قيامهم بهذا الشأن تختلف باختلاف حالهم، فمنهم من يباشر العمل بنفسه، ومنهم من يكون غنياً فيؤخذ منه مبلغ من المال معادل للجهد المطلوب منه ويدفع لآخر يقوم بالعمل كما أن بعض الأعمال تحتاج إلى أهل الاختصاص والخبرة فيأخذون من هذا المال حسب ما تحتاجه تلك الأعمال.

ولا يجوز للإمام أن يتهاون في إجبار من يتراخي عن القيام بصيانة نحو هذه الأنهار والمجاري لما يترتب على إهمالها مدة من الزمن من أضرار عظيمة كأن تهلك المزارع ويقل الطعام في الأسواق وترتفع الأسعار ويعم الجوع وفي هذا المعنى يقول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عندما أجبر الناس على مثل هذا : "لو تركتم لبعتم أولادكم"^(٢).

فلا يجوز للإمام أن يترك الناس يتراخون عما فيه مصلحة عامة لهم، وعادة سواد الناس أن لا يتفقوا على القيام بمثل هذه الأمور باختيارهم، فلا بد من جبرهم على ذلك، وهذا من الأسباب الأصلية لشرعية الولاية^(٣).

(١) ليس كل الأموال الموجودة في بيت المال صالحة للإنفاق منها على مثل هذه المصالح فهناك أموال لا تصلح لذلك كمال العشر والصدقات لاختصاص الأموال العشرية بالنواب واختصاص الصدقات بمصارف الزكاة.

(٢) المرغيناني، الهداية ١٤٦/٨، انظر تفصيل ذلك في الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٢١٣ وما بعدها وأبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٥١ وما بعدها).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية : "هذا الأثر غريب" ، ٢٩٤/٤.

(٤) المرغيناني ، الهداية ١٤٦/٨ ، الفتاوى الخانية ٢١٦/٣ ، الفتاوى البزازية ١٢٢/٣ ، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢٨٤/٥ ، والماوردي، الأحكام السلطانية ص ٢١٣ و ٢٥١.

ومما قاله المرغيناني في هذا الموضوع : "إن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريبه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم ... إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم"^(١) .
وتأسيساً على ما سبق فإنه يمكن اعتبار ما ندفعه من النقود لسلطة المياه هو تكاليف صيانة وإصلاح.

الفرع الثاني : إصلاح الأنهر الخاصة ونفقات هذا الإصلاح

لما كان الانتفاع بهذا النوع من الأنهر خاصاً بفرد أو جماعة تعين عليهم وحدهم القيسام بإصلاحه دون سواهم، وهذا هو ما يتطابق مع القاعدة الشرعية "الغرم بالغنم"^(٢) .
فالفرد أو الجماعة الشركاء في مثل هذه الأنهار والقنوات، هم المنتفعون بها لهم غنمها، فتعين عليهم غرمها وهو إصلاحها وصيانتها، فتكون تكاليف ذلك عليهم حسب حصصهم في الملكية^(٣) .

وهذا الأمر ظاهر في حال ما إذا كان المجري مشتركاً وقام الشركاء بهذه الأعمال جميعاً برضاهم. لكن لو حصل بينهم خلاف وأراد بعضهم التخلي عن أداء ما يخصه فهل يجبره الحاكم أو لا ؟
للفقهاء في ذلك تفصيل :

وهو أن ما تحتاجه هذه الأنهر إما أن يكون دفعاً لضرر عام ينال جميع أهله لو ترك وإما أن يكون دفعاً لضرر يلحق بالبعض، فإن كان الضرر عاماً أجبر الممتنع عن المشاركة بما يخصه من تكاليف لدفع هذا الضرر، لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على المشاركة من باب دفع الضرر عن الجماعة، ومن صور ذلك : ما لو كان هنالك نهر مشترك بين جماعة يأخذ الماء من نهر كبير فخافوا أن ينبثق فم النهر الصغير ويغرق المزارع فأرادوا أن يحصنوه لزم الجميع المشاركة في ذلك بالحصص، ومن امتنع منهم أجبره الحاكم^(٤) .

(١) المرغيناني ، الهداية ١٤٦/٨ .

(٢) مجلة الأحكام العنلية ص ٢٦ مادة رقم (٨٧) .

(٣) ابن قدامة ، المغني ٥٩٠/٥ ، النووي، روضة الطالبين ٣٠٨/٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦ ، أبو يوسف، الخراج ص ١٠٣ ، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٣/٦ .

وإن كان الضرر خاصاً بالبعوض فلا يجبر الجميع، وذلك كما لو أراد بعض الشركاء كرى النهر لأجل زيادة الانتفاع بالماء، فامتنع البعض الآخر لم يجبر الممتنع عن ذلك لأن الغرض من الكرى هو زيادة الانتفاع، ولا يجبر أحد لا يريد أن يزيد نفعه، ولكن هذا الممتنع لا يكون له حق في هذه الزيادة، قال بهذا التفصيل الحنفية^(١) والمالكية^(٢).

قال في المدونة : "قلت : أرأيت إن كانت قناة بيننا ونحن أشراك فاحتاجت القنائة إلى الكنس^(٣) فقال بعضنا نكنس وقال بعضنا لا نكنس، وفي ترك الكنس ضرر لانتفاص الماء مسا حالهم؟ قال : كان لمن أرادوا الكنس أن يكنسوا ويكون لهم فضل الماء الذي زاد بالكنس دون الذين لم يكنسوا. وذلك أني سمعت مالكا سئل عن قوم بينهم ماء فقسل ماؤهم، فكان لأحدهم نخل يسير فقال الذي له هذه النخل اليسيرة في مائي ما يكفيني ولا أعمل معكم، قال مالك : يقال للآخرين : اعملوا فما جاء من فضل ماء عن قدر ما كان لكم أن تمنعوه إلا أن يعطيكم حصته من النفقة ويكون له من فضل الماء على قدر حصته"^(٤).

ولم أقف للشافعية والحنابلة على ما يفيد التفريق بين نوعي الضرر، ولهما قسولان في إجبار الممتنع من الشركاء عن المشاركة في إصلاح النهر أو القناة أو الدولاب أو الناعورة^(٥) أو العين. أحدهما : يجبر وهو قديم قول الشافعية^(٦) وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد^(٧). والآخر لا يجبر وهو مذهب الشافعي في الجديد^(٨). والرواية الأخرى عند الحنابلة^(٩).

الرأي الراجح :

الذي يظهر لي أن ما ذهب إليه القائلون بالتفريق بين نوعي الضرر وإلزام المنتفع في حال ما إذا كان الضرر عاماً وعدم إلزامه في حال ما إذا كان الضرر خاصاً هو الراجح، وذلك لما يترتب على عدم إجبار الممتنع في حال الضرر العام من أضرار تتعدى الممتنع إلى

(١) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٣، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩١.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩٣.

(٣) الكنس : أي التنظيف.

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٥/١٩٣.

(٥) الناعورة: الدولاب؛ والناعور: جناح الرحي، والناعور: نلو يستقى بها؛ والناعور واحد النواعير التي يستقى بها يديرها الماء. (ابن منظور، لسان العرب ٦/٢١٥).

(٦) النووي، روضة الطالبين ٤/٢١٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/١٩٠.

(٧) ابن قدامة، المغني ٤/٥٦٩، ابن قدامة، الكافي ٢/٢١٧.

(٨) النووي، روضة الطالبين ٤/٢١٦، الشربيني، مغني المحتاج ٢/١٩٠.

الجميع، ذلك أن التهاون في مثل هذه الأمور يؤدي إلى أن تهمل المجاري والأنهر وهذا بالتالي ينتج عنه خسارة كبيرة في المحاصيل وأضرار بحق الشفة وهو حق عام. فينال الضرر أمة من الناس غير قليلة فتجب الحيلولة دون وقوعه وإن وقع وجب دفعه دون تراخ. وأما إذا كان الضرر خاصاً فإن ضرره محدود ولا يترتب عليه تقويت مصالح عامة فيحتمله من وقع عليه، فإنه لو شاء لدفعه من دون جبر على ذلك، فإذا لم يدفعه حل به ما يترتب على صنيعه من ضرر لا يتعداه إلى غيره، والله أعلم.

الفرع الثالث : كيفية توزيع نفقات إصلاح الأنهار والقنوات الخاصة على الشركاء

بعد أن عرفنا أن إصلاح هذه الأنهار وتحوها تقع على المشتركين فيها نتعرف فيما يلي على كيفية توزيع تكاليف ذلك فنقول :

إن نفقات إصلاح الأنهار أو القنوات ونحوها تقع على جميع المشتركين فيه من أعلاه إلى أن يصل إلى أرض الأول منهم ولا خلاف في هذا بين أهل العلم .

فإذا جاوز أرض الأول فهل يشارك الأول من بعده في إصلاح ما تجاوز أرضه؟
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول : أنه لا يشارك من بعده في نفقات إصلاح ما تجاوز أرضه وأن من بقي يشترك في نفقات إصلاح ما تبقى إلى أن يجاوز أرض الثاني فيسقط عنه ما بعد أرضه ثم الثالث والرابع، هكذا يشارك كل منهم الجميع فيما لم يتجاوز أرضه لا ما بعدها.

وهذا رأي أبي حنيفة^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٥).

وعللوا ذلك : بأن كل شريك في المجرى إنما ينتفع بالمرضع الذي يجري فيه ماؤه وهو ما كان دون أرضه، وأما ما تجاوز ذلك فيختص بالانتفاع به من يليه من باقي الشركاء وما دام لا شراكة له في نفعه فلا يشارك في مؤنته^(١)، لأن الغرم بالغنم^(٢).

(١) ابن قدامة، المغني ٤/٥٦٩، ابن قدامة، الكافي ٢/٢١٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٢، ابن عابدين، رد المحتار ٥/٢٨٤، الفتاوى الخانية ٣/٢١٧، المرغيناني، الهداية ٨/١٤٧، أبو يوسف، الخراج ص ١٠٢.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/٣٧٣، المواق، التاج والإكليل ٥/١٤٧.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٠.

(٥) النووي، روضة الطالبين ٥/٣٠٨، الهيتمي، الفتاوى الكبرى ٣/١٨٤، الأنصاري، أسنى المطالب ٢/٤٥٥.

وبناء على هذا فلو كان النهر أو القناة لعشرة فإنهم يشتركون جميعاً في تكاليف الإصلاح إلى أن يجاوزوا أرض الأول فإذا جاوزوا أرضه كانت تكاليف ما تبقى على التسعة وليس على الأول شيء من ذلك لعدم منفعته بما بعد أرضه إلى أن يجاوزوا أرض الثاني، فإذا جاوزوها كانت تكاليف المتبقي على الثمانية وليس على الثاني شيء من نفقات ما بعد أرضه، وهكذا إلى أن يصلوا إلى أرض العاشر فيكون عليه وحده، فالعاشر أكثر الشركاء تكلفة لمشاركته من أول النهر إلى آخره. بل وانفراده بالتكلفة فيما تجاوز أرض التاسع، وأقلهم تكلفة هو الأول لأنه لا يشارك إلا في أول النهر إلى أن يصل إلى أرضه.

القول الثاني : إن جميع الشركاء في المجرى من نهر ونحوه يساوون في نفقات الإصلاح لا فرق بين من أرضه في أعلى النهر ومن أرضه في أسفله، فالكل يتحمل نفقة الإصلاح من أعلى النهر إلى أسفله قبل أرضه أو بعدها، فيشترك الجميع في جميع النفقات وتوزع بينهم بالحصص.

وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية (٣) وهو الوجه الآخر عند الشافعية (٤).

وعلى الحنفية لهذا القول : بأن الأول وإن كان لا حاجة له فيما جاوز أرضه لأخذ الشرب إلا أن له حقاً فيما بعد أرضه هو حق تسييل ما فضل من مياهه فكان لابد من مشاركته لمن بعده في نفقات الإصلاح والصيانة لعدم انقطاع حقه حينئذ (٥).

وعلى الشافعية لهذا القول : بأن النهر المشترك لهم جميعاً رقبته. والانتفاع به لجميعهم فيجب أن يشترك الجميع في عمارة جميع المجرى كسائر الأملاك المشتركة (٦).

وبناء على هذا القول فلو كان المجرى لعشرة كانت نفقات إصلاحه بينهم بالحصص من أوله إلى آخره حسب حصة كل واحد منهم فيه من غير نظر لمتقدم في أعلاه أو متأخر في أسفله.

(١) ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٠، المواق، التاج والإكليل ٥/١٤٧.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٧) ص ٢٦.

(٣) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٢، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٢، ابن عابدين، رد المحتار ٥/٢٨٤، الفتاوى الخانية ٣/٢١٧، المرغيناني، الهداية ٨/١٤٧.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٥/٣٠٨، الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/١٨٤.

(٥) المرغيناني، الهداية ٨/١٤٧.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٥/٣٠٨، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ٢/٤٥٥، الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية

الرأي الراجح :

الذي يظهر لي أن الراجح هو، والله أعلم، ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن جميع الشركاء في المجرى من نهر ونحوه يساوون في نفقات الإصلاح، لا فسرقة بين من أرضه في أعلى النهر ومن أرضه في أسفله، فإن هذا هو الموافق لقواعد الشرع "الغرم باللغرم" فإن النهر المشترك لهم جميعاً رقبته، والانتفاع لهم جميعاً فيجب أن يشترك الجميع في إصلاح المجرى كسائر الأملاك المشتركة. وتكون نفقات الإصلاح بينهم بالحصص من أوله إلى آخره حسب حصة كل واحد منهم فيه من غير نظر لمتقدم في أعلاه أو متأخر في أسفله. فالكل يغرم ولذلك فالكل لا بد أن يغرم.

ومن التطبيقات المعاصرة أن أصحاب الشقق الذين يرتفقون في بسنر داخل العمارة يتوزعون نفقة الصيانة شرعاً.

المبحث الثاني

الحريم

- المطلب الأول : تعريف الحريم لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثاني : مقدار الحريم - حريم الآبار .
- المطلب الثالث : حريم العيون .
- المطلب الرابع : حريم الأنهار والقنوات .

المطلب الأول

تعريف الحریم لغة واصطلاحاً

- تعريف الحریم لغة :

ما حُرِّمَ فلم يُمسَّ وهو من الدار ما أضيف إليها من حقوقها ومرافقها، ومُتَقَيَّ نَبِيَّةٌ^(١) البئر، ويجمع على إحرام وحرم^(٢) .

تعريف الحریم اصطلاحاً : عرف العلماء الحریم بعدة تعريفات:

فعرفه الصنعاني^(٣) بأنه : "ما يمنع منه المحيي والمحتقر لإضراره"^(٤) .

فقوله (المحيي) : هو من يحيي أرضاً بجوار الأرض ذات الحریم.

وقوله (المحتقر) : من يحفر بئراً بقرب البئر ذات الحریم.

وقوله (إضراره) : أي لما ينتج عن الإحياء أو الحفر من إضرار تلحق بما جعل له

الحریم تحول دون تمام الانتفاع.

وعرفه النووي بأنه : "المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع كالطرق ومسيل

الماء ونحوهما"^(٥) .

قوله (لتمام الانتفاع) أي ليتحقق الانتفاع التام بما جعل له الحریم،

وعرفه ابن عابدين بقوله: "حریم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه"^(٦) .

وعند التأمل في هذه التعريفات نجد بينها بعض التفاوت؛ فالتعريف الأول راعى جانباً

في المعرف وأهمل الجانب الآخر، راعى لزوم الكف عن الحریم والمتسع من التعرض له لما

(١) النبیئة: تراب البئر والنهر، المعجم الوسيط ٨٩٦/٢.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ١١٩/١٢-١٢٠ مادة (حرم)، الفيروزآبادي، القاموس المحيط ٩٤/٤، الفيومي، المصباح المنير ١٤٢/١-١٤٤.

(٣) الصنعاني : هو محمد بن إسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني ثم الصنعاني ولد سنة ١٠٥٩م ، بكحلان باليمن، تنقل بين صنعاء ومكة والمدينة في طلب العلم تفرد بالرئاسة العلمية في صنعاء وأظهر الاجتهاد والوقوف مع الأئمة ونفر من التقليد له مصنفات منها سبل السلام شرح بلوغ المرام، توفي سنة ١١٨٢م.

(٤) الصنعاني، سبل السلام ٨٣/٣.

(٥) النووي، روضة الطالبين ٢٨٢/٥.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥، علي حيدر، درر الحكام ٣٠٣/٣.

ينجم عن ذلك من أضرار تلحق بما جعل له الحريم، ولم يصرح بذكر وجوب التمكين من الانتفاع بالحريم وهو المقصد الأسمى من إيجاد الحريم.

والتعريف الثاني ركز على ما به التمكن من الانتفاع وجعل الحريم هي المواضع التي بها يكمل الانتفاع بما جعل له الحريم ولم يتعرض للزوم الكف عن إلحاق الضرر بالحريم عكس ما في التعريف الأول.

والتعريف الثالث عرف الحريم بما هو أعم منه. فعرفه بما يشملته وغيره من الحقوق والمرافق بينما الحريم هو أحد الحقوق والمرافق لا أنه هي. فهناك حقوق كثيرة حول العقار ولا تعتبر حريماً كالممنوع من إنشاء المصانع بين المساكن ومنع فتح محل للحدادة بين العطارين وكتمكين الجار من غرز خشبة في جدار جاره إلى غير ذلك فكل هذه حقوق وليست حريماً.

- التعريف المختار :

التعريف المختار للحريم هو : "مساحة من الأرض ملاصقة للملك يمكن منها المنتفع لتمام انتفاعه ويمنع غيره منها".

- شرح التعريف :

(ملاصقة) : أعم من أن تكون محيطية لتشمل ما كان محيطاً وما كان من جانب واحد كفناء الدار إذا كان من ناحية واحدة، وكحافتي النهر من جانبيين فقط.
(للملك) : شامل للملك الخاص والملك العام ليعم حريم الدار والبئر المملوكة ، وحريتم الأنهار العامة وآبار السابلة وغيرها.

(يمكن منها) : أي يخلى بينه وبينها فلا يجوز لأحد أن يحول دون ذلك.

(المنتفع) المراد به صاحب الحق سواء كان المالك الحقيقي، كما في الملك الخاص أو كان المنتفع كما في العام.

(لتمام انتفاعه) : أي لتتم الفائدة المقصودة من الملك.

(ويمنع غيره منها) : أي فلا يجوز لأحد أن يتعدى عليها أو يتصرف فيها.

المطلب الثاني

مقدار الحریم

لما كان الحریم متمماً للانتفاع بالملك اختلف مقداره بحسب نوع الملك، فما هو حریم
نوع من الأملاك لا يعتبر حریماً للنوع الآخر، وتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

- حریم الآبار :

اختلف الفقهاء في مقدار حریم الآبار على ستة أقوال :

القول الأول : ويفرق فيه بين حریم نوعين من الآبار هما العادية والبديية، فحریم البئر
العادية - وهي القديمة نسبة إلى عاد - خمسون ذراعاً^(١) من كل ناحية، والبئر البديية - أي
الحديثة - خمسة وعشرون ذراعاً من كل ناحية . وهذا قول سعيد بن المسيب^(٢) وعمر بن
عبد العزيز^(٣) وهو المشهور عند الحنابلة^(٤)، واستدلوا لذلك بالأحاديث التالية :

١- ما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال :
(حریم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً وحریم البئر العادية خمسون ذراعاً) رواه
الدارقطني^(٥) .

(١) الذراع : اليد من كل حيوان. لكنها من الإنسان من المرفق إلى أطراف الأصابع . المصباح المنير ٤٢٢/١.

(٢) أبو عبيد، الأموال ص ٣٧٠، يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠١.

(٣) يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠٣.

(٤) المرادوي، الإنصاف ٣٧٠/٦، ابن قدامة، المغني ٥٩٣/٥.

(٥) سنن الدارقطني : ٢٢٠/٤. روي هذا الحديث الدارقطني عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة من طريقين
أحدهما: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن بليل الزعفراني نا أبو حاتم الرازي نا أبو عمر الحوض
نا الحسن بن أبي جعفر عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي -صلى الله
عليه وسلم- . والثاني : أخبرنا عثمان بن علي الصيدلاني وهبة الله بن جعفر المقري قالاً : نا محمد بن
يوسف بن قوسي المقري نا إسحاق بن أبي حمزة نا ابن أبي يحيى بن أبي الخصيب نا هارون ابن عبد الرحيم
عن إبراهيم بن أبي عبلة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال : قال النبي -صلى الله عليه
وسلم- : "حریم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً وحریم البئر العادية خمسون ذراعاً وحریم العين السائحة
ثلاثمائة ذراع وحریم عين الزرع ستمائة ذراع) لفظهما سواء.

ثم قال الدارقطني - الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ومن أسنده فقد وهم.

قال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي: السند الأول فيه الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف . قال
الغلاس: صدوق منكر الحديث، وقال ابن المديني ضعيف وضعفه أحمد والنسائي وقال البخاري منكر الحديث.
انتهى: (التعليق المغني على الدارقطني ٢٢١/٤).

وجه الاستدلال :

إن هذا نص في مقدار حریم البئر القديمة والحديثة فيجب الرجوع إليه والأخذ به^(١).

(٢) ما رواه أبو عبيد بإسناده عن يحيى بن سعيد قال (السنة في حریم القليب العادي خمسون ذراعاً والبيدي خمسة وعشرون ذراعاً. قال : وهي الآبار ما كان منها قديماً يمنع الناس أن يحفروا فيها خمسين ذراعاً من كل ناحية لئلا يضر ذلك بها. وما كان منها حديثاً خمسة وعشرون ذراعاً)^(٢).

وأما السند الثاني فقال فيه الحافظ ابن حجر وفي سننه محمد بن يوسف المقرئ وهو متهم بالوضع . وأطلق عليه ذلك الدارقطني وغيره.

قال الدارقطني وضع نحواً من ستين نسخة ووضع من الأحاديث المسندة والنسخ ما لا يضبط . وقال الخطيب: يتهم بوضع الأحاديث.

والحديث أخرجه أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : (قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : حریم البئر العادية خمسون ذراعاً وحریم البئر البيدي خمسة وعشرون ذراعاً . قال سعيد من قبل نفسه : وحریم قلب الزرع ثلاثمائة ذراع. وزاد الزهري : وحریم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية فهذا حرم ما يأنن به السلطان إلا أن يكون القوم في أرض أسلموا عليها وابتاعوها. انتهى . قال الحافظ ابن حجر رجاله ثقات . (ابن حجر، الدراية ٢/٢٤٥).

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن إسماعيل بن أمية عن الشعبي عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- (... الحديث) فنكره بدون زيادة الزهري.

وكذلك رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا محمد بن مسلم. ثنا يحيى بن سعيد عن ابن المسيب قال: جعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حریم البئر المحنثة خمسة وعشرين ذراعاً وحریم البئر العادية خمسين ذراعاً) قال ابن المسيب : (وأرى أن حریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع). (أبادي، التعليق المغني على الدارقطني ٤/٢٢١).

والحديث رواه أيضاً البيهقي من طريق يونس عن الزهري عن ابن المسيب مرسلأ . ورواه أيضاً مسن وجه أيضاً من وجه آخر عن أبي هريرة وفيه رجل لم يسم.

وأخرج الحديث الحاكم عن أبي هريرة موصولاً ومرسلأ والموصول من طريق عمر بن قيس عن الزهري وعمر فيه ضعيف. انتهى. (الرافعي، التلخيص الحبير ٣/٦٣ بتصرف. وانظر الزيلعي، نصب الراية ٤/٢٩٢). والمعروف أن مراسيل سعيد بن المسيب حجة. وعليه فالحديث صالح للاحتجاج به.

(١) المراجع السابقة.

(٢) أبو عبيد، الأموال ص ٣٧٠، رواه أبو عبيد ، قال حدثنا عبد الله بن صالح عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد قال السنة ... الخ. وانظر ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٤.

وجه الاستدلال :

إن الحديث حدد لكل نوع من أنواع الآبار مقداراً معيناً على أنه حريم لها يمنع الناس من الحفر فيه وهو خمسون ذراعاً للقديم وخمسة وعشرون ذراعاً للجديد وإن هذا المقدار هو السنة فيجب الأخذ به والوقوف عنده^(١).

القول الثاني :

يفرق بين حريم نوعين من الآبار هما بئر الماشية وبئر الناضح^(٢) فحريم بئر الماشية أربعون ذراعاً وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً. وهذا قول أبي يوسف^(٣) ومحمد بن الحسن^(٤). قال ابن عابدين : وبه يفتى^(٥).

واستدلوا بما رواه أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال : (قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : "حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً وحريم بئر العطن^(٦) أربعون ذراعاً عطناً للماشية)^(٧).

وجه الاستدلال :

إن الحديث نص في بيان مقدار حريم بئري الناضح والماشية فكل واحد منهما له حريم مقدر فلزم الأخذ به والوقوف عنده^(٨).

(١) أبو عبيد، الأموال ص ٣٧٠، بتصرف يسير.

(٢) الناضح : هي البئر التي يسقى منها الزرع بواسطة الإبل. (أبو يوسف، الخراج ص ١٠٩).

(٣) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٨-١٠٩.

(٤) المرغيناني، الهداية وتكملة فتح القدير ١٣٩/٨-١٤٠، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٥/٦، الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥.

(٦) بئر العطن : هي بئر الماشية التي يسقى منها الرجل الماشية ولا يسقى منها الزرع. (أبو يوسف، الخراج ص ١٠٩).

(٧) أبو يوسف، الخراج . وانظر نصب الراية ٢٩٣/٤، قال الزيلعي : غريب (الزيلعي، نصب الراية ٢٩٢/٤). وقال الزيلعي : الحسن بن عمارة ضعيف ٢٩٠/٤. وقال الحافظ بن حجر لم أجده هكذا وعلى هذا فالحديث ضعيف . (العسقلاني، الدراية ٢٤٥/٢).

(٨) المراجع السابقة.

القول الثالث :

التسوية بين حريم بئر الماشية وبئر الناضح في المقدار حيث قدر ذلك بأربعين ذراعاً، وهذا قول الإمام أبي حنيفة (١) .

قال في الفتاوى الهندية (٢) : وبه يفتى .

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال : (من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته) (٣) .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٥/٦، الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥.

(٢) الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، الحصكفي، الدر المختار ٢٧٩/٥، ونكر ابن عابدين في حاشيته نقلاً عن التتار خانية والكبرى أن الفتوى على قول الصحابين كما مر. ثم علق بعد ذلك على قول صاحب الدر المختار 'يرفتى بقول الإمام' بقوله : 'ظاهر المتون والشروح ترجيح قوله -أي الإمام أبي حنيفة- فإنهم قرروا دليله وأيدوا بما لا مزيد عليه وآخر في الهداية دليل فاقترضى ترجيحه أيضاً كما هو عادته ونكر ترجيحه العلامة قاسم في تصحيحه.

(٣) الحديث روى عن طريق من حديث عبد الله بن مغفل ومن حديث أبي هريرة : الطريق الأول : أخرجه ابن ماجه ٨٣١/٢ من طريقين أحدهما: عن عبد الوهاب بن عطاء ثنا إسماعيل بن مسلم المكي. والآخر عن محمد بن عبد الله بن العثني عن إسماعيل بن مسلم المكي أيضاً . ورواه إسماعيل عن الحسن بن عبد الله بن مغفل أن النبي -صلى الله عليه وسلم- ... (الزيلي، نصب الرأية ٢٩١/٤) قال أحمد شاكر: إسماعيل ضعيف الحديث يهيم فيه. وضعفه ابن عيينة وأحمد وابن معين وابن المنيني وأبو حاتم وغيرهم. انظر هامش كتاب يحيى ابن آدم، الخراج ص ٦٦، ١٠٠. وأما تضعيفه بإسماعيل بن مسلم فقد تابعه أشعث كما أخرجه الطبراني في معجمه عن أشعث عن الحسن بن عبد الله بن مغفل عن النبي -صلى الله عليه وسلم- . (الزيلي، نصب الرأية ٢٩١/٤) قال أحمد شاكر تعليقا على ذلك: لم يكشف الزيلي لنا إسناد الطبراني إلى أشعث (هامش يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠٠).

الطريق الثاني : أخرجه أحمد في مسنده ٤٩٤/٢: حدثنا هشيم عن عوف عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : 'حريم البئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لا عطشان الإبل والغنم وابن السبيل أو الشارب ولا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً'. (الزيلي، نصب الرأية ٢٩٢/٤، الدراية ٢٤٤/٢).

والحديث رواه أيضاً يحيى بن آدم قال أخبرنا إسماعيل قال : حدثنا الحسن قال حدثنا علي بن هاشم عن إسماعيل عن الحسن قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : 'من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها عطناً لماشيته'. (يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠٠) قال أحمد شاكر : الحديث مرسل . (هامش الخراج ليحيى ص ١٠٠).

وجه الاستدلال :

أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- بين أن حريم البئر أربعون ذراعاً وهذا قدر اتفق عليه حديثان؛ هذا الحديث والحديث السابق الذي استدل به أصحاب القول الثاني - فلزم الأخذ به وطرح ما عداه ويعدى ذلك إلى كل بئر لأن (مَنْ) في قوله (من حفر) عامة . قال في الهداية : "والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده -أي أبي حنيفة- من الخاص المختلف في قبوله والعمل به" (١) .

وأما الاستدلال بالمعقول :

فقالوا : إن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن الحافر إنما يستحق بعمله، وعمله في موضع الحفر فلا حق له فيما وراءه ولكننا تركنا هذا القياس في مقدار الأربعين لاتفاق الحديثين على هذا المقدار (٢) .

القول الرابع :

إن حريم البئر قدر مد رشائها (٣) .
وهذا قول أبي يعلى واختاره ابن عقيل (٤) من الحنابلة (٥) والطحاوي (٦) من الحنفية (٧) .

(١) المرغيناني، الهداية وتكملة فتح القدير ١٣٩/٨-١٤٠، انظر العناية في هامش نفس الصفحات.

(٢) المراجع السابقة ١٤٠/٨-١٤١.

(٣) الرشاء : الحيل (الفيومي، المصباح المنير ٢٤٤/١).

(٤) ابن عقيل : هو أبو الوفاء على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري شيخ الحنابلة وصاحب التصانيف ومؤلف كتاب الفنون الذي يزيد على أربعمائة مجلد. كان إماماً مبرزاً كثير العلوم خارق الذكاء. ولد سنة ٤٣١هـ. وتوفي سنة ٥١٣هـ ببغداد. (ذيل طبقات الحنابلة ١٤٢/١-١٤٦ وابن العماد، شذرات الذهب ٤٠-٣٥/٤).

(٥) المرادوي، الإنصاف ٣٧٠/٦، ابن قدامة، المغني ٥٩٣/٥.

(٦) الطحاوي : هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان بن جواب الأردني الطحاوي -نسبة إلى قرية بصعيد مصر- الإمام المحدث الفقيه الحافظ. ولد سنة ٢٣٩ تلقى العلم عن خاله إسماعيل المزني أفقه أصحاب الشافعي وكان يرجع إلى كتب الحنفية عندما لا يجد حلاً في كتب الشافعية ثم تحول إلى المذهب الحنفي وأصبح من أتباعه وكان يجتهد في بعض المسائل ويخالف فيها المذهب، له عدة مصنفات منها مشكل الآثار. توفي بمصر سنة ٣٢١هـ. (شذرات الذهب ٢٨٨/٢).

(٧) ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥.

واستدلوا لهذا القول : بما رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : (حريم البئر مد رشائها) رواه ابن ماجة (١) .

وجه الاستدلال :

إن الحديث نص في اعتبار مقدار الحريم بمد الرشاء، وذلك لما يحتاج إليه في الذهاب والإياب لاستخراج الماء، فلا بد من تحقق هذا المقدار حريماً للبئر لتتم الاستفادة به على الوجه الأكمل، وما عداه لا حاجة إليه^(٢).

القول الخامس :

أن حريم البئر معتبر بالعرف ومقدر بما تدعو إليه الحاجة مما يحقق الانتفاع التام بالبئر ويدفع عنه الضرر، وهذا يختلف من بئر لآخر باعتبار عدة فيختلف باعتبار الآلة المستخدمة في استخراج الماء، فما كان يستخرج بواسطة دولا ب غير ما كان يستخرج بواسطة سائبة^(٣) وهذا غير ما كان يسقى باليد، ويختلف باعتبار عمق البئر، فالبئر العميقة تحتاج سائبتها إلى مساحة تمتد حولها عند نضح الماء غير ما تحتاجه سائبة البئر غير العميقة، ويختلف باعتبار رخاوة الأرض وصلابتها فالبئر في الأرض الرخوة يجذب ماؤها إلى ما قرب منها بخلاف بئر الأرض الصلبة إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تتنوع بتنوع الأماكن والأزمنة.

وهذا قول المالكية^(٤) والشافعية^(٥) وهو رواية عن الإمام أحمد أخذ بها بعض الحنابلة^(٦) وقال به بعض الحنفية^(٧) .

(١) سنن ابن ماجة ٨٣١/٢. قال ابن ماجة : حدثنا سهل بن أبي الصفدي حدثنا منصور بن صقير ثنا ثابت بن محمد عن نافع أبي غالب عن أبي سعيد الخدري ... ودرجة الحديث كما قال الحافظ ابن حجر هي : سهل : صدوق ، منصور: ضعيف ، ثابت زاهد، صدوق يخطئ، أبو سعيد : صحابي. حديث ضعيف (ابن حجر، تقريب ٣٣٦/١-٤٦٠).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) السائبة: البعير الذي يدرك نتاج نتاجه فيسبب يترك ولا يركب ولا يحمل عليه، (المعجم الوسيط ٤٦٦/١).

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٨٩/١٥، أبو عبيد، الأموال ص ٣٧١، ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧.

(٥) الماوردي، الحاوي ١٠/لوح ٥٣-٥٤، النووي، روضة الطالبين ٢٨٣/٥.

(٦) المرادوي، الإنصاف ٣٧١/٦، ابن قدامة، المغني ٥٩٣/٥، ابن قدامة، الشرح الكبير ١٦٣/٦.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥.

وهو أيضا قول ابن حزم (١) .

قال الماوردي منتصرا لهذا الرأي وراداً على من خالفه أن تقدير مقدار معين للحريم "لم يرد به شرع ولا اقتضاه معهود ولا أوجبه قياس، وما لم يوجبه أحد هذه الثلاثة يكون معتبراً بالعرف فيما لا يستغنى عنه" (٢) .

القول السادس :

إن حريم البئر العادي لا يقل عن خمسين ذراعاً وحريم البئر البدي لا يقل عن خمسة وعشرين ذراعاً إذا كان هذا المقدار يفي بحاجة كل منهما. فإن كان لا يفي بالحاجة فالحريم قدر الحاجة.

وهذا قول بعض الحنابلة (٣) وقال به بعض الحنفية (٤) إلا أن التقدير عندهم بأربعين ذراعاً لبئر العطن وستين ذراعاً لبئر الناضح.

ويظهر أن أصحاب هذا القول أخذوا بالتقدير الوارد في الحديث حين يكون محققاً لحاجة البئر، فإن كانت الحاجة لا تندفع إلا بأكثر من ذلك وجب المصير إليه تحقيقاً لتمام الانتفاع. ويبدو أن هذا القول قريب في معناه من القول الخامس الذي يجعل الحريم مقدراً بالعرف والحاجة، إلا أن هذا القول حدد للحريم حداً أدنى وذلك أطلق .

هذه آراء العلماء في هذه المسألة . فما موقف كل منهم من أدلة الآخرين ؟ هذا ما سنبينه في المناقشة التالية إن شاء الله تعالى :

لقد ناقش أصحاب تلك الأقوال بعضهم بعضاً، فقال أصحاب المذهب الأول القائلين بأن مقدار الحريم خمسون ذراعاً للبئر العادي وخمسة وعشرون ذراعاً للبئر البدي قالوا :

إن دليل أصحاب القول الثالث حديث رواه أبو هريرة وهو راوي حديثنا وحديثنا أصح منه فوجب الأخذ بحديثنا وطرح ما عداه.

(١) ابن حزم، المحلى ١٠١/٩ .

(٢) الماوردي، الحاوي ١٠/لوح ٥٣ .

(٣) المرادوي، الإنصاف ٣٧١/٦، ونكر المؤلف أن القاضي ذكره في الأحكام السلطانية ولم أجد له نكراً فيها.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥ .

وناقشوا أصحاب القول الرابع فقالوا بأن الحاجة إلى الحریم لا تنحصر في ترقية الماء فقط حتى یقدر بالرشاء وإنما الحاجة تكون بذلك وبما يكون حول البئر من مواقف للإبل والغنم ونحوها وموضع يجعل لأحواض الماء وموقف لاستراحة الدابة التي یستقی عليها وأشباه ذلك.

فلا یختص الحریم بما یحتاج إليه لترقية الماء حتى یقدر بالرشاء (١).

وناقشوا أصحاب القول الخامس القائلین بأن المعبر في مقدار الحریم هو قدر الحاجة :

بأن الحریم معنی یملك به الموات فلا یقف على قدر الحاجة (٢).

وناقش أصحاب القول الثاني أصحاب القول الثالث بلزوم التفريق بين بئر العطن وبئر

الناضح، لأن بئر الناضح قد یحتاج فيه إلى أن یمیر دابته للاستقاء وقد یطول الرشاء، وبئر العطن الاستقاء منه بالید فقلت الحاجة إلى طول المسافة فلا بد من التفاوت بين النوعین (٣).

وأجاب أصحاب القول الثالث عن ذلك بقولهم : إن الملك في الموات یثبت بالإحياء ولم

یوجد إحياء للحریم فدخول الحریم تبعاً للبئر إنما كان لحاجة البئر إليه وحاجة البئر الناضح تندفع بأربعین ذراعاً من كل جانب كحاجة بئر العطن، فبقيت الزيادة على ذلك على حكم الموات (٤).

وأجابوا عن استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث : بأنه یحتمل أن النبي -صلى الله

عليه وسلم- قال ذلك في بئر خاص (٥) فتكون حادثة عين یقتصر الحكم عليها.

وأجاب أصحاب القول الخامس عن أدلة القائلین بالتحديد بمقدار معين : بأن حملوا

اختلاف الروایات الواردة في مقدار الحریم على اختلاف القدر المحتاج إليه (٦) فما ورد في تقدير الحریم بخمسة وعشرين كان هو قدر حاجة تلك البئر التي قدر لها بذلك، وما ورد في تقديره بأربعین كان هو قدر حاجة تلك البئر التي قدر لها بذلك، وما قدر لها بمد الرشاء كان هو كفايتها وهكذا.

وعلى هذا فالأدلة إنما تدل على ما ذهب إليه أصحاب القول الخامس من تقدير ذلك بقدر

الحاجة وعدم اعتبار مقدار معين في كل بئر.

(١) ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٤، ابن قدامة، الشرح الكبير ٦/١٦٤.

(٣) المرغيناني، الهداية وتكملة فتح القدير ٨/١٤٠، وانظر بالهامش الهداية.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٥.

(٦) الرافعي، فتح العزيز ٧/٣٥، النووي، روضة الطالبين ٥/٢٨٣.

الرأي الراجح :

الذي يظهر لي أن الراجح هو ما ذهب إليه القائلون بأنه ليس في الحريم تحديد لازم لا يجوز الخروج عليه بالزيادة فيه أو النقص منه، وإنما يرجع في تقديره إلى الحاجة. فما يحتاجه البئر مما يحقق تمام الانتفاع به ويدفع عنه الضرر يعتبر حريماً له لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه وذلك لأن الحاجة تختلف من بئر لآخر، فالبئر العميقة تحتاج إلى مساحة أكثر من البئر غير العميقة من أجل مد الرشاء ومطرح التراب المستخرج من قعر البئر غير العميقة وما تحتاجه البئر التي تردها الماشية كثيراً غير ما تحتاجه بئر تردها الماشية قليلاً، وما كان من الآبار يتأثر بجذب الماء الجوفي مما حوله يحتاج حريماً أكثر من النوع الذي لا يتأثر بذلك... إلى غير ذلك من الاعتبارات المتنوعة. هذا ثم إن ما ذكره الشافعية من الجواب عن أدلة القائلين بالتحديد جواب جيد ووجيه فإن الأدلة تدل بمجموعها على لزوم وجود الحريم، ولكن اختلفت في تقديره وهذا الاختلاف حسبما يظهر لي - والله أعلم - أنه لاختلاف حال الآبار المبين حكمها. فلما كانت حاجة بعضها خمسة وعشرين ذراعاً، جعل ذلك حريمها. ولما كانت حاجة البعض الآخر خمسين ذراعاً، جعل ذلك حريمها، وهذا ظاهر في البئر العادية والبئر البدية. فلما كانت العادية لقدمها تكون عميقة بين أن حريمها خمسون ذراعاً والبئر البدية لما كانت في الغالب غير عميقة، جعل حريمها خمسة وعشرين ذراعاً، ولأن حاجة بعضها أربعون ذراعاً جعل ذلك هو حريمها وحاجة بعضها مقدار الحبل الذي يرقى به ماؤها جعل ذلك هو حريمها. فالمعول عليه إذا إنما هو قدر الحاجة، والعرف هو الذي يحدد ذلك والأحاديث إنما جاءت مبينة لبعض أنواع تلك الحاجة.

ويحسن في عصرنا الحاضر الرجوع في تحديد حريم الآبار التي يتحقق بها الانتفاع على أتم وجه إلى الخبراء المختصين بعلوم الأرض والاستفادة من خبرتهم في معرفة ما يحتاجه الآبار من حريم حسب طبيعة كل أرض.

والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث

حريم العيون

اختلف الفقهاء في مقدار حريم العيون على خمسة أقوال :
القول الأول :

إن مقدار حريم العيون خمسمائة ذراع من كل جانب، فمقدار قطر الحريم ألف ذراع، وهذا قول الحنفية^(١) وجمهور الحنابلة^(٢).

واستدلوا لذلك بالسنة : فيما رواه أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : (حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً عطناً للماشية)^(٣).

وجه الاستدلال :

إن هذا النص في بيان مقدار حريم العين فلزم الأخذ به والوقوف عنده^(٤).

القول الثاني :

إن مقدار حريم العيون ثلاثمائة ذراع. ونقل القول بهذا الرأي عن سعيد بن المسيب والزهري^(٥) ولم أجد له دليلاً.

القول الثالث :

إن مقدار حريم العيون مائتا ذراع. وهذا قول ابن عباس وعكرمة^(٦). ولم أجد له دليلاً أيضاً.

(١) المرغيناني، الهداية ١٤١/٨، الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٥/٦ الحصكفي، الدر المختار ٢٧٩/٥، أبو يوسف، الخراج ص ١٠٩.

(٢) المرادوي، الإنصاف ٣٧١/٦، البهوتي، كشاف القناع ١٩٢/٤.

(٣) سبق تخريجه في ص ١٠٨.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠٢، أبادي، التعليق المغني على الدارقطني ٢٢١/٤.

(٦) يحيى ابن آدم، الخراج ص ١٠٣، المحلى ١٠٢/٩.

القول الرابع :

إن مقدار حريم العيون مائة وخمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب.
وهؤلاء فهموا القول بأن مقدار الحريم خمسمائة ذراع على أنه خمسمائة من كل
الجوانب الأربعة، فكل جانب مائة وخمسة وعشرون ، وهذا قول ضعيف عند الحنفية (١) .

القول الخامس :

إن حريم العيون معتبر بالعرف من غير تحديد وهو قدر ما تدعو إليه الحاجة فما
حولها.
وبهذا قال مالك (٢) والشافعية (٣) وجماعة من الحنابلة (٤) وعللوا لذلك : بأن الحريم إنما
وضع للحاجة فينبغي أن تراعى فيه دون غيرها (٥) .

الرأي الراجح :

إن مقدار الحريم معتبر بالعرف ومقدر بالحاجة كما ذهب إليه أصحاب القول الخامس
لما ذكروه من التعليل ولضعف رواية الزهري (٦) ولما مر في حريم البئر.
ويحمل اختلاف أقوال الصحابة والتابعين في مقدار حريم العين على اختلاف قدر
الحاجة في كل حال بحسبها. والظاهر أن ذكر المقادير في الأحاديث هنا معلل بالحاجة
والحاجة متغيرة من عين إلى أخرى لذلك اختلفت المقادير.
والله تعالى أعلم.

(١) الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، ابن عابدين، رد المحتار ٢٧٩/٥.

(٢) ابن حزم، المحلى ١٠٢/٩، الرافعي، فتح العزيز ٧/لوح ٣٥، وبحث فيما لدي من كتب المالكية ولم أجد لهم
قولاً في هذه المسألة.

(٣) الماوردي، الحاوي ١٠/لوح ٥٤.

(٤) المرادوي، الإنصاف ٣٧٢/٦، ابن قدامة، المغني ٥٩٣/٥.

(٥) ابن قدامة، المغني ٥٩٤/٥.

(٦) هذا الحديث فيه الحسن بن عماره: قال الذهبي في الميزان: قال ابن عيينة: له فضل وغيره أحفظ منه. وقال
شعبة: يكتب، وقال أحمد: متروك. وقال ابن معين: حديثه ليس بشيء (نصب الراية ٢٩٢/٤).

المطلب الرابع

حريم الأنهار والقنوات

الفرع الأول : حريم الأنهار:

يرى جمهور العلماء أنه لا بد للنهر من حريم، ونقل عن أبي حنيفة أنه قال لا حريم للنهر أصلاً^(١)، ونفى صحة هذا القول بعض علماء الحنفية^(٢)، ونسبوا إلى أبي حنيفة أنه يرى رأي الجمهور في لزوم الحريم للنهر. إذا تبين هذا فقد اختلف العلماء في مقدار حريم النهر على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

إن حريم النهر معتبر بقدر الحاجة فما يحتاجه النهر ل طرح ما يستخرج منه عند تنظيفه وطريق آلات تنظيفه وما يضر صاحبه بتملكه عليه يعتبر حريماً للنهر وإن كثر. وهذا قول المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

القول الثاني :

إن حريم النهر مقدار عرض النهر من كل جانب فكل جانب يأخذ قدر عرض النهر حريماً له. وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية^(٦).

القول الثالث :

إن حريم النهر مقدار نصف عرض النهر من كل جانب. وهذا قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة وعليه الفتوى عند الحنفية^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦، المرغيناني، الهداية وشرحها العناية وشرحها تكملة فتح القدير ١٤٢/٨.

(٢) الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦.

(٣) الشرح الصغير بهامش الصاوي ٢٩٤/٢.

(٤) الرافعي، فتح العزيز ٧/ لوح ٣٥، الماوردي، الحاوي ١٠/لوح ٥٤، النووي، روضة الطالبين ٢٨٣/٥.

(٥) المرادوي، الإنصاف ٣٧٢/٦، البهوتي، كشاف القناع ١٩٢/٤.

(٦) المرغيناني، الهداية ١٤٣/٨، الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٥/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨١/٥.

(٧) الحصكفي، الدر المختار ٢٨١/٥، الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥.

الرأي الراجح :

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن مقدار حريم النهر معتبر بقدر الحاجة.

ولعل أصحاب القولين الثاني والثالث اعتبروا الحاجة بقدر معين لكون ذلك هو الحاجة في وقتهم، فتكون النتيجة إذاً أن جميع الأقوال ترجح اعتبار قدر الحاجة، ولكن بعضهم حدد الحاجة بقدر معين والبعض الآخر ترك ذلك لظروف كل حال بحسبها، وإن الحاجة قد تندفع بأقل مما ذكره الصحابيان، وقد لا تندفع إلا بأكثر من ذلك فيكون التحديد بحسب حاجة النهر. والله تعالى أعلم ...

الفرع الثاني : حريم القناة :

اختلف العلماء في مقدار حريم القناة على قولين :

القول الأول :

إن حريمها مقدر بالحاجة، وهذا قول جمهور الحنفية، وقول الشافعية، ولكن أصحاب هذا القول اختلفوا في المصادر الذي تقدر به الحاجة.

فحدد جمهور الحنفية قدر الحاجة بأنه: قدر ما يصلح القناة لإلقاء الطين ونحوه^(١). وحدد أبو يوسف قدر الحاجة بأنه : ما كان جامعاً للماء وحائلاً دونه عن أن يسبح على الأرض.^(٢)

وحدد الشافعية الحاجة بقولهم: هي القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماء القناة أو خيف منه انهيار وانكباس، ويختلف ذلك بصلاية الأرض ورخاوتها^(٣).

القول الثاني :

إن مقدار حريم القناة كمقدار حريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب^(٤)، وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(١) وبه قال بعض الحنفية^(٢).

(١) المرغيناني ، الهداية ١٤٢/٨ ، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢٨٠/٥.

(٢) أبو يوسف ، الخراج ص ١٠٩.

(٣) النووي ، روضة الطالبين ٢٨٣/٥ ، الشريبي، مغني المحتاج ٣٦٤/٢.

(٤) أرى أن في هذا القول نوع من المبالغة لأنه على هذا القول يكون حريم القناة أكبر من حريم معظم الأنهار وفق القولين الثاني والثالث.

الرأي الراجح :

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من اعتبار قدر الحاجة في تحديد حريم القناة وأن ذلك يختلف باختلاف حجم القناة ونوعية الأرض المجراة فيها القناة.

ويجاب عن تقدير أصحاب القول الثاني أن حريم القناة بقدر حريم العين بالمنع من التسوية بينهما لأن ما تحتاجه العين يختلف عما تحتاجه القناة، فالتسوية بينهما تسوية يبين مختلفين، وقياس إحداهما على الأخرى قياس مع الفارق، وذلك أن القناسة لا تحتاج إلا إلى مجرى مائها وما حوله مما تحتاجه في إصلاحها وحفظها.

وما تحتاجه العين أكبر من ذلك كحاجتها إلى عدم التأثير على منبعها، وهذا لا بد له من مساحة كبيرة إلى غير ذلك من الأمور.
والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) المرادوي، الإنصاف ٣٧٤/٦، البهوتي، كشف القناع ١٩٢/٤.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٠/٥، المرغيناني، الهداية ١٤٢/٨.

الفصل الثالث

حق الشفة وأحكامه

يلحق حق الشفة بحق الشرب، وتكاد تكون أحكامهما واحدة مع بعض الفوارق البسيطة التي نذكرها هنا. لقد بحث معظم الفقهاء حق الشفة تحت عنوان حق الشرب كونه تابعاً له، وكانوا أثناء بحثهم ينبهون على الفوارق بين حقين.

وتختلف أحكام حق الشفة باختلاف أنواع المياه وباختلاف الحاجة إلى هذا الحق.

نبحث في هذا الفصل تعريف حق الشفة وأحكامه وأهم الفوارق بينه وبين حق الشرب.

ويتضمن هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : تعريف حق الشفة ومشروعيته، وهو يتضمن مطلبين:

المطلب الأول : تعريف حق الشفة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : مشروعية حق الشفة.

المبحث الثاني : أحكام حق الشفة ويتضمن هذا المبحث خمسة مطالب :

المطلب الأول : أحكام المياه غير المملوكة.

المطلب الثاني : أحكام مياه الأنهار المملوكة.

المطلب الثالث : أحكام مياه الآبار والعيون.

المطلب الرابع : أحكام المياه المحرزة.

المطلب الخامس : إصلاح ونفقات إصلاح الأنهار والمجاري.

المبحث الأول

تعريف حق الشفّة ومشروعيته

المطلب الأول : تعريف حق الشفّة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : مشروعية حق الشفّة.

المطلب الأول

تعريف حق الشفة لغة واصطلاحاً

- تعريف حق الشفة لغة :

الشَفَّةُ : بفتح الشين والفاء في الأصل شفو فأبدل اللام بالتاء تخفيفاً (١) .
الشفة في اللغة واحدة الشفتين وهما طبقا الفم من الإنسان، ويستعار لغيره، أصلها شففة لأن تصغيرها شَفَيْهَةٌ وجمعها شِفَاهُ بالهاء. وزعم بعضهم أن الناقص من الشفة واو، لأنه يقال في الجمع شفوات ولا دليل على صحته (٢).
وقال الأزهرى أيضاً قال الليث : تجمع الشفة على شفهاش وشفوات والهاء أقيس؛ ولا تكون الشفة إلا من الإنسان أما سائر الحيوانات فتستعمل فيها كلمات أخرى، كما قال المقرئ، ويقال في الفرق الشفة من الإنسان والمشفر من ذي الخف، والجحفلة من ذي الحافر، والمقمة من ذي الظلف، والمنسر من ذي الجناح الصائد، والمنقار من غير الصائد (٣) .
ولكن الراجح في معناه اللغوي أن الشفة تطلق على طبقاً فم الإنسان ويستعار للحيوان.

- تعريف حق الشفة اصطلاحاً :

هو شرب بني آدم والبهائم بالشفة دون سقي الزرع (٤).
فهذا التعريف أخص من تعريف الشرب بالكسر لاختصاصه بالإنسان والحيوان دون الأرض. ويطلق عليه أيضاً اسم الشرب باعتبار أن بني آدم والحيوانات يشربون الماء بالشفة لإيصاله إلى الجوف.
والمراد بالشفة استعمال بني آدم لدفع العطش أو للطبخ أو الوضوء أو الغسل أو غسل الثياب، ونحوها. والمراد به في حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها (٥).

(١) الفيومي، المصباح المنير ١/١٩٧، التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم - ١/١٠٣٦.

(٢) الرازي، مختار الصحاح - تحقيق يحيى خالد توفيق ص ٣٤٢، أحمد رضا، معجم متن اللغة - ١٢/٣٤٥.

(٣) الفيومي، المصباح المنير ١/١٩٧، ابن منظور، لسان العرب ٣/٤٥٣ و٤٥٤.

(٤) نتائج الأفكار والعناية على الهداية ٨/١٤٤، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٨١.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٨١.

قال التهانوي: "يقال: هم أهل الشفة - أي الذين لهم حق الشرب بشفائهم وأن يشفوا
دوابهم - فالزرع والشجر ليسا من أهل الشفة كما جاء في المبسوط"^(١).
وهناك تعريف آخر للشفة اصطلاحاً: وهو نفس المعنى اللغوي أي طبقة الفم من
الإنسان، وقد حدها بعض الفقهاء بهذا المعنى أنها في عرض الوجه إلى الشدقين، وقيل ما
يرتفع عند انطباق الفم، وفي الطول إلى ما يستر اللثة^(٢).
ولكن هذا ليس محل بحثنا إلا أنه بإمكاننا الاستئناس بهذا المعنى كون الشفتين عضو
للشرب، ويأتي هذا المعنى موضحاً للشفة في المعنى الأول.

(١) التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ١/١٠٣٦.

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤٠/٦، الجمل، شرح المنهاج مع حاشية الجمل ٦٦/٥.

المطلب الثاني

مشروعية حق الشفة

إن حق الشفة ثبتت مشروعيته بالأدلة التي تدعو إلى مراعاة حاجة الإنسان والحيوان إلى الماء بشكل عام، وثبتت مشروعيته أيضاً بأدلة خاصة به. فإن هذا الحق ثبت بالكتاب والسنة وعمل الصحابة:

أولاً: الكتاب :

أ- قال تعالى: {وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا} (١).

وجه الاستدلال:

لما كان الماء قوام الحياة، فلا أحد يستطيع العيش بدون الماء، ولا بد لكل كائن حي من شرب الماء، سواء كان إنساناً أو حيواناً (٢). وقد جاء الشرع الشريف محققاً لهذا المطلب الأساسي فشرع حق الشفة.

ب- وقال تعالى: {قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ} (٣).

وجه الاستدلال :

فقد أخبر الله عز وجل أنه جعل الشرب (أي حق الشفة) بين قوم صالح وبين الناقة. وشرع من قبلنا شرع لنا إذا أقرته شريعتنا كما هو معلوم عند جمهور الأصوليين. فهنا دليل واضح على مشروعية حق الشفة، خاصة وأن شريعتنا لم تلغ هذا الحكم.

ثانياً: السنة:

أ- قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه عنه أبو هريرة -رضي الله عنه-: ((ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان له فضل ماء

(١) سورة الأنبياء ، الآية ٣٠.

(٢) الطبري، جامع البيان ١٧/١٩-٢٠، الصابوني، صفوة التفاسير ٢/٢٦١.

(٣) سورة الشعراء ، الآية ١٥٥.

بالطريق فمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع إمامه لا يبيعه إلا لدنيا، فإن أعطاه منها رضي، وإن لم يعطه منها سخط، ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال : والله الذي لا إله غيره لقد أعطيت بيا كذا وكذا، فصدقه رجل، ثم قرأ هذه الآية : {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمناً قَلِيلاً} (١).

وجه الاستدلال :

هذا الوعيد الشديد لمن منع ابن السبيل فضل مائه إنما هو لمكانة الماء في حفظ النفوس ووجوب الحفظ على بقائها. فهو يدل دلالة واضحة على استحقاق ومشروعية حق الشفة (٢).

ب- وروى أبو داود عن بهيسة قالت : (استأذن أبي النبي -صلى الله عليه وسلم- فجعل يدينو منه ويلتزمه، ثم قال : يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الماء... الحديث (٣).

وجه الاستدلال :

هذا الحديث يدل على أن من كان عنده ماء لا يحل له منعه وأن عليه بذله لمن أراد. فبالتالي يدل على مشروعية حق الشفة (٤).

ج - روي عن رجل من الصحابة -رضي الله عنهم- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال : ((المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والنار والكلأ)) (٥).

وروي أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال : ((لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ)) (٦)، متفق عليه.

(١) رواه البخاري، انظر ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٤/٥، والآية في سورة آل عمران رقم (٧٧).

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود ٣٧٧/٣.

(٤) نفس المصدر السابق.

(٥) سبق تخريجه في ص ٤٥.

(٦) ابن حجر، فتح الباري ٣١/٥، النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٣٠/١٠، الترمذي، سنن ٢٤٠/١، ابن ماجه، سنن ٨٢٨/٢، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٠/٤.

وجه الاستدلال :

يدل الحديث الأول على أن هذه الأمور لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي، وإنما يجب أن تظل شركة بين جميع المسلمين؛ ينتفع بها كل واحد منهم، فبالتالي يحق لكل الناس شرب الماء ولا أحد يمنعهم من ذلك^(١).

ودلّ الحديث الثاني على تحريم منع فضل الماء، وهذا التحريم إنما كان لما يترتب على منع الماء من إلحاق الضرر بالماشية من عطش لفقد الماء ومن جوع لفقد الكلاً، لأن الماشية إنما ترعى بقرب الماء، فإذا منعت الماء تعذر عليها رعي الكلاً لحاجتها إلى الشرب، فيئول الأمر إلى أن تكون قد منعت الكلاً، وكلا الأمرين لا يجوز لنص الحديث على ذلك، ولأن بمنعهما انتهاك لحرمة الحيوان^(٢).

٣- عمل الصحابة :

فقد روي عنهم القضاء بحق الشفة ومن ذلك ما يلي :

روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في قصة: "القوم السفر الذين وردوا ماءً فسألوا أهله أن يدلّوهم على البئر فلم يدلّوهم عليها، فقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا"^(٣) قد كادت تنقطع من العطش فدلوها على البئر وأعطونا دلوا نستقي به. فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح"^(٤).

(١) أبو يوسف، الخراج ص ٩٦، ابن قدامة، المغني ٤٢٧/٥؛ بتصرف يسير.

(٢) ابن حجر، فتح الباري ٣١/٥، النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٣٠/١٠، الترمذي، سنن ٢٤٠/١،

ابن ماجه، سنن ٨٢٨/٢، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٠/٤.

(٣) مطايانا: المطيئة: من الدواب التي تمط في سيرها، وهو مأخوذ من المطو أي المدّ. قال ابن سيده: المطيئة من الدواب التي تمطو في سيرها، وجمعها مطايا ومطي؛ (ابن منظور، لسان العرب ٦٩/٦).

(٤) أبو يوسف، الخراج ، ص ١٠٥، انظر المراجع التالية: الزيلعي، تبين الحقائق ٤٠/٦، مالك ابن أنس،

المدونة الكبرى ١٩٠/٦، ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧-٣٦٨، أبو يعلى، الأحكام

السلطانية ص ٢١٩. الحجاوي، الإقناع ٢٠١/٣، ولم أجد هذا الأثر في كتب السنة.

وجه الدلالة من هذا الأثر :

أن عمر قاتل ذلك، أي أباح قتال الذين منعوا الماء عن مستحقه ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فيكون بمثابة الإجماع على مشروعية حق الشفة، لأنه لو كان غير جائز لأنكروا عليه خصوصاً في هذا الأمر الخطير وهو القتال بالسلاح^(١).
فجواز قتال الذين يمنعون حق الشفة يدل على مشروعية هذا الحق.

(١) نفس المصادر السابقة.

المبحث الثاني

أحكام حق الشفة

نبحث بإذن الله تعالى في هذا المبحث أهم أحكام الشفة والتي لم تذكر عند الكلام عن حق الشرب.

وكما ذكر آنفاً فإن أكثر الأحكام تكاد تكون واحدة، ومشاركة بين حق الشرب والشفة. أما الأحكام التي أذكرها في هذا المبحث فهي خاصة بحق الشفة. ولما كانت طبيعة حق الشفة تعني انتفاع الإنسان والحيوان بالمياه لدفع العطش أو للطبخ أو الوضوء والغسل ونحوه، كان لابد من بيان أنواع هذه المياه التي تستخدم وتفصيل أحكامها. وأحكام الشفة تختلف بحسب نوع المياه.

وهذا ما سنتحدث عنه في هذا المبحث في المطالب التالية:

- المطلب الأول : أحكام المياه غير المملوكة.
- المطلب الثاني : أحكام مياه الأنهار المملوكة.
- المطلب الثالث : أحكام مياه الآبار والعيون.
- المطلب الرابع : أحكام المياه المحرزة.
- المطلب الخامس : إصلاح ونفقات إصلاح الأنهار.

المطلب الأول

أحكام المياه غير المملوكة

وهي المياه التي كان منبعها مباحاً ولا يد لأحد عليها وتشمل هذه المياه البحار والبحيرات والأنهار الكبيرة:

الفرع الأول : البحار والبحيرات الكبيرة :

لكل إنسان فيها حق الشفة، فكما ينتفع كل أحد بالهواء والضياء، وكما لا يحق لأحد منع آخر من الانتفاع بذلك فله أيضاً أن ينتفع بالبحار والبحيرات الكبيرة بأن يشرب منها هو وحيواناته أو أن يسيل الماء إلى داره ومنزله، ولا يمنع أحد من الانتفاع من ذلك كما يريد. قد ذكر بعض الفقهاء مثل الزيلعي والعيني أن الانتفاع في حق الشفة بالبحار مشروط أيضاً بعدم حصول الضرر للغير. أما القيسطاني فقد ذكر أنه لا يمنع أحد من الانتفاع بالبحار، ولو كان ذلك مضراً بالغير^(١).

فحق الشفة في البحار ثابت بأصل الإباحة لأن أحداً لم يستول عليها ولم يحرزها، ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة بعد ساعة، فالإنسان لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه من الماء كلما خرج مهاجراً ضارباً في الأرض، فلذلك يحتاج إلى أن يأخذ الماء في طريقه من تلك البحار والبحيرات.

الفرع الثاني : الأنهار الكبيرة :

وهي الأنهار التي لا يستنفذ ماؤها عادة وتصب في بحر أو بحيرة مثل نهر النيل والفرات وسيحون وجيحون.

فهذا النوع من المياه لكل إنسان حق الشفة منها والانتفاع بها بأي وجه لأنها غير مملوكة لأحد^(٢). فيبقى ماؤها على أصل الإباحة. والناس فيها شركاء بمقتضى الشركة العامة

(١) الزيلعي ، تبين الحقائق، ٣٩/٦، العيني، البناء في شرح الهداية، ٣٥٥/١١، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٤٨، ٢٨٣/١٠.

(٢) الشرييني ، مغني المحتاج، ٣٧٣/٢، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦، ابن قدامة، المغني ٥٨٣/٥.

في المباحات، كما في قوله -صلى الله عليه وسلم-: ((المسلمون شركاء في ثلاثة، في الماء والكلا والنار))^(١).

فمن سبق إلى شيء من هذه الأمور فهو له، ولا يملك أحد أن يحول دونها، فمن أراد حق الشفة لنفسه ودوابه واستعماله المنزلي كان له ذلك، ومن أراد أن ينصب آلة على هذا النوع من الأنهار لطحن دقيق أو توليد كهرباء ونحو ذلك كان له ذلك بشرط أن لا يترتب على فعله ضرر بالعام، لأن الضرر يزال^(٢).

فمن ألحق ضرراً بالنهر العام كان لكل واحد من المسلمين المطالبة بمنعه من ذلك لأن في ماء هذا النهر حق لعمامة المسلمين وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر عنهم^(٣).

(١) سبق تخريجه في ص ٤٤.

(٢) مادة (٢٠)، مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦، الفتاوى الهندية، ٣٩٠/٥، ٣٩٦، ٤٠٥، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٢٦٢/٢، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٣/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٠، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٤، ابن قدامة، المغني ٥٨٣/٥، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٨٤/١٠.

المطلب الثاني

أحكام مياه الأنهار المملوكة

لقد سبق تعريف تلك المياه عند الكلام عن أحكام الشرب، وذكر هناك أن هذا النوع من الأنهار مملوك الرقبة ملكا مشتركا بين الذين احتفروه بحسب العمل والنفقة كساتر الأملاك. ولا يجوز لأحد من أهله أن يتصرف فيه بدون إذن الجميع سواء ترتب على ذلك ضرر أو لا لأن حرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك.

وقيل أن حق الشرب فيها لأصحابها، أما الآخرين فلا يجوز لهم حق الشرب إلا بإذن جميع أصحابه.

وكذلك حق الشفة فهو أيضاً لأصحابه، ولكن هل يجوز الشفة لغير أصحاب النهر؟ هذا ما سنتحدث عنه في هذا المطلب، إن شاء الله تعالى.

الفرع الأول: انتفاع الأجنبي في النهر المشترك بالشفة

لما كان الماء قوام الحياة، كما قال الله تعالى : {وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا} (١)، فلا أحد يستطيع العيش بدون الماء. وجاء الشرع الإلهي بما ييسر الحصول على هذا العنصر الحيوي والضروري لبقاء الحياة. فقال -صلى الله عليه وسلم- في حديث ذكرناه سابقاً (ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان له فضل ماء بالطريق فمنعه من ابن السبيل الحديث) (٢).

فهذا الوعيد الشديد لمن منع ابن السبيل فضل مائه إنما هو لمكانة الماء في حفظ النفوس ووجوب الحفاظ على بقائها.

وأيضاً في حديث رواه أبو داود عن بهيسة عندما سأل أبوها النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال : يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الماء... (الحديث) (٣).
فدل ذلك على أن من كان عنده ماء لا يحل له منعه وأن عليه بذله لمن أراده.

(١) سورة الأنبياء ، آية ٣٠.

(٢) انظر الصفحة ١٢٤-١٢٥.

(٣) انظر الصفحة ١٢٥.

وروى عن رجل من الصحابة -رضي الله عنهم- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: ((المسلمون شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاء))^(١).

فحق الشفة ثابت إذا في المياه المملوكة لما ورد من الأحاديث المتقدمة وللأمور التالية :
أولاً : كون الماء عنصراً أساسياً من عناصر الحياة فحاجة الإنسان إليه مستمرة في حال السفر والإقامة، فالمسافر لا يستطيع حمل ما يكفيه من الماء في سفره حتى يعود فلا بد له من التزود في أثناء طريقه بالماء وإلا لأدى ذلك إلى تعطل الأسفار فتتعطل مصالح العباد والمقيم أيضاً لا بد له من مصدر يشرب منه الماء.

قال الزيلعي في تبیین الحقائق : "ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته"^(٢).

ثانياً : إن مثل هذه الأنهار -عادة- لا تؤثر فيها الشفة تأثيراً بينا بحيث تلحق ضرراً كبيراً بالملاك من جراء الاستعمال المألوف، بينما لو منع ابن السبيل من ذلك لأدى إلى الحوج والضيق الذي يتنافى مع مقاصد الشريعة ، وقد قال -صلى الله عليه وسلم-: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣). فلو وقع ضرر على أهل النهر فهو يسير بالنسبة لما يتوقع حصوله لأهل الشفة لو منعوا من استعمال مياه مثل هذه الأنهار^(٤). والقاعدة الفقهية تقول "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"^(٥).

ثالثاً: إن مياه هذه الأنهار لم تحرز فمياهاها متجددة مباحة، والمباح لا يملك إلا بالإحراز فما لم يحرز لا يجوز أن يحال بينه وبين أهل الشفة. قال في تبیین الحقائق: "ولأن الأنهار والآبار لم توضع للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز"^(٦). وهو ما نصت عليه مجلة

(١) انظر الصفحة ٤٤.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق ٣٩/٦، المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨.

(٣) سبق تخريجه في ص ٧٤-٧٥.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق ٣٩/٦ الشربيني، الإقناع وحاشية البجيرمي ٢٠٢/٣.

(٥) مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٧ ص ١٩.

(٦) الزيلعي، تبیین الحقائق ٣٩/٦، المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الشربيني، الإقناع وحاشية البجيرمي

الأحكام العدلية، فالمادة رقم ١٢٦٦ تقول : " للإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز" ^(١). وهذا رأي جمهور العلماء ^(٢).

وفرق مالك بين من يكون مضطراً إلى الماء لشربه أو سقي دوابه ومن ليس بمضطر، فمن كان مضطراً وجب بذل الماء له ومن ليس بمضطر لا يجب بذله له إلا بعوض. لقد جاء في المدونة : " قلت أرأيت لو أن قوماً مسافرين وردوا ماء فمنعهم أهل الماء من الشرب أجاهدونهم في قول مالك أم لا ؟ قال : ينظر في ذلك فإن كان ماؤهم مما يحل لهم يبيعه مثل البئر يحفرها الرجل في داره أو في أرضه قد وضعها لذلك يبيع ماءها كان لهم أن يمنعوهم إلا بثمن إلا أن يكونوا قوماً لا ثمن معهم وإن منعوا إلى أن يبلغوا ماء غيره خيف عليهم، فلا يمنعوا وإن منعوا جاهدوهم. وأما إن لم يكن في ذلك ضرر يخاف عليهم فلم أر أن يأخذوه منهم إلا بثمن" ^(٣).

فالإمام مالك يرى أنه لا يجب بذل ماء البئر المملوك لأهل الشفة إلا في حال الضرورة. ويستحب في غيرها ^(٤)، وهذا رأيه في البئر. وقد نص فقهاء المالكية على التسوية بين البئر والعين المستتبطة وغير المستتبطة والغدير في الحكم من حيث جواز بيع مائها للشفة ولزوم بذله عند عدمهم للثمن ^(٥).

الرأي الرابع :

الذي تظمن إليه النفس هو أن الحق والصواب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من لزوم تمكين أهل الشفة من الشرب من هذه الأنهار لموافقته النصوص الصحيحة والتعليقات الصريحة، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) مجلة الأحكام العدلية ص ٢٤٣ .

(٢) الفتاوى الخانية ٢٠٦/٣، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الشربيني، مغلي المحتاج ٣٧٤/٢، البهوتي، كشف القناع ١٩٠/٤ أبو يوسف، الخراج ص ١٠٣.

(٣) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٨٩/٦-١٩٠.

(٤) المواق، التاج والإكليل ١٦/٦، الخرشي، شرح الخرشي على خليل ٧٣/٧، الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٥/٤.

(٥) المواق، التاج والإكليل ١٦/٦، ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٤.

الفرع الثاني : تقييد ثبوت حق الشفة في الأنهار المملوكة:

حق الشفة في المياه المملوكة ليس على إطلاقه. فقد يرى العلماء أن ثبوت حق الشفة في الأنهار المملوكة مشروط بعدم إلحاق الضرر بالأنهار أو مياهاها، فإن حصل شيء من ذلك فلهم المنع منه، ومثلوا للضرر البين بما يلحق النهر من خراب ضفته نتيجة ازدحام الحيوان عليه وبما يلحق الماء من أن تأتي الماشية عليه كأن تكون كثيرة والماء قليل، ففي مثل هذه الحال يمنع أهل الماشية من ذلك. قال الزيلعي : "حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع، لأن الحق لصاحبه على الخصوص وإنما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه، إذ به تبطل منفعته" (١).

وهذا رأي جمهور أهل العلم (٢). وقال بعض الحنفية لا يمنعون (٣).

والراجع ما عليه الجمهور، لأن الضرر لا يزال بالضرر فمن ثبت له حق الشفة في هذه الأنهار ملزم بالمحافظة على شواطئها، فيستعملها الاستعمال المعتاد وإلا منع من الشفة لأنه حينئذ مضار والضرار يجب رفعه.

والحكم السابق ليس على إطلاقه بل هناك بعض الحالات التي يثبت فيها حق الشفة ولو أدى إلى الضرر بالأنهار أو مياهاها، كما إذا كان أهل الشفة مسافرين ومروا بمائهم في حاجة إليه لشربهم وشرب دوابهم، وكان ذلك يقضي على جميع الماء، وهذا ضرر بصاحب الماء لكنه لا يمنع من حق أهل الشفة، لأن ضرر صاحب الماء أخف من ضررهم، لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الزرع، كما أن الزرع قد لا يضره كثيراً انقطاع الماء عنه مدة من الزمن بخلاف الإنسان والحيوان. ومن ناحية أخرى فبإمكان صاحب الزرع الحصول على الماء الذي يسقي به أرضه وزرعه بعد ذلك لأن للزرع والأشجار قدرة على الامتناع عن الماء أكثر من صبر ذوات الأرواح غالباً، فتقدم ذوات الشفة على الزرع ونحوها.

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق ٣٩٦/٦، ٤٠.

(٢) المرغيناني، الهداية ١٤٥/٨، الفتاوى الهندية ٣٩١/٥، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٢/٥، الشريبي، الإقناع وحاشية البجيرمي ٢٠١/٣-٢٠٢، البهوتي، كشاف القناع ١٩٠/٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٤٦٧/٢.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٢/٥.

الفرع الثالث : طريق استيفاء حق الشفة :

الأنهار المملوكة إما أن تتصل بطريق عامة أو لا . ففي حالة اتصالها بطريق عامة يتعين على أهل الشفة أن يسلكوها لاستيفاء حقهم من النهر، ولا يجوز لهم المرور بأرض الغير لعدم حاجتهم لذلك، ولما يسببه مرورهم بالأرض من أضرار ومضايقة للمالك يمكنهم الوصول إلى حقهم بدونها.

وفي حالة إذا لم يكن هناك طريق عامة توصل إلى النهر يتعين على صاحب الأرض أن يمكن أهل الشفة من المرور في أرضه ليصلوا إلى النهر. فإن أبي عليهم ذلك ألزم بإخراج الماء إليهم في طريق عامة^(١)، وإن امتنع عن هذا الأخير فهو ظالم لهم. وحينئذ لأهل الشفة أن يدفعوا هذا الظلم بالدخول في ملكه فإن لم يستطيعوا ذلك إلا باستعمال القوة والسلاح وكان في الماء فضل، وكانت حالهم حال ضرورة كان لهم استعمال السلاح ضده والوصول إلى الماء لإنقاذ حياتهم وحياة مواشيهم. وعلى هذا جمهور أهل العلم^(٢).

ويحتج لهذا بما أثر عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في قصة القوم السفر الذين وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها، فقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع من العطش فدلونا على البئر وأعطونا دلوا نستقي به، فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقال : "هلا وضعتم فيهم السلاح"^(٣).

فقد أباح عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قتال الذين منعوا الماء عن مستحقه ولم ينقل معارضة أحد من الصحابة له في ذلك، فيكون إجماعاً. وهذا إنما حصل لمن منع من ماء البئر ومياهه أقل من مياه النهر فيدخل مياه النهر في حكمه من باب أولى.

وهذه الصورة التي حصلت لهؤلاء القوم إنما هي في حال من اضطر إلى الماء ومنع منه في حين أنه لا يجد له وسيلة أخرى يستقي منها بأن لم يوجد حولهم مصادر أخرى ليشرّبوا منها أما لو وجدوا ذلك فلا يحل لهم القتال حينئذ لعدم الضرورة المبيحة لذلك.

(١) العناية ١٤٤/٨، الفتاوى البزازية ١١٤/٣، الحصكفي، الدر المختار ٢٨٣/٥ الفتاوى الخانية ١١٤/٣.

(٢) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٥، الزيلعي، تبين الحقائق ٤٠/٦، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٠/٦، ابن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧-٣٦٨، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٩. الحجاي،

الإقناع ٢٠١/٣.

(٣) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٥.

المطلب الثالث

أحكام مياه الآبار والعيون

الفرع الأول : أحكام مياه الآبار :

تختلف أحكام مياه الآبار باختلاف الغرض الذي أحدث البئر من أجله، وهي على أنواع أربعة ولكل نوع أحكامه.

النوع الأول : بئر السابلة :

وهي ما تحفر بقصد منفعة ابن السبيل، فماء هذا النوع يكون مشتركا بين جميع الناس، الحافر وغيره فيه سواء، وقد اشترى عثمان بن عفان -رضي الله عنه- بئر رومة وجعلها وقفا للناس لما قال النبي -صلى الله عليه وسلم- : ((من يشترى بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين)) رواه البخاري^(١). فكان عثمان يضرب معهم بدلوه كأحدهم. ثم إن هذا النوع من الآبار يختلف من حين لآخر . فإذا كان الماء كثيرا وحوله مزارع تحتاج إلى السقي منه جاز سقيها بشرط أن لا يحول ذلك دون استيفاء حق الشفة لبني آدم والبهائم. وإذا كان المساء قليلا بحيث يضيق عن كفاية حق الشفة وحق الشرب قدم حق الشفة لأن الإنسان والحيوان أولى به من الزرع.

(١) رواه البخاري، انظر ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٩/٥.

وبئر رومة : هي بئر ليهودي بالمدينة كان ماؤها عذبا ويبيعه على الناس. فلما قدم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، قال: من يشترى بئر رومة يجعل دلوه فيها كدلاء المسلمين بخير له منها في الجنة. قال عثمان : فاشتريتها من صلب مالي (ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٣٠/٥).

وروي أنه اشترى نصفها باثني عشر ألف، ثم قال لليهودي اختر إما أن تأخذها يوما وأخذها يوما . وإما أن تنصب لك عليها دلوا وانصب عليها دلوا. واختار يوما ويوما فكان الناس يستقون منها يوم عثمان لليومين. فقال اليهودي أفسدت على بئر فاشترى عثمان باقيها بثمانية آلاف . (ابن قدامة، المغني ٩١/٤).

ويشترك فيه الآدميون والبهائم، فإن ضاق عنها الماء قدم الإنسان لأن الإنسان أولى من البهائم. فإن ضاق عن الإنسان قدم السابق إلى الماء فإن وصل إليه اثنان معاً وتشاحا في التقديم أقرع بينهما (١).

النوع الثاني : بئر الارتفاق :

وهي البئر التي يحفرها الإنسان لارتفاقه بمائها، وذلك كالأبار التي يحفرها أهل البادية، عندما يقيمون في مكان معين بقصد شربهم وشرب دوابهم.

وأحكام هذا النوع :

أن الحافر أحق بمائها مدة إقامته عندها ولا حق لغيره في مزاحمته. وإن كان ثمة فضل عن حاجته من الماء لزم بذله للشاربين دون غيرهم.

قال في المدونة : "ولقد سألتناه -أي الإمام مالك- عن ماء الأعراب يسرد عليهم أهل المواشي يسقون فيمنعهم أهل ذلك الماء، فقال مالك : أهل ذلك الماء أحق بمائهم حتى يسروا فإن كان فضلاً سقى هؤلاء بما يفضل عنهم" (٢).

وإذا ارتحل الحافر عنها إلى مكان آخر صارت من النوع الأول (سابلة) مشتركة بين الجميع ولا أفضلية للحافر على غيره في مائها ولو عاد للإقامة عندها بعد ذلك فهو كأحد الناس، فهذا النوع "خاص الابتداء عام الانتهاء" والسابق إليها أحق بها كائناً من كان (٣).

وقال الأذري (٤) : إن سقوط حق الحافر بارتحاله مشروط بكونه ارتحل معرضاً، أما لو كان لحاجة عازماً على العود فلا إلا أن تطول غيبته .

وقال الشريبي الخطيب: إنه رأي حسن.

(١) الشريبي، مغني المحتاج ٢/٣٧٤، الماوردي، الحاوي ١٠/لوح ٥٣، الماوردي، الأحكام السلطانية : ص ١٨٢، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٧، المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٦، علي حيدر، درر الحكام ٣/٢٦٤.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩١.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج ٢/٣٧٤، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٢، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٧، ابن قدامة، المغني ٥/٥٩٥.

(٤) الأذري: هو شهاب الدين أحمد بن حمدان بن عبد القادر بن عبد الغني بن محمد الأذري الشافعي، ولد سنة ٧٠٧هـ بدمشق واشتغل في أول حياته بالحكم ثم أقبل على الاشتغال بالعلم والتصنيف، له عدة مصنفات منها: "القوت على المنهاج" توفي بطلب سنة ٧٨٣هـ، (ابن العماد، شذرات الذهب ٦/٢٧٨). و(ابن هداية الله، طبقات الشافعية ص ٢٣٧).

كما أن الروياني^(١) يرى أن الإعراض ولو بدون ارتحال يأخذ حكم الارتحال^(٢).
فهذا الرأي وجيه.

وذكر المرادوي وجهاً آخر عند الحنابلة أن من حفر البئر للارتفاق ملكه، وإن تركه ثم عاد إليه كان أحق به من غيره، وعلل ذلك:

بأن هذه البئر ملكه بالإحياء، وأن عادته أن يرحل في كل سنة ثم يعود^(٣).
أرى أن كونها ملكه غير مسلم، فهو حفرها للارتفاق لا للتملك، وأما كونه سيعود إليسها فهذا يدل على أنه لم يتركها وأن حقه في الارتفاق بها باق على ما كان عليه.

النوع الثالث : بئر التملك :

وهي ما يحفره الإنسان بقصد التملك لا لمجرد الارتفاق .

وأحكام هذا النوع هي:

أن الملك لا يستقر إلا إذا بلغ بالحفر إلى استنباط الماء^(٤).

قال الإمام أحمد : " وإذا حفر بئراً ولم يبلغ بها الماء لا يكون إحياء"^(٥).

فقد نص الإمام أحمد على أن الحفر دون الماء لا يعتد به ولا يكون إحياء، وقد قيد ذلك بعضهم^(٦) بأنه لا بد من طيها إذا كانت مما يحتاج إلى طي، وهو بناء جدرانها بالحصى ونحوه إذا كانت الأرض رملية يخشى انهدامها فيه حينئذ يتم الإحياء ويستقر الملك.

إنني أميل إلى هذا الرأي لأن الحفر بدونه في مثل الأرض الرملية لا يستقر بل سرعان ما ينهدم ويفوت الغرض من الحفر.

وبتمام ذلك يتم الملك ويصير مالكا لحريمها معها، فتبقى أرضه وأشجاره بمائها. فإن لم يفضل عن كفايته شيء لم يلزمه بذل شيء منه إلا لنفس يخشى عليها الهلاك، فيبذل له ما يكفيه لشربه دفعا للضرر.

(١) الروياني: هو أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد الروياني الطبري من أكابر فقهاء الشافعية. ولسي القضاء ونشر العلم بالروايان، توفي سنة ٤٥٠هـ. (السبكي، طبقات الشافعية ٧٧/٤، ابن هداية الله، طبقات الشافعية ص ١٥٨).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣٧٤-٣٧٥.

(٣) المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٧.

(٤) ابن قدامة، المغني ٥/٥٣٩، المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٨.

(٥) أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٧.

(٦) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٨٢، المرادوي، الإنصاف ٦/٣٦٨، الماوردي، الحاوي ١/ لوح ٥٣.

وقد نقل ابن منصور عن الإمام أحمد أنه سئل عن رجل جاء إلى أهل أبيات فاستسقاهاهم فلم يستقوه حتى مات فأغرمهم عمر رضي الله عنه الدية. قيل لأحمد: تقول به؟! قال: أي شيء أقول؟ يقوله عمر؛ قيل له: تقول به أنت؟ قال: أي والله (١).

بذل فضل ماء بئر التملك للحيوان :

إن فضل ماء عن كفاية صاحب بئر التملك هل يلزمه بذله للحيوان؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : أنه يلزمه بذله وبهذا قال الحنفية (٢)، وهو الأصح عند الشافعية (٣)، وقول الحنابلة (٤).

واستدلوا على ذلك بما يلي من السنة.

فقد روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : ((لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء)). متفق عليه (٥).

فدل الحديث على تحريم منع فضل الماء، وهذا التحريم إنما كان لما يترتب على منع الماء من إلحاق الضرر بالماشية من عطش لفقد الماء ومن جوع لفقد الكلاء، لأن الماشية إنما ترعى يقرب الماء، فإذا منعت الماء تعذر عليها رعي الكلاء لحاجتها إلى الشرب، فيئول الأمر إلى أن تكون قد منعت الكلاء، وكلا الأمرين لا يجوز لنص الحديث على ذلك، ولأن بمنعهما انتهاك لحرمة الحيوان.

وذكر الماوردي وأبو يعلى أن الوجوب معتبر بأربعة شروط :

الأول : أن يكون الماء في قرار البئر . فإن استقاه المالك لم يلزمه بذله.

الثاني : أن يكون قرب كلاء يرعى فإن لم يقرب من الكلاء لم يلزمه بذله.

(١) أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٩. انظر الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع : ١٨٩/٦.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣.

(٤) السرداوي، الإنصاف ٣٦٥/٦، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ٢٥٩/٤.

(٥) رواه البخاري، انظر ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣١/٥، رواه مسلم، انظر النووي، شرح صحيح مسلم ٢٣٠/١٠، الزرقاني، شرح الزرقاني ٣٠/٤، سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢، سنن أبي داود ٣٧٦/٣.

أرى أن هذا الشرط لا يسلم في كل الأحوال، ولعل المراد بذله للمقيمين حول الماء إقامة دائمة أما المارين به المحتاجين إليه فلا داعي لاشتراط هذا الشرط في حقهم لعدم تعلقهم بالرعي.

الثالث : أن لا تجد المواشي ماء مباحا، فإن وجدت غيره مباحا لم يلزمه بذله ووجهت المواشي إلى الماء المباح.

وإن وجدت ماء غيره مملوكا لآخر لزم كل واحد من مالكي البئر أن يبذل فضله لمن ورد ماءه، فإذا اكتفت المواشي بفضل أحد المائين سقط الوجوب عن الآخر.

الرابع : أن لا يكون على المالك في ورود المواشي ماءه ضرر يلحقه في زرع أو ماشية، فإن لحقه بورودها شيء من ذلك منعت، وحينئذ لا يمنع الرعاة من استقاء فضل الماء لها^(١).

القول الثاني : إنه لا يلزم بذلك فضل الماء للحيوان. وبهذا قال المالكية^(٢) وهو القبول الآخر للشافعية^(٣).

فقد نص في المدونة على أنه لا يلزم بذل الماء للإنسان والحيوان إلا لمضطر يخشى عليه الهلاك ولا ثمن معه، فإن كان معه ثمن لم يلزم بذله له بدون الثمن وكذا إن لم يكن مضطرا^(٤).

الراجع :

الذي يترجح لدي هو ما ذهب إليه أصحاب القبول الأول لموافقة الأدلة الصحيحة الصريحة في الموضوع. والله تعالى أعلم.

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣-١٨٤، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ٢٢٠.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٨٩/٦-١٩٠، المواق، التاج والإكليل ١٦/٦، الخرشي، شرح الخرشي علي خليل ٧٣/٧، الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٥/٤.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٣، الشربيني، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢.

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٨٩/٦-١٩٠.

النوع الرابع: البئر المحفورة داخل الملك:

وذلك كالبيتر التي يحفرها الإنسان في أرضه؛ وهذا النوع يتفق مع النوع الثالث في كثير من الأحكام، ويختلف عنه في كون هذا النوع لا يتوقف ملكه على استنباط الماء لكونه حفر داخل الملك فهو مملوك القرار قبل البدء في الحفر فلا يفيد الحفر تملكاً. ويتفق مع النوع الثالث في الأحكام المتعلقة ببذل الماء للإنسان والحيوان والزرع، فيجري في هذا النوع من التفصيل والخلاف ما جرى هناك فلا داعي لتكراره^(١).

الفرع الثاني : أحكام مياه العيون

العيون ثلاثة أنواع:

النوع الأول : العين التي نبع ماؤها من دون تصرف للأدمي فيه، وحكم هذا النوع من المياه أن لكل الناس فيه حق الشفة يأخذون منه حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلي^(٢).

النوع الثاني: العين التي استنبت الأدميون ماءها في الأرض الموات، وأحكام هذا النوع من المياه بالنسبة لحق الشفة كأحكام النهر المشترك. إن اشترك جماعة في استنباطها وإن كان المستنبت واحدا كانت كبئر التملك فيملكها مستنبتها، فله حق الشفة خاصا ولغيره من الناس يأخذون منه حاجتهم، فإن أبى صاحبه كان للمحتاج أخذه جبرا^(٣).

النوع الثالث : العين المستنبطة داخل الملك : وأحكام هذا الفرع كأحكام البئر المستنبطة داخل الملك، فالمالك أحق بمائها لشربه وسقي دوابه. فإن كان قدر كفايتها فلا حق عليه فيه إلا لشارب مضطر^(٤).

(١) المرادوي، الإنصاف ٣٦٨/٦، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٥/٢.

(٢) الأحكام السلطانية ، أبو يعلى ص ٢٢١-٢٢٢، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤.

(٣) الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٧/٤، ابن قدامة، المغني ٥٨٩/٥، والمراجع السابقة بنفس الصفحات.

(٤) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٨٧/٣، والمراجع السابقة.

المطلب الرابع

أحكام المياه المحرزة

المراد بهذا النوع من المياه ما تتم حيازته في أوان خاصة، كالخوانات والصهاريج والقنور والقرب ونحو ذلك، سواء أكان الحائز له فرداً أم جماعة، ومنه مياه الشركات في المدن المتخصصة لتأمين ماء الدور.

فهذا النوع من المياه يملك بحيازته ولاحق للغير فيه لخروجه بالاستيلاء من الإباحة إلى الملكية التامة. وهو مباح الأصل والمباح يملك بالاحراز لحديث: "من سبقت يده إلى مباح فهو له"^(١).

ولا يجوز لأحد أن ينتفع به بأي صورة كانت من شرب أو استعمال أو غير ذلك إلا بإذن مالكة كسائر الأملاك الخاصة، شأنه في هذا شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه وإحرازه كالصيد والحطب.

وبهذا قال جمهور العلماء^(٢).

وللشافعية قول مرجوح في المذهب: إن الماء لا يملك بحال، وأن من حازه يكون أولى به من غيره ولا يجوز له بيعه؛ وضعف الأخذ بهذا الرأي جمهور الشافعية^(٣).

(١) سنن أبي داود (٢٣٩/٣) رقم (٣٠٧١)، وقال الألباني أنه ضعيف، (انظر إرواء الغليل ٩/٦).

(٢) المرغيناني، الهداية ١٤٤/٨، الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٨/٦، الفتاوى البزازية ١١٤/٣، الفتاوى الهندية ٣٩١/٥، الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣٩/٦-٤٠، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨١/٥-٢٨٢. مرشد الحيران مادة رقم (٤١) ص ١٢، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب وحاشية الرملي، ٤٥٤/٢، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، الخرشي على خليل ٧٣/٧، الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٥/٤، ابن قيسم، زاد المعاد ٢٥٩/٤، ابن قدامة، المغني ٩١/٤.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥، حاشية البجيرمي ٢٠١/٣.

- حكم الأخذ من المياه المحرزة لدفع الضرورة :

إذا كان في الإنسان ضرورة إلى الماء لدفع العطش وإنقاذ نفسه من الهلاك فلا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى : أن يكون الماء المحرز كثيراً يكفي صاحبه ويفضل منه، فحينئذ يجوز الأخذ منه بدون إذن صاحبه، فيأخذ قدر كفايته من الفضل . ولا يجوز لصاحب الماء أن يمنعه من ذلك، وإن منعه كان للمضطر أن يقاتله عليه لكن بغير سلاح كما قال الكاساني: "كمن أصابته المخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره"^(١).

فيحق له قتاله لإنقاذ حياته فكذا الماء، لأن كلاً منهما من ضروريات الحياة فيكون له أخذ ما يحفظ به حياته، وعليه حينئذ ثمن ما أخذ لأنه لم يؤذن له في ذلك وجواز الأخذ بدون إذن لا يسقط حق المالك في الثمن إلا أن كان معدماً لا يجد شيئاً فلا شيء عليه من الثمن^(٢).

الحالة الثانية : أن يكون الماء المحرز قليلاً لا يكفي إلا أحدهما، ولا يفضل منه شيء، ففي هذه الحالة يقدم صاحب الماء في الشرب ولا حق لغيره فيه، ومن حاول الأخذ منه منع، لأن في تمكين الغير من مائه تعريض نفسه للهلاك، ولا يجوز لهذا الغير أن يحاول الأخذ من الماء في مثل هذه الحال لأنه حينئذ يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره وهذا لا يجوز^(٣).

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ١٨٨/٦ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ١٨٨/٦ ، ابن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٤ ، المواق ، التاج والإكليل ١٦/٦ ، ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ٣٢/٥ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ١٨٨/٦ ، ابن عرفة ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٦٥/٤ .

المطلب الخامس

إصلاح ونفقات الأنهار والمجاري

هل يلزم شيء من ذلك أهل الشفة؟

لما كان أهل الشفة ينتفعون بمياه الأنهار والقنوات الخاصة بالشرب وسقي الدواب وغسل الثياب ونحو ذلك، فهل يلزمهم الغرم بالمشاركة في إصلاح ونفقات صيانة هذه المياه مقابل هذا الغنم؟

إنه لا يلزمهم شيء من ذلك لأسباب ثلاثة :

السبب الأول : أن أهل الشفة لا شركة لهم في ملكية الأنهار والقنوات، وإنما لهم حق الشرب وسقي البهائم ونحو ذلك. والمؤونة تلحق المالك لا من له الحق بطريق الإباحة^(١).

السبب الثاني : أن أصحاب الشفة عدد كثير من الناس لا يمكن حصرهم، فكل من يلتي هذا الماء يثبت له فيه حق الشفة فيشرب بنفسه، ويسقي ماشيته ويحمل منه ما يحتاج لاستعماله؛ لا فرق في ذلك بين من كان مقيماً عنده أو ماراً به في سفره فمن حالهم هذه مجبولون لا يمكن حصرهم لأخذ النفقة منهم لصيانة الأنهار والقنى، فلا شيء عليهم.

قال ابن عابدين : ولأنهم لا يحصون لأنهم أهل الدنيا جميعاً^(٢)، فتقتصر النفقة على من يمكن حصرهم وعدهم وهم الذين يرتبون على هذه الأنهار والقنوات شرباً لأراضيهم^(٣).

السبب الثالث : أن هذه الأنهار والقنى إنما حفرت وأجريت لسقي الزروع والأشجار، وجاء حق الشفة تبعاً لذلك لا قصداً، فتقتصر نفقات الصيانة على أصحاب الزروع والأشجار دون أصحاب الشفة^(٤).

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥، الفتاوى البزازية ١٢٣/٣، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٢/٦.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥.

(٣) المرغيناني، الهداية ١٤٧/٨، الفتاوى الخانية ٢١٧/٣.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥، المرغيناني، الهداية ١٤٧/٨.

وعلى هذا فلو كان بعض أهل الشفة لهم شركة في هذه الأنهار والقنى كأن يكون لهم حق معلوم منها يمر بدورهم ويبيع هذا الحق مع الدار ويشتري، فهو حينئذ حق شرب مملوك تابع للعقار وهي الدار، فيلزمهم والحالة هذه قسط من نفقة الصيانة^(١).

قال ابن عابدين: "أنهار دمشق التي تسقى أراضيها وأكثر دورها جرت العادة من قديم أن أهل الأراضي يكرونها وحدهم دون أهل الدور، مع أن لكل دار حقاً معلوماً منها يبيع ويشتري تبعاً، فهو حق شرب مملوك لهم لا حق شفة بطريق الإباحة، ومقتضى ذلك أنه يلزمهم مشاركة أهل الأراضي في كريبها"^(٢).

ولكنني أرى أن هؤلاء يمكن حصرهم أيضاً، وشربهم جاء قصداً لا تبعاً وهم شركاء في الملك، والله تعالى أعلم.

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥-٢٨٥.

(٢) المرجع السابق.

الفصل الرابع

النزاع والتصرف في حق الشرب

سوف نبحث في هذا الفصل إن شاء الله تعالى مسألتين مهمتين، وهما النزاع في استحقاق الشرب والتصرف في حق الشرب.

أما المسألة الأولى فقد شملت كلا من هذه الموضوعات: النزاع فيمن يقدم بالشرب - أي من له الأولوية في الشرب، والخلاف في مقدار الشرب، والتنازع على شاطئ النهر والتي أيضا تدخل من ضمن الأمور التي يتنازع عليها الناس والتي تتعلق بحق الشرب.

أما المسألة الأخرى وهي التصرف في حق الشرب، فقد شملت كلاً من هذه الموضوعات : التصرف بشكل عام في هذه الحقوق باعتبارها ثبتت لأصحابها اختصاصاً بمنافع معينة، ثم التصرف في النهر المشترك من قبل أحد الشركاء بدون إذن الآخرين، والتصرف في انتفاع بملك الجار أي بمياه الجار.

وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : النزاع في حق الشرب ويتضمن ثلاثة مطالب.

المطلب الأول : النزاع في تحديد من يقدم في الشرب .

المطلب الثاني : النزاع في مقدار الشرب.

المطلب الثالث: التنازع على شاطئ النهر.

المبحث الثاني : التصرف في حق الشرب ويتضمن ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التصرف في الشرب بالبيع والميراث والوصية والإجارة والهبة والصلح.

المطلب الثاني : تصرف أحد الشركاء في المياه المشتركة.

المطلب الثالث : التصرف في الانتفاع بملك الجار.

المبحث الأول

النزاع في حق الشرب

في كثير من الأحيان يحدث النزاع والخصومة بين أصحاب الشرب في حق الشرب، وهذا التنازع أحياناً يكون في أولوية من يقدم في الشرب، هل هو من كان أقرب للمورد أو من كان أقدمهم إحياء، ويكون التنازع أحياناً في مقدار الشرب أي في الكمية المستحقة من الماء لسقي الأرض والشجر، كما يكون التنازع على شاطئ النهر. وسوف نبحث هذه المسائل في هذا المبحث إن شاء الله تعالى..

المطلب الأول

النزاع في تحديد من يقدم في الشرب

اختلف الفقهاء فيمن يقدم للشرب من أصحاب النهر المشترك ولهم في ذلك قولان كما يأتي:

القول الأول : يقدم من كان مبدأ الماء من ناحيته وكان أقرب للمورد، فيحبس الماء حتى يتم شربه ثم يرسل الماء إلى من يليه وهكذا، وسواء كان الأقرب أحدث ملكا أو إحياء من الأبعد أو مساويا له أو أقدم منه.

وبه قال ابن حجر^(١)، وهو اختيار الحارثي^(٢) من الحنابلة^(٣)، وإليه ذهب ابن حزم^(٤). أدلة هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي من الأدلة النقلية :

(١) ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى في السيل المهزوز^(٥) أن يمسك حتى يبلغ الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل)^(٦).

وجه الدلالة :

أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قضى بالشرب أولا للأعلى وهو الأقرب إلى الماء، ثم الأسفل منه، فدل ذلك على أحقية الأقرب إلى المورد في الشرب من الأبعد عنه^(٧).

(١) ابن حجر، فتح الباري ٣٩/٥.

(٢) الحارثي: مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد عياش، سعد الدين، أبو محمد، الحارثي البغدادي ثم المصري وسمى الحارثي نسبة إلى الحارثة من قرى بغداد. فقيه، محدث، من آثاره شرح بعض سنن أبي داود، وشرح قطعة من كتاب المقنع في فروع الفقه الحنبلي. توفي بالقاهرة ٧١١هـ. (الذهبي، تذكرة الحفاظ ١٤٩٥/٤، ابن عماد، شذرات الذهب ٢٩/٦).

(٣) المرداوي، الإنصاف ٦/٢٨٥، ٢٨٦.

(٤) ابن حزم، المحلى ٢٣٩/٨، ٢٤٠.

(٥) المهزوز : واد من أودية المدينة بالحجاز - انظر أبادي، عون المعبود ٦٧/١٠.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب القضاء، أبواب القضاء، رقم (٣٦٣٩)، ٥٣/٤، وقال عنه المنذري والراوي عن عمرو بن شعيب عبد الرحمن بن الحارث المخزومي المدني تكلم فيه امام أحمد، (مختصر سنن أبي داود للمنذري، ٥/٢٤٢).

(٧) المرجع السابق.

(٢) ما رواه عروة بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج من الحررة ليسقي من النخل فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ((اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك)) الحديث (١).

وجه الاستدلال :

أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حكم بأن يسقي الزبير أولاً، لأنه أقرب إلى مورد الماء ثم يرسل الماء إلى من يليه، فدل على أحقية الأقرب إلى المورد في الشرب من الأبعد عنه (٢).

القول الثاني : أن الأولى شرباً من هذا المورد هو أقدمهم إحياء، وإن جهل السابق بالإحياء منهم أو أحيوا دفعة واحدة فيقدم الأقرب للماء.

ذهب إلى هذا القول المالكية (٣) والشافعية (٤)، وهو المذهب عند الحنابلة (٥).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي :

- (١) استدلووا بما استدل به أصحاب القول الأول إلا أنهم حملوا تقديم الأقرب إلى المورد أو الأعلى على من يليه في حال تساويهم في الإحياء أو جهل السابق منهم (٦).
- (٢) استدلووا بالعقل بأن المتقدم بالإحياء أسبق من غيره إلى الماء فيكون له الحق في التقدم بالشرب، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها فلا يملك غيره إبطال حقوقها، وهذا من حقوقها (٧).

(١) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة باب شرب الأعلى إلى الكعبين، حديث رقم ٢٣٦٢ -صحيح البخاري

١٦٥/٢، وابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٤/٥.

(٢) الخطابي، معالم السنن ٥١/٤.

(٣) الباجي، المنتقى ٣٢/٦، المواق، التاج والإكليل ١٧/٦، الدردير، الشرح الكبير ٧٤/٤، التسولي، البهجة

في شرح التحفة ٢٦٢/٢.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، الرملي، نهاية المحتاج ٣٥٣/٤، ابن حجر، فتح الباري ٤٠، ٣٩/٥.

(٥) ابن قدامة، المغني ١٧٠/٨، المرادوي، الإنصاف ٣٨٥/٦، البهوتي، كشاف القناع ١٩٩/٤.

(٦) الباجي، المنتقى ٣٣/٦، المواق، التاج والإكليل ١٧/٦، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٤/٢، الرملي، نهاية

المحتاج ٣٥٣/٥، ابن قدامة، المغني ١٦٨/٨-١٧٠، البهوتي، كشاف القناع ١٩٨/٤، ١٩٩.

(٧) ابن قدامة، المغني ١٧٠/٨، البهوتي، كشاف القناع ١٩٩/٤.

وقد أجب عن استدلال أصحاب القول الأول بالحديثين السابقين: بأن التعبير بالأعلى أو الأقرب وكونه مقدما على من بعده إنما هو جري على الغالب من أن من أحيى بقعة فإنه يحرص على قربها من الماء ما أمكن، لما فيه من سهولة السقي، وخفة المؤونة وقرب عروق الغراس من الماء^(١).

الرأي الراجح :

الرأي الذي أميل إليه هو القول الثاني لوجهة ما استدل به أصحابه، فإن المتقدم بالإحياء أولى بالشرب من المتأخر ولو كان أقرب إلى المورد، لأن حقه في الماء ثابت منذ زمن وتقديم المتأخر القريب من الماء عليه فيه إجحاف بحقه وبخس فلم يصح.

(١) الشريبي، مغني المحتاج ٢/٣٧٤، والرملي، نهاية المحتاج ٥/٣٥٣.

المطلب الثاني

النزاع في مقدار الشرب

المراد بذلك : الكمية المستحقة من الماء لسقي الأرض والشجر بحيث لا يملك أحد الاعتراض على استيفائها كما لا يجوز للمستوفي أن يزيد عليها.

وقد اختلف الفقهاء في مقدار الشرب على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن مقدار الشرب معتبر بحيث يصل الماء في جميع الأرض الشاربة إلى كعبي الرجل القائم؛ فلمن له شرب أن يرسل الماء إلى أرضه إلى أن يصل في جميع أجزائها المستوية إلى حد الكعبين. ولا فرق في ذلك بين كون المسقى غراس. نخل وشجر وكونه زرعاً. وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية^(١) وهو وجه عند الشافعية^(٢) وبه قال الحنابلة^(٣) وقال النووي وابن حجر هو قول الجمهور^(٤) أي جمهور الشافعية.

واستدلوا لذلك بالسنة :

ففيما ورد في قصة الزبير مع الأنصاري أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال للزبير: ((اسق ثم احبس حتى يرجع الماء إلى الجدر واستوف له حقه)). قال ابن شهاب: فقدرت الأنصار والناس قول النبي -صلى الله عليه وسلم- : ((اسق ثم احبس حتى يرجع إلى الجدر)) . وكان ذلك إلى الكعبين.

وجه الاستدلال :

أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- حكم للزبير بأن يسقي أرضه حتى يبلغ الماء فيها إلى الجدر، والجدر مساو للكعبين حسب تقدير أهل الخبرة والشأن من الأنصار وغيرهم فكان القياس الثابت أن يكون السقي إلى الكعبين، ولم يفرق الرسول -صلى الله عليه وسلم- في ذلك

(١) المواق، التاج والإكليل ١٧/٦، وابن عاصم حلي المعصم مع البهجة شرح التحفة ٢/٢٦٢، ٢٦٣، الباجي، المنتقى للباقي ٦/٣٤.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٣٠٥/٥، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٣/٢، ابن حجر، فتح الباري ٤٠/٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١.

(٣) ابن قدامة، المغني ١٦٨/٨، البهوتي، كشف القناع ١٩٨/٤، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٤.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٣٠٥/٥، ابن حجر، فتح الباري ٤٠/٥.

بين موضع من الأرض وآخر فكان ذلك دليلاً على أن المستحق من الشرب في كل أرض وكل زمان ما يساوي الكعبيين في جميع أجزاء الأرض الشاربية.

القول الثاني : قول بعض المالكية ^(١) وهو وجه الثاني عند الشافعية ^(٢)،

أن مقدار الشرب يختلف باختلاف ما في الأرض من زرع وشجر، فشوب الأرض ذات الغراس من شجر ونخل إلى الكعبيين، وشرب الأرض ذات الزرع إلى شرك النعلين. واستدلوا على ذلك القول بالسنة : ومن ذلك :

ما رواه جعفر بن محمد عن أبيه قال : (قضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في سيل مهزوران أن لأهل النخل إلى العقبين ولأهل الزرع إلى الشركين، ثم يرسلون الماء إلى من هو أسفل منهم) ^(٣) .

وجه الاستدلال :

قضاء الرسول -صلى الله عليه وسلم- بالتفريق بين شرب النخل وشرب الزرع، وأن شرب الزرع إلى شرك النعلين، فدل ذلك على أنه لا يجوز التسوية بينهما فنصيب الزرع إلى شرك النعلين ولا يجوز لهم أن يزيدوا على ذلك ^(٤).

القول الثالث : إن مقدار الشرب معتبر بالكفاية لكل أرض بحسبها وبهذا قال جمع من العلماء منهم الطبري والمتولي ^(٥) والسبكي ^(١) والمارودي وأبو يعلى، وقالوا أن الكفاية تختلف من خمسة أوجه :

(١) الباجي، المنتقى ٣/٦، الزرقاني، شرح الزرقاني للموطأ ٣٠/٤، الشوكاني، نيل الأوطار ٣٤٦/٥.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٣٠٥/٥، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٣/٢، ابن حجر، فتح الباري ٤٠/٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١.

(٣) الحديث رواه يحيى بن آدم القرشي . قال حدثنا حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عن أبيه. يحيى بن آدم، الخراج ص ٩٥-٩٦. قال أحمد شاكر أن إسناد الحديث مرسل . هامش الخراج ص ٩٧.

(٤) يحيى بن آدم، الخراج، هامش الخراج ص ٩٧.

(٥) المتولي: هو أبو سعد عبد الرحمن بن مأمون النيسابوري الشافعي ولد بنيسابور سنة ٤٢٧ هـ. برع في الفقه والأصول، له عدة مصنفات منها التتمة في الفقه. توفي ببغداد سنة ٤٧٨ هـ. (ابن هداية الله، طبقات الشافعية ص ١٧٦-١٧٧ و ابن العماد، شذرات الذهب ٣/٣٥٨) .

(١) السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الشافعي تاج الدين المكنى بأبي نصر الفقيه الأصولي المؤرخ - ولد بالقاهرة سنة ٧٢٧ هـ. (ابن العماد، شذرات الذهب ٦/٢٢١).

الوجه الأول : اختلاف الأرضين، فمن الأرض ما يرتوي باليسير ومنها ما لا يرتوي إلا بالكثير.

الوجه الثاني : اختلاف ما في الأرض، فما يكفي بعض النبات كالزراع مثلاً لا يكفي النبات الآخر كالنخل والأشجار مما له أصل، فللزراع قدر من الشرب وللنخل ونحوهما قدر أكثر من ذلك.

الوجه الثالث : اختلاف الصيف والشتاء، فلكل واحد من الزمانين قدر من الشرب يختلف عن الزمن الآخر، فكفاية الشرب في الشتاء غير كفايته في الصيف.

الوجه الرابع : اختلاف حال الماء في استمرار جريه وانقطاعه، فإن ما يستمر جريه لا يؤخذ منه إلا ما يستعمل في وقته وما ينقطع يؤخذ منه ما يستعمل في وقته حاضراً وما يحتاج إليه في المستقبل.

الوجه الخامس : اختلاف الأرض من كون مستقيها وقت الزرع وكونه قبله فما تحتاجه من الماء قبل الزرع يختلف عما تحتاجه وقت الزرع فكل واحد من الوقتين له قدر يختلف عن الآخر.

فلوجود هذا الاختلاف من هذه الأوجه المتعددة لا يمكن تحديد الشرب بمقدار معين يعم كل أرض وكل زمان، وإنما المعول عليه هو قدر الكفاية، والكفاية معتبرة بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة^(١).

وأجيب عن أدلة القائلين بالتحديد بمقدار معين يعم كل أرض في كل زمان، بأن حكم النبي -صلى الله عليه وسلم- للزبير بما قدر بالكعبين حادثة عين^(٢)، كان هو كفاية أرضه عندئذ فلا يعدى قدر كفايتها إلى غيرها ويعتبر هو القدر المناسب لكل أرض، فالأراضي تختلف كفايتها بحسب الأوجه السابقة.

أما أصحاب القول الثاني فقد استدلوا بالحديث المرسل.

الرأي الرابع :

الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأخير لما ذكروه من الاختلاف في الحاجة إلى الشرب بحسب الزمان والمكان والنبات.

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢١٥.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٤٠/٥، الشربيني، مغنى المحتاج ٣٧٤/٢.

المطلب الثالث

التنازع على شاطئ النهر

إذا كان النهر يجري نحو أرض إنسان فإن كان لصاحب الأرض فلا خلاف في أن شاطئ النهر ملك له أيضا. وإن كان النهر ملكا لغير صاحب الأرض وحدث خلاف بينهما في شاطئه فما الحكم؟

لا يخلو الأمر من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن لا يكون ملاصقا للأرض وإنما بين النهر والأرض والتي يجري بجوارها حائل من حائط ونحوه فلا خلاف في هذه الحال في أن شاطئ النهر يكون لصاحبه وليس لصاحب الأرض شيء فيها.

الحالة الثانية: أن يكون النهر ملاصقا للأرض ففي هذه الحالة اختلف علماء الحنفية على قولين:

القول الأول: أن الشاطئ ملك لصاحب الأرض، له أن يغرس فيه أشجارا ويلقي فيه طينه إلا أنه لا يجوز له هدمه أو العبث فيه. وهذا قول أبي حنيفة.

القول الثاني: أن الشاطئ ملك لصاحب النهر حرما لنهره، له أن يغرس فيه ويلقي طينه ويجتاز فيه لإصلاح نهره ونحو ذلك، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد^(١).

وبعض علماء الحنفية بنوا هذا الخلاف على الاختلاف في كون النهر له حريم أو لا إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام فأبو حنيفة يرى أن لا حريم للنهر وعند صاحبين له حريم. ووجه هذا البناء: أنه لما لم يكن للنهر حريم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله في دعوى الشاطئ لأن كل نهر لا بد له من حريم، فدعوى خلاف ذلك لا بد لها من بينة تنفي الأصل وتثبت خلافه^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦، المرغيناني، الهداية وشرحها العناية ١٤٢/٨.

(٢) سبق أن بينا الخلاف في حريم النهر وأن الصحيح هو أن أبا حنيفة يرى أن للنهر حرما، انظر ص ١١٧ في حريم النهر.

وبعض الحنفية نفوا هذا البناء واعتبروا هذا مسألة خلافية مبتدأه^(١).

الرأي الراجح:

الذي يظهر لي أن الراجح هو ما ذهب إليه صاحبان من أن الشواطئ في تلك الحالة تكون ملكا لصاحب النهر لأن واقع الحال يشهد لذلك إذ النهر ليس قاصرا على مجرى الماء دون شواطئ تحفظ هذا الماء وتساعد على جريه لأن الشواطئ هي التي تحجز المياه وحينئذ فهي جزء من النهر فإذا ثبتت ملكيته لأحد شمل جميع أجزائه، مجرى وشواطئ، والله تعالى أعلم.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩١/٦، الفتاوى الهندية ٤٠٢/٥-٤٠٣ المرغيناني، الهداية وشرحها العناية

المبحث الثاني

التصرف في حق الشرب

نتكلم في هذا المبحث إن شاء الله تعالى عن التصرف في حق الشرب وأنواعه الثلاثة ولكل نوع أحكامه.

ففي المطلب الأول نذكر النوع الأول من التصرفات وهو التصرف بالبيع والميراث والوصية والإجارة والهبية والصلح. فإن حق الشرب من الحقوق التي تعتبر مملوكة لأصحابها، وذلك لأنه حق ثبت لأصحابه اختصاصا بمنافع معينة، بحيث ساغ لهم التصرف فيه بحدود معينة، والتصرفات التي تسوغ لمالكي هذا الحق تختلف في مداها وفي حدودها.

وفي المطلب الثاني نتكلم عن أهم صور التصرف من قبل أحد الشركاء في المياه المشتركة بدون إذن الآخرين، ونبين فيها مدى جواز التصرف وقيود ذلك الجواز.

وفي المطلب الثالث نتكلم عن التصرف في ملك الجار - أي في انتفاعه بملك الجار - وذكرنا فيه أهم المسائل التي فيها الترابط بين حق الشرب من ناحية، وحق الجوار وحق المجرى من ناحية أخرى؛ وتلك المسائل هي: إجراء الماء في أرض الجار، وتحويل النهر إلى أرض غير صاحب الأرض الأولى، وحفر البئر التي يتضرر منها الجار.

المطلب الأول

التصرف بالبيع والميراث والوصية والإجارة والهبة والصلح

الفرع الأول : التصرف بالبيع :

التصرف بالبيع في حق الشرب يكون تبعا للأصل ويكون منفردا .
لقد أجاز الفقهاء هذا التصرف تبعا للأرض أو البئر أو القرار، وعللوا ذلك بأن البيع في الأصل وقع على غير الشرب فليس الشرب مقصودا في العقد، وإنما وقع تبعا لغيره، وهذا لأنهم ينعون من بيع الشرب منفردا^(١)، وأيضا لأن الشرب منفعة والأعيان تراد لمنافعها. ولكن الفقهاء اشترطوا لجواز هذا التصرف ذكر حق الشرب لأن هذا الأمر تسابع من وجه من حيث أنه يقصد للانتفاع بالمبيع دون عيبتها، وأصل من وجه من حيث وجوده بدون المبيع، فلا يدخل في المبيع إلا بذكر هذا الحق، وهذا لأنه قد يشتري للبيع لا للانتفاع، وقد يشتري بعدما يشتري المبيع.

وقال الكاساني في ذلك : "إن باع الشرب مع الأرض جاز تبعا للأرض لجواز كون الشيء تبعا لغيره، وإن لم يجعله التبعية مقصودا بذاته؛ وإن باع الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل في البيع^(٢)."

أما التصرف بالبيع في حق الشرب منفردا فقد قلنا أن الفقهاء اختلفوا في جوازه على

رأين :

الرأي الأول : الجواز، وهو قول المالكية^(٣)،

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الفتاوى الهندية ٣٩٤/٥، ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤، الزيلعي، تبين الحقائق ٤٣/٦، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٦، ابن الجزى، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٧، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥، الشربيني، مغني المحتاج ٣٧٦/٢، المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، ابن قدامة، المغني ٥٤٨/٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦.

(٣) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٦، ١٩٨.

وأحد الوجهين عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)، وهو رواية عند الحنفية قال بها مشائخ بلخ^(٣).

يجوز هذا الرأي للإنسان أن يبيع نصيبه من الشرب منفردا إلى من شاء لأن الشرب ملك كسائر الأملاك فلمن ملكه كامل حق التصرف فيه من بيع وغيره^(٤).
الرأي الثاني : عدم الجواز، وبهذا قال جمهور الحنفية^(٥)، وهو الوجه الآخر عند الشافعية^(٦)، والمذهب عند الحنابلة^(٧).

وعلى الحنفية ذلك فقالوا : " لا يجوز بيع الشرب منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء. ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد، فكان واجب الرد كسائر العقود الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب"^(٨).
وقال الحنابلة : " إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به، قال القاضي: لا يجوز لأن الماء غير مملوك، فلا يجوز بيعه ولا الصلح عليه لأنه مجهول"^(٩).

وقد ذكرنا أدلة الرأيين^(١٠) ولا نعيدها في هذا المكان اجتنابا من التكرار والإطالة.
ومنشأ الخلاف يرجع إلى الاختلاف في كون الماء يملك قبل الإحراز أولا، فمن قال أنه لا يدخل في الملك إلا بالإحراز قال بمنع بيع الشرب لعدم ملكه له.

(١) الشريبي، مغني المحتاج ٣٧٥/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٤٩، ٢٩٨، ٩٠/٤، المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٢٢٢.

(٣) وهم متأخرو الحنفية، انظر ابن الهمام، فتح القدير ٤٠٨/٥، ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤.

(٤) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٠، ٢١٢، ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الزيلعي، تبين الحقائق ٤٣/٦، الفتاوى الهندية ٣٩٤/٥.

(٦) الشريبي، مغني المحتاج ٣٧٦/٢، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥.

(٧) ابن قدامة، المغني ٥٤٩/٤، المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٧/٥.

(٩) ابن قدامة، المغني ٤٤٨/٤ - ٤٤٩.

(١٠) ذكرت هذه الأدلة في الصفحة ٥٢-٥٤ من الفصل الأول.

ومن قال أنه يدخل في الملكية بدون ذلك، كما لو كان البئر أو العين أو النهر خاصا في ملك إنسان قال بجواز التصرف بالبيع لأنه حينئذ يبيع مال مملوك لصاحبه فله كامل حق التصرف فيه.

والراجح هو القول بمنع التصرف بالبيع منفردا لما ورد في ذلك من الأحاديث الصحيحة التي تنهى عن بيع الماء.

وأن التصرف فيما يملكه الإنسان من حقوق بالبيع وغيره جائز في غير ما ورد النص على منعه. فالأحاديث الواردة في منع التصرف ببيع الشرب تخص عموم ما يدل على أن للإنسان كامل حق التصرف في ملكه، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني : التصرف بالميراث (وهو انتقال حق الشرب):

التصرف في الشرب بالميراث له حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون تبعا للعقار.

الحالة الثانية : أن يكون منفردا.

يتحقق التصرف في الحالة الأولى إذا توفي مالك العقار المقرر له ذلك الحق، إذ بوفاته ينتقل العقار إلى الورثة وينتقل معه ذلك الحق تبعا لانتقال ذلك العقار، وهذا أمر ظاهر شأنه شأن جميع الحقوق المالية المتعلقة بالأعيان، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك لأن حق الشرب معنى المال فيه ظاهر^(١).

أما الحالة الثانية فقد أجاز جميع الفقهاء التصرف في حق الشرب بالتورث حتى الحنفية^(٢). فإذا انفصل حق الشرب عن العقار الثابت له فأصبح ملكا مستقلا بأن باع صاحب العقار الذي تقرر له هذا الحق عقاره مجردا عن الشرب ويبقى الحق للبايع حينئذ ملكا مستقلا، فإذا توفي انتقل هذا الحق إلى ورثته منفردا غير تابع لشيء آخر^(٣).

فتنتقل ملكية هذا الحق إلى الوارث بالموت منفردا عن العقار إذا بيع العقار دونها قبل وفاة مالكة؛ لأن الحقوق التي ملكها المورث حال حياته يخلف فيها ورثته بعد وفاته.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الفتاوى البزازية ١٢١/٣، الفتاوى الهندية ٣٩٣/٥، النووي، روضة

الطالبين ٣١٢/٥، المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، ابن قدامة، المغني ٥٤٨/٤.

(٢) المرغيناني، الهداية ١٥٠/٨، الزيلعي، تبين الحقائق ٤٣/٦.

(٣) الفتاوى الهندية ٣٩٣/٥، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٨/٦.

ثم إن هذا الحق يورث ويجوز فيه هذا التصرف لأن الميراث أمر حكمي جبري يفيد تملك الوارث رغم إرادته ما تركه المورث له من الأملاك.

الفرع الثالث : التصرف بالوصية :

إن الوصية فيها معنى المال مثل الميراث وهي متعلقة بأعيان مالية، وكل ما يجري فيه الإرث تجرى فيه الوصية لأنهما بمعنى واحد إلا أن الإرث ينتقل للورثة والوصية تنتقل لغير الورثة.

فإذا أوصى إنسان بحق الشرب انتقل ذلك الحق للموصى له بعد وفاة الموصي. وسواء أوصى بحق الشرب تبعاً لغيره أو أوصى به منفرداً جاز.

وقد ذكرنا ما قيل في الفتاوى الهندية إذا أوصى بحق الشرب تبعاً لغيره : " ولو أوصى بثلاث حقه في النهر في كل شيء من ذلك جاز لأنه تصدق بثلاث رقبة النهر فجاز ويدخل الشرب فيه تبعاً كما لو أوصى بالشرب مع الأرض" (١) .

أما إذا كان منفرداً فقد قال الكاساني : " ويوصي به حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لأن الوصية وإن كانت تملكها لكنها تملك بعد الموت" (٢) .

الفرع الرابع : التصرف بالإجارة

أما بالنسبة للإجارة فإن إجارة الشرب جائزة تبعاً للأرض، وهذا باتفاق من الأئمة (٣) . وإذا أجر الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل قياساً على البيع ويدخل استحساناً لوجود الذكر دلالة ، لأن الإجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب، فيكون مذكوراً بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع تملك العين والعين تحتمل الملك بدون المنفعة (٤) .

(١) الفتاوى الهندية ٤٠٧/٥ - ٤٠٨ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ١٩٠/٦ .

(٣) ابن عابدين، رد المحتار ١١٨/٤ ، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٦ ، ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٠، ٢١٢ ، النووي، روضة الطالبين ٣١٢/٥ ، ابن قدامة، المغني ٩٠/٤ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ١٨٩/٦ - ١٩٠ ، ابن عابدين ، رد المحتار ٢٨٧/٥ .

أما إجارة الشرب منفردة فلا تجوز عند الحنفية قياساً على البيع ويجري فيها نفس الخلاف الذي ذكرناه عند بيع الشرب منفرداً.

وعلل الحنفية ذلك فقالوا: "لا يجوز أن يجعل حق الشرب أجرة لدار ولا يجوز إجارته منفرداً لأن الحقوق لا تحتل الإجارة كما لا تحتل البيع"^(١).
وأيضاً لأن الإجارة ليست بمال متقوم^(٢).

وأجاز جمهور الفقهاء التصرف في الشرب بالإجارة لأن الإجارة عندهم ملك كسائر الأملاك فلمن ملكه كامل حق التصرف فيه^(٣)، ولأنه مال متقوم في عرف الناس^(٤). فقد قال جمهور العلماء: "وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها جاز وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة، لأن هذا شأن الإجارة"^(٥).

الفرع الخامس: التصرف بالهبة:

ويلحق حكم التصرف بالهبة في حق الشرب بالبيع والإجارة وتأخذ أحكامهما. قال الكاساني: ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به لأن ذلك كله تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك^(٦).

وقال ابن عابدين: "ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به إلا تبعاً للأرض، لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى..."^(٧).

(١) نفس المراجع السابقة.

(٢) الزلمي، تبين الحقائق ٤/٤٣، ابن الهمام، فتح القدير ٨/١٥٠.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار ٤/١١٨، ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢١٠، ٢١٢.

(٤) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩٢، النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٢، ابن قدامة، المغني ٤/٩٠.

(٥) ابن قدامة، المغني ٤/٥٤٦-٥٤٧، تكملة المجموع ١٣/٤٠٤، حاشية الدسوقي ٤/٧٢، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٦/١٩٢، النووي، روضة الطالبين ٤/٢٢١.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٨٩، ابن عابدين، رد المحتار ٥/٢٨٧.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار ٥/٢٨٧.

الفرع السادس : التصرف بالصلح^(١) :

أما بالنسبة للتصرف بالتصرف في حق الشرب فقد أجازهُ الفقهاء تبعاً للأرض. أما منفرداً فلم يجزه الحنفية فقط.

قال المرادوي : إذا صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع ونحوهما جاز وكان بيعاً للقرار والماء تابع له^(٢).

وقالوا : " إن صالح رجلاً على موضع قناة في أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لأن ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى نخومه^(٣).

وقال الحنفية : " ولا يجوز الصلح لأن الصلح في معنى البيع^(٤).

أما بالنسبة للتصرف بالأموال الأخرى مثل: المهر والخلع، فقد جرى فيه نفس الخلاف السابق ولم يفصل الفقهاء في تلك المسائل إلا الحنفية الذين قالوا :

ولا تصح تسمية الشرب بأن تزوج امرأة على الشرب وعلى الزوج مهر المثل لأن النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتمل التملك.

ولا تصح تسمية الشرب في الخلع بأن اختلعت المرأة من نفسها على الشرب وعليها رد المأخوذ من المهر. لأن تسميته في معرض التملك إن لم يصح فهو مال لكونه مرغوباً فيه ،

(١) الصلح في اللغة: الصلاح ضد الفساد، والصلاح بكسر الصاد: المصلحة والاسم الصلح يذكر ويؤنث، والإصلاح نقيض الإفساد والمصلحة واحدة المصالح. (الجوهرى، الصحاح، مادة (صلح) ٣٨٤، ٣٨٣/١. وفي الاصطلاح عرفه الحنفية بأنه: "عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم" (الموصلى، الاختيار لتعليل المختار ٥/٣.

وعرفه الشافعية والحنابلة بتعريف مقارب لتعريف الحنفية (الشربيني، مغني المحتاج ١٧٧/٢). وعرفه ابن عرفه من المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (الخطاب، مواهب الجليل ٢٩/٥).

والتعريف الأخير أجمع؛ فإن فيه زيادة وهي: أن الصلح إنما يكون بعوض، وكذلك فيه إضافة خوف وقوع النزاع فإنه يصلح عليه أيضاً. وهو التعريف المختار، والله أعلم..

(١) المرادوي، الإنصاف ٢٥٠/٥، ابن قدامة، المغني ٥٤٨/٤.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٤٦-٥٤٧/٤، تكملة المجموع ب٤٠٤/١٣، ابن عرفه، حاشية الدسوقي ٧٢/٤، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٢/٦، النووي، روضة الطالبين ٢٢١/٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ١٨٩/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٧/٥.

فمن حيث أنه لم يحتمل التملك لم يصلح بدل الخلع، ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلاً^(١).

* ملخص المطلب :

إن مصلحة حق الشرب تتعلق بالمال وهي أمر ذات وجود خارجي، وهذا الحق ليس بمال لأنه أمر معنوي لا يمكن حيازته، ولهذا السبب لا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به، لأن محل البيع والهبة والصدقة والإجارة لا يكون إلا مالا، ولذلك لا يجوز بيعها استقلالا غير تابعة للأموال.

أما التصرف فيها تابعة للأموال فيجوز إن كانت متعلقة بها. فإذا بيعت تبعاً للعقار الثابت له جاز البيع لأن البيع كما يكون في الأموال يكون كذلك في كل حق متعلق بها إذا بيع تبعاً لها ولم يبع منفرداً.

ويجوز التصرف بالتورث والوصية تبعاً للعقار ومنفرداً، ويجوز منفرداً لأن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تملكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر. وأما السبب في كونه يسورث وتجوز الوصية بالانتفاع به فهو أن الملك بالإرث يقع تبعاً لا قصداً، وما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية، لأن كل واحد منهما ينتقل فيه الملك بعد موت من انتقل الملك عنه .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٨٩-١٩٠.

المطلب الثاني

أحكام تصرف أحد الشركاء في المياه المشتركة بدون إذن شركائه

ذكر الفقهاء أنه لا يجوز لأحد الشركاء في النهر المشترك أن يتصرف فيه من غير إذن شركائه، سواء كان هذا التصرف مضرا بهم أم لا، لأن رقية النهر مملوكة على الشركة وحرمة التصرف في المملوك للغير لا تقف على الإضرار بالمالك^(١).

هذا وقد أورد الفقهاء جملة من التصرفات التي تحدث عادة بين الشركاء في الأنهار المملوكة، أذكر منها على سبيل المثال:

أولا : لو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئا ليسقي أرضا في أول النهر لم يجز، لأنهم يشتركون في الماء الجاري في نهرهم، ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى التصرف في حافة النهر المشترك، وهذا لا يجوز بغير رضا الشركاء الآخرين^(٢).

ثانيا : لو كان لأحد الشركاء ماء في أعلى النهر فإنه ليس له إجراؤه في النهر المشترك ليأخذه من الأسفل ويسقي به أرضه إلا برضا الشركاء، ولهم الرجوع متى شاؤوا لأن ذلك عارية^(٣).

ثالثا : لو أراد أحد الشركاء توسيع بداية النهر لزيادة الماء الآتي من النهر الأكبر بدون إذن الشركاء الآخرين لا يجوز لأنه تصرف في ملك مشترك فيمنع منه بدون الإذن، ولأن فيه إجراء زيادة ماء قد يتضرر منها بعض الشركاء، وكذلك لا يجوز تضيق بداية النهر بدون الإذن لما تقدم^(٤).

رابعا : لو أراد أحد الشركاء نصب رحي ونحوها أو غرس شجرة في رقية النهر أو حافته أو حريمه لا يجوز لأن ذلك ملك مشترك فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه^(٥).

(١) الكاساني بدائع الصنائع ١٩٠/٦، حاشية ابن عابدين ٤٤٢/٦، النووي، روضة الطالبين ٣٠٧/٥، ابن قدامة، المغني ٥٨٨/٥، النفراوي، الفواكه الدواني ١٧١/٢، ١٧٤، الحطاب، مواهب الجليل ١٥٢/٥.

(٢) ابن قدامة، المغني ٥٨٨/٥، الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، النووي، روضة الطالبين ٣٠٨/٥، المرادوي، الإنصاف ٣٨٧/٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، ١٩٢، النووي، روضة الطالبين ٣٠٧/٥، ابن قدامة، المغني ٥٨٦/٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، ١٩١، النووي، روضة الطالبين ٣٠٧/٥، ابن قدامة، المغني ٥٨٨/٥.

خامسا : لو أراد أحد الشركاء وضع قنطرة^(١) على هذا النهر من غير رضا الشوكاء لا يجوز لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك^(٢).

وأما التصرف في المياه الخاصة أي في الساقية الخاصة المتفرعة من النهر المشترك فلما لكها التصرف فيها كسائر أملاكه، فله وضع رحى عليها أو قنطرة أو غير ذلك لأنها ملكه لا حق لغيره فيها^(٣).

(١) قنطرة: الجسر: قال الأزهرى: هو أزج بينى بالأجر أو بالحجارة على الماء يعبر عليه. (ابن منظور، لسان العرب ٥/٣٢٨).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٩٠، ابن الهمام، فتح القدير ٨/١٤٤، الفتاوى الهندية ٥/٣٩٦، المواق، التاج والإكليل ٦/١٧، الباجي، المنتقى ٦/٣٣، ابن عرفة، حاشية الدسوقي ٤/٦٧، الشرييني، مغني المحتاج ٢/٣٧٥، الماوردي، الأحكام السلطانية ص ١٨١، أبو يعلى الأحكام السلطانية ص ٢١٥-٢١٦، البيهوتي، كشاف القناع ٤/١٩٩، المرادوي، الإنصاف ٦/٣٨٦-٣٨٧، ابن قدامة، المغني ٥/٥٨٨.

المطلب الثالث

التصرف في الانتفاع بملك الجار

المقصود بالتصرف هنا هو ارتفاق الإنسان بملك جاره أي الحالات التي يستفيد منها شخص من ملك غيره دون أن ينتقل هذا الملك إليه، إنما يظل على ملك صاحبه.

هذا المطلب سوف نتكلم فيه عن التصرف في الانتفاع بملك الجار، وقد أوردته من ضمن التصرفات في حق الشرب لهذه الأسباب:

أولاً : إن حق الجوار من حقوق الارتفاق كما هو حق الشرب من ضمن هذه الحقوق، ويكون حق الشرب غالباً تكليفاً على عقار الجار المرتفق به لمصلحة عقار الجار المترفق. ثانياً : إن أكثر صور الإيذاء والضرر تكون بين الجيران لتداخل الأملاك والتلاصق، ولذا فإن أكثر أمثلة الفقهاء تنصب على الضرر بين الجيران في حق الشرب.

والضرر المعتبر والممنوع هو التصرف الذي ينتج عنه تعد وإتلاف لملك الجار، قال الله تعالى : {ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين}(١).

ثالثاً : إن هذا المطلب فيه تداخل بين حق المجرى وحق الشرب، وقد قلنا أنه لوجود الترابط بين حق الشرب وحق المجرى فإن أحكامهما متداخلة والفصل بينهما في بعض الصور غير وارد، فمن تلك الصور بعض هذه التصرفات.

(١) سورة المائدة، آية (٨٧).

الفرع الأول : إجراء الماء في أرض الجار :

إذا أراد الجار أن يجرى الماء في أرض جاره لكي يسقي به زرعه أو ينتفع به في أي وجه من وجوه الانتفاع، فهل يمكن من ذلك الإجراء أو لا ؟
اختلف الفقهاء في ذلك عنى أربعة أقوال :

القول الأول : يمنع الشخص من إجراء الماء في أرض غيره سواء كان جاراً أو غير ذلك، وسواء أكان الإجراء لحاجة أو ضرورة أو لم يكن إلا أن يأذن له صاحب الأرض فإن أذن له جاز، وهذا مقتضى كلام الحنفية^(١)، وهو أحد الأقوال عند الإمام مالك، رواه عنه ابن القاسم^(٢)، واختاره عيسى بن دينار^(٣)، وهو مذهب الشافعية^(٤)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٥). واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

أولاً : السنة :

استدلوا بما رواه عبد الله بن عمر أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال : ((لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه ، أوجب أحدكم أن تؤتى مشربته^(٦) فتكسر خزانته^(٧) فينتقل^(٨) طعامه؟ وإنما تخزن لهم ضرور ماشيتهم أطعماتهم^(٩) فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه))^(١٠).

(١) أبو يوسف، الخراج ص ١٠٠، حيث قال : لو أن رجلاً احتقر بئراً أو قناة في أرض رجل بغير إذنه فإنه يمنع منه*.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٣٧٥/٤، الباجي، المنتقى ٤٦/٦، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٤/٤.

(٣) عيسى بن دينار يكنى بأبي محمد، صاحب ابن القاسم المالكي ومفتي الأندلس، كان صالحاً ورعاً مجاب الدعوة، مقدماً في الفقه على يحيى بن يحيى على عظم قدره، توفي - رحمه الله - سنة ٢١٢هـ - انظر ترتيب المدارك ١٦/٢، الديباج المذهب ص ١٧٨.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٢٢١/٤، والتكملة الثانية للمجموع ٤٠٣/١٣.

(٥) ابن قدامة، المغني ٢٨/٧، الشرح الكبير ١٤/٣، ابن مفلح، الفروع ٢٧٢/٤ المرادوي، الإنصاف ٢٤٨/٥.

(٦) المشربة : مكان الشرب بفتح الراء خاصة، وبالكسر : إناء الشرب : ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٨٩/٥.

(٧) الخزانة : المكان أو الوعاء الذي يخزن فيه ما يراد حفظه. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٨٩/٥.

(٨) فينتقل : بضم أوله يفتعل من النقل، أي تحول من مكان إلى آخر. نفس المرجع.

(٩) أطعماتهم : اللبن - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٨٩/٥.

(١٠) البخاري، صحيح البخاري ١٨٦/٢، ١٨٧ رقم (٢٤٣٥) وابن حجر، فتح الباري ٨٩/٥.

وجه الاستدلال :

أنه نهى عن أخذ اللبن من الشاة مع أنه يتجدد ويخلفه غيره، والأرض التي يمر فيها الماء لا يعتاض عنها^(١)، فدل على أن إجراء الماء في أرض الغير لا يصح من باب أولى. ففي الحديث النهي عن أن يأخذ المسلم من المسلم شيئاً إلا بإذنه، وإنما خص اللبن بالذكر لتساهل الناس فيه، فنبه به على ما هو أولى منه^(٢).

ثانياً : المعقول:

(١) إن إجراء الماء في أرض الجار كالحمل على بهيمة غيره ، فلم يجز لأن في كل منهما حملاً على ملك غيره بغير إذنه^(٣).

(٢) إن إجراء الماء في أرض الجار تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز، كما أن الحاجة إلى هذا الإجراء لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها، ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة فيكون هذا القول أقيس وهو موافق للأصول فكان أولى^(٤).

ويمكن أن يجاب على التعليلين السابقين لأصحاب القول الأول: بأن قياسكم إجراء الماء في أرض الجار على الحمل على البهيمة وعلى الزرع والبناء في أرضه قياس مع الفارق : فإن الحمل على البهيمة قد يؤدي بها للتلف والزرع والبناء في أرض الجار يؤدي إلى تعطيل منفعتها فلا يستفيد صاحبها منها. وهذا كله بخلاف إجراء الماء في أرض غيره، بل قد ينتفع بالماء فيسقى به ولذلك قال عمر لمحمد بن مسلمة^(٥) حينما منع جاره من إجراء الماء في أرضه: (لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع)^(٦) .

٥٢٥٠٣٩

(١) الباجي، المنتقى ٤٦/٦.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ٨٩/٥.

(٣) التكملة الثانية للمجموع ٤٠٣/١٣.

(٤) ابن قدامة ، المغني ٢٨/٢، الشرح الكبير ١٤/٣.

(٥) محمد بن مسلمة بن خالد بن عدي بن مجدعة، أبو عبد الله، الأنصاري، الأوسي، شهد بدرا والمشاهد عدا تبوك فقد استخلفه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على المدينة، توفي سنة ٤٣هـ. (الإصابة ٣٨٣/٣).

(٦) انظر نص الحديث كاملاً في الصفحة ١٧٠-١٧١.

القول الثاني : يجوز إجراء الماء في أرض الجار إن احتيج إليه عندما يغلب الصلاح والدين على أهل الزمان ويتحرجون عما لا يحل لهم، فإن كان أهل الزمان ممن يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير حق فيجب أن يحكم بالمنع من إجراء الماء. وهذا قول ثان للإمام مالك رواه عنه أشهب^(١).

واستدلوا على هذا القول بما يأتي :

(١) أن عمر بن الخطاب لما حكم على محمد بن مسلمة بإجراء الماء في أرضه إنما كان لصلاح أحوال الناس في ذلك الوقت، فلم يكن أحدهم ليستحل مال أخيه، فأما إذا تغيرت أحوال الناس واستحلوا ما لا يحل لهم فإنه يمنع من إجراء الماء في أرض غيره، والناس يحدث لهم أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور^(٢).

(٢) أن الأمر قد يطول ثم يدعي صاحب الماء الممر في أرض جاره التي قضى له بإمراره فيها، فيدعي ملكية الممر أو المجرى، ويدعي فيها حقوقاً، فيشهد له من قضى له به^(٣).

ويمكن أن يجاب عن التعليلين السابقين : بأن اتخاذ الوسائل الشرعية من كتابة الوثائق والإشهاد فيه ما يمنع التلاعب بأموال الناس ويدفع ما ذكرتموه من احتمال إدعاء ملكية المجرى.

القول الثالث : إذا كانت الأرض التي يمر فيها المجرى متأخرة في الإحياء عن أرض صاحب المجرى جاز إجراؤه فيها، أما إذا كانت الأرض التي يراد إجراء الماء فيها متقدمة الإحياء فليس له ذلك.

وإلى هذا القول ذهب بعض المالكية ومنهم أشهب^(٤).

واحتجوا لهذا القول : بأن محمد بن مسلمة إنما صارت له أرضه بإحيائه لها بعد أن أحيا الضحاك أرضه^(٥).

(١) الباجي ، المنتقى ٤٦/٦ ، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٤/٤.

(٢) نفس المرجعين السابقين.

(٣) نفس المرجعين السابقين.

(٤) نفس المرجعين السابقين.

(٥) الباجي، المنتقى ٤٦/٦ ، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٥/٤.

ويمكن أن يناقش هذا الاحتجاج بأن كلامكم هذا احتمال لم يرد ما يدل عليه ولو ورد
نقل.

القول الرابع: يجوز إجراء الماء في أرض الجار إذا كان المجري محتاجا إلى ذلك،
ولم يكن في إجرائه ضرر على صاحب الأرض فإن امتنع أجبر، وإلى هذا ذهب الإمام مالك
رحمه الله - في إحدى الروايات عنه^(١) وهو قول عند الشافعية^(٢) ورواية في مذهب
الحنابلة^(٣)، واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، والرواية الثانية عند الحنابلة: جواز
ذلك في حال الضرورة فقط^(٥).

أدلة هذا القول:

(١) عموم قوله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه أبو سعيد الخدري -رضي الله عنه-
أنه قال: ((لا ضرر ولا ضرار))^(١).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

أن منع الجار من الانتفاع بملك جاره وإجراء الماء في أرضه عند الحاجة إلى ذلك من
الضرر المنهي عنه في هذا الحديث.

(٢) روي الإمام مالك أن الضحاک بن خليفة^(٧) ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر
به من أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد، فقال له الضحاک: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب
به أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد. فكلم فيه الضحاک عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد
بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك

(١) نفس المرجعين السابقين.

(٢) الرافعي، فتح العزيز ٣٢٧/١٠، النووي، روضة الطالبين ٢٢١/٤، تكملة المجموع ٤٠٣/١٣.

(٣) الفروع مع تصحيحها للمراي ٢٧٢/٤، المرادوي، الإنصاف ٢٤٩/٥.

(٤) الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية ٤٠٣/٤.

(٥) ابن قدامة، المغني ٢٨/٧، الشرح الكبير ١٤/٣، الفروع مع تصحيحها ٢٧٢/٤، المرادوي،
الإنصاف ٢٤٩/٥.

(٦) سبق تخريجه في ص ٧٤-٧٥.

(٧) الضحاک بن خليفة بن ثعلبة بن عدي بن كعب بن عبد الأشهل الأنصاري، الأشهلي، شهد أحدا، وتوفى
في آخر خلافة عمر بن الخطاب. (الأصابة في تمييز الصحابة ٢٠٥/٢).

نافع تسقى به أولاً وأخراً وهو لا يضررك؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك^(١).

وجه الاستدلال:

قضاء عمر بن الخطاب بإجبار محمد بن مسلمة على إجراء الماء في أرضه، وهذا نص في مسألتنا هذه، ولم يرو مخالفة أحد من الصحابة له^(٢)، فكان إجماعاً.

وقد أجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي :

(أ) أن محمد بن مسلمة هو ممن خالف قضاء عمر بن الخطاب وامتنع من إجراء الماء في أرضه، ولو اعتقد أن إجراء الماء في أرضه هو من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره^(٣).

(ب) ويحتمل أن عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع إلى الأفضل، فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه، وثقة بأنه لا يحنثه فيبر بقسم صاحبه، وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك فيكفر عن يمينه إكراما له، ولا سيما إذا دعاه لأمر هو أفضل مما ذهب إليه في الدين والدنيا^(٤).

ولكن الاحتمال الأخير فيه نظر، لأن عمر -رضي الله عنه- كان سيجد طريقاً آخر غير القسم لو أراد ما ذكرتموه من احتمال، فالقسم من عمر على محمد لا يعني إلا وجوب تنفيذ ما أقسم عليه، والله أعلم.

واستدلوا أيضاً بأن المجاورة توجب لكل من الجارين من الحق ما لا يجب للأجنبي، فيباح الانتفاع بملك الجار الخالي عن ضرر الجار^(٥).

وأدلة القائلين بجواز إجراء الماء في أرضه في حال الضرورة فقط -وهي الرواية الثانية عند الحنابلة- هي الأدلة السابقة لأصحاب هذا القول، إلا أنهم حملوا الجواز على حال

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب: القضاء في المرفق، حديث رقم (٣٣) ٧٤٦/٢، وصححه الألباني ثم قال: 'هذا سند صحيح على شرط الشيخين' (إرواء الغليل ٢٥٤/٥).

(٢) الباجي، المنتقى ٤٧/٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٦/٣٠.

الضرورة لا الحاجة، ومثلوا لذلك - أي لما فيه ضرورة- بما إذا كان له أرض للزراعة لئلا
ماء لا طريق له إلا أرض جاره^(١).

الرأي الراجح :

يظهر لي أن القول الرابع هو الراجح في المسألة، وأخص منه ما ذكره الحنابلة في
الرواية الثانية عندهم من تقييد الجواز بحالة الضرورة، فإن اضطر لإمرار الماء من أرض
جاره ولم يكن له طريق إلا ذلك جاز.

أما إن وجد طريقاً (ممرًا) آخر فالذي يظهر لي عدم الجواز مراعاة لحق المالك في
ملكه. والذي يظهر من سياق الأثر المروي عن عمر وإجباره لمحمد بن مسلمة على إجراء
الماء في أرضه أن هذه الأرض هي الممر الوحيد لماء الضحاك وإلا لما أقسم عمر عليه،
ولجهر محمد بالحق ولقال أجر ماءك من طريق آخر.

(١) ابن قدامة ، المغني ٢٨/٧، الشرح الكبير ١٤/٣.

الفرع الثاني : تحويل النهر عن صاحب الأرض إلى أرض غيره:

إذا أراد صاحب النهر أو الساقية أن يحوله عن أرضه إلى أرض جاره ليسهل عليه السقي فهل له ذلك أو لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : يجوز تحريك الماء إلى أرض الجار وغيره إذا لم يكن هناك ضرر على من حول إليه الماء وفيه مصلحة لمن حول الماء، وإلى هذا ذهب الإمام مالك في إحدى الروايتين عنه^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بما رواه الإمام مالك بن أنس عن عمرو بن يحيى المازني^(٢) عن أبيه قال : كان في حائط جده ربيع^(٣) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله^(٤).

وجه الاستدلال :

أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قضى بتحويل نهر عبد الرحمن بن عوف إلى ناحية من أرض جاره لأن ذلك أرفق به وأقرب إلى أرضه وعمر بهذا الفعل قد حمل حديث ((لا يمنع أحدكم جاره...))^(٥) على ظاهره ، وعده إلى كل ما يحتاج الجار إلى الانتفاع به من دار جاره وأرضه^(٦).

(١) الباجي، المنتقى ٤٧/٦، الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٥/٤.

(٢) عمرو بن يحيى المازني: هو عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبي حسن الأنصاري المازني المدني. قال النسائي عنه: ثقة، وقال أبو حاتم: ثقة، صالح، وقال ابن معين: صويلح وليس بالقوي. توفي سنة ١٤٠ هـ. (انظر: ابن أبي حاتم، الجرح والتعديل ٢٦٩/٦، وتهذيب التهذيب ١١٨/٨، ١١٩).

(٣) ربيع: النهر الصغير، ابن الأثير "النهاية في غريب الحديث والأثر" ١٨٨/٢.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، حديث رقم ٣٣، ٧٤٦/٢.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٥/٤.

القول الثاني : لا يجوز هذا التحويل إلى ملك غيره، سواء ترتب عليه ضرر أو لم يترتب، وسواء كان فيه مصلحة له أو لم يكن، إلا أن يأذن من حول الماء إلى جهته. وهذا قول أكثر الفقهاء، ومنهم الإمام أبو حنيفة^(١)، وقد رواه ابن القاسم عن الإمام مالك^(٢).

أدلة هذا القول :

- ١) عموم قوله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه جابر بن عبد الله أنه قال : ((إن دماكم وأموالكم عليكم حرام))^(٣).
- ٢) عموم قوله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه أنس بن مالك، أنه قال : ((لا يحل ملل امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه))^(٤).

وجه الاستدلال :

أن تصرف الإنسان في ملك غيره لا يحل إلا بإذنه، وتحويله للنهر إلى أرض غيره نوع تصرف فيكون ممنوعاً.

الرأي الراجح :

يظهر لي - والله أعلم - أن الرأي الثاني هو الراجح لوجاهة ما استدلل به أصحابه.

(١) نسب هذا القول إليه الباجي في المنتقى ٤٧/٦؛ والزرقاني في شرح الموطأ ٣٥/٤، وهو المفهوم من كلام أبي حنيفة، انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٢٦٤/٦، ٢٦٥.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٣٧٥/٤، ابن عبد البر، التمهيد ٢٣١/١٠، الباجي، المنتقى ٤٧/٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، وهو جزء من حديث طويل، كتاب الحج، باب: حجة النبي - صلى الله عليه وسلم - حديث رقم (١٢١٨) ٨٨٦/٢.

(٤) أخرجه الدار قطني في سننه تحت رقم ٣٠٠، وأحمد في مسنده ٧٢/٥ والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٠/٦، وقال الألباني أن هذا الحديث صحيح، انظر إرواء الغليل ٢٧٩/٥.

الفرع الثالث : حفر البئر التي يتضرر منها الجار :

من التصرفات التي يحدثها المالك في المياه حفر البئر التي يتضرر منها الجار، فينقص ماء بئر أو ينقطع بالكلية، وقد يحفر المالك في أرضه بالوعة أو ينشئ كنيفاً^(١) يغير ماء بئر جاره.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف المضر بالجار على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للمالك أن يحفر في ملكه ما شاء وإن تضرر جاره بذلك ولا يمنع من هذا الحفر، وهو مذهب الحنفية^(٢)، وهو مروى عن الإمام مالك وهو أحد الأقوال عند المالكية^(٣)، ولكنهم قالوا : إن وجد عن هذا الحفر مندوحة^(٤)، ولم يتضرر بترك حفره فلا يمكن من حفره ليمحض إضراره بجاره حينئذ^(٥).

وذهب الشافعية إلى جواز الحفر مطلقاً وإن تضرر به الجار^(٦)، وهو رواية في مذهب الإمام أحمد^(٧)، رحمه الله.

أدلة هذا القول :

(١) إن المالك مطلق التصرف فيما هو من خالص حقه^(٨)، وإن كان كلف الأذى عن الجار أفضل^(٩)، لما روت أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ((ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه))^(١٠).

(١) الكنيف - المرحاض، وسمي بذلك لأنه يستتر قاضي الحاجة، (الفيومي، المصباح المنير، مادة (كنف) ص ٢٠٧).

(٢) السرخسي، المبسوط ٢١/١٥، فتاوى قاضي خان ٤١٩/٣.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٥٣/٢، ابن عاصم، حلى المعاصم ٣٤٣/٢، التسولي، البهجة شرح التحفة ٣٣٦/٢.

(٤) مندوحة: ندح: الندح: الكثرة؛ والندح والندح: السعة والفسحة: والندح ما اتسع من الأرض. وأرض مندوحة: واسعة بعيدة. (ابن منظور، لسان العرب ١٦١/٦).

(٥) التسولي، البهجة في شرح التحفة ٣٣٦/٢.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٢٨٤/٥، الرملي، نهاية المحتاج ٣٣٦/٥.

(٧) أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص ٣٠٢، المرادوي، الإنصاف ٢٦٠/٥.

(٨) السرخسي، المبسوط ٢١/١٥، الرملي، نهاية المحتاج ٣٣٦/٥.

(٩) السرخسي، المبسوط ٢١/١٥، الكاساني، بدائع الصنائع ٢٩/٧.

(١٠) سبق تخريجه في ص ٢٣.

(٢) أنه إذا حفر في ملكه ومنع منه فإنه يتضرر بمنعه من ذلك كما أن جواره يتضرر بحفره وفي هذه الحالة فإن ضررها متقابل، ويترجح جانب من أراد الإحداث والحفر لأنه يتصرف في ملكه^(١).

(٣) أن هذا الحفر مما لا يستغني عنه المالك فلا ينبغي المنع منه^(٢).

القول الثاني : يمنع المالك من الحفر وإن اضطر إلى ذلك، وحتى لو كانت البئر المحفورة بعيدة عن بئر الجار، وهو القول الثاني عند المالكية^(٣).
وحجة أصحاب هذا القول : أن الماء في يد الذي حفر أولاً مع احتمال أن يكون هو الذي اختط تلك الأرض أولاً أو أباه أو الذي ابتاع منه، فلا ينتزع الماء من يده بالشك^(٤).

القول الثالث : يمنع الجار من الحفر وتردم الحفرة إذا أضر بجاره ضرراً بينياً، ومن هذا الضرر البين انسراق ماء البئر، أو نقصه نقصاً بينياً، أو حفر كنيف بقربه يتغير بسببه الماء، وهو القول الثالث عند المالكية^(٥)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٦).

وأدلة هذا القول هي أدلة القائلين بمنع تصرف المالك في ملكه إذا أضر بجاره التي سبق ذكرها.

مناقشة الأدلة : مناقشة القول الأول :

يجاب عن أصحاب القول الأول عن الدليل الأول بأن حافر البئر يتصرف حقاً في خالص ملكه، ولكن آثار تصرفه قد تعدت إلى غيره بالضرر فيمنع، وترك أذى الجار واجب كما دلت على ذلك النصوص الشرعية.

(١) ابن عاصم، حلى المعاصم ٣٤٣/٢، التسولي، البهجة شرح التحفة ٣٣٦/٢.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٣١٩/٥.

(٣) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ٣٧٧/٤، ٣٧٨، ابن عاصم، حلى المعاصم ٣٤٣/٢، التسولي، البهجة في شرح التحفة ٣٣٦/٢.

(٤) التسولي، البهجة شرح التحفة ٣٣٦/٢.

(٥) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٤٩١، ٤٩٢، التسولي، البهجة ٣٣٦/٢.

(٦) ابن قدامة، المغني ٥٢/٧، مجد الدين ابن تيمية، المحرر ٣٤٣/١، المرادوي، الإنصاف ٢٦٠/٥، البيهوتي كشف القناع ٤٠٩/٣.

ويجاب عن الدليل الثاني بأنه لا يسلم رجحان جانب صاحب البئر بل الراجح هو جانب الجار المتضرر بحفر البئر لتعدي الضرر إليه وهو في داخل ملكه فيمنع منه عملاً بحديث ((لا ضرر ولا ضرار)).

ويجاب عن الدليل الثالث بأن كلامكم هذا لا يلزم منه جواز حفر البئر المضر بالجار على كل حال، بل لا بد من تقييد الجواز بحال الضرورة.

مناقشة القول الثاني :

يجاب عن الدليل لأصحاب القول الثاني بأن التعليل لا يقوى على تبرير منع المالك من الانتفاع بملكه وهو في حال الاضطرار، فإن للاضطرار أحوالاً تقدر في الشرع بقدرها.

الرأي الراجح :

الذي يظهر لي - والله أعلم - هو رجحان القول الثالث، وذلك لأنه قد أخذ في الاعتبار ما يأتي:

- ١) مراعاة حق تصرف المالك في ملكه، وذلك بعدم منعه من هذا التصرف إلا إذا أضر بجاره ضرراً بيناً.
- ٢) مراعاة حق الجار في كفا الأذى الكثير عنه والامتنان للأمر الشرعي بالإحسان إليه، فإن المسلم لا يرضى لأخيه المسلم ما لا يرضاه لنفسه.

الفصل الخامس

دعوى حق الشرب وأسباب انتهائه

هذا الفصل هو الفصل الأخير من هذه الرسالة وتتكلم فيه عن دعوى حق الشرب وأسباب انتهائه، وقد قسمت الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : دعوى حق الشرب، ولم أفرد لهذا المبحث مطالب.

المبحث الثاني : أسباب انتهاء حق الشرب، وقد قسمت هذا المبحث إلى سبعة مطالب،

وكل مطلب هو سبب من أسباب انتهاء حق الشرب:

المطلب الأول : انتهاء الأجل المحدد للارتفاق شرطاً أو عرفاً .

المطلب الثاني : المعاوضة.

المطلب الثالث : تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الشرب لصاحب العقار

المرتفق به .

المطلب الرابع : إرث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب.

المطلب الخامس : موت الموصي .

المطلب السادس : عدم سماع الدعوى بمرور الزمان

المطلب السابع : أن يكون الارتفاق مضرراً بالعقار المرتفق به ضرراً فاحشاً مع

قلة فائدته.

المبحث الأول

دعوى حق الشرب

حق الارتفاق بالشرب مرتبط دائماً بالأرض التي تشرب منه، فإذا ادعى إنسان حق شرب وكانت له أرض تشرب منها سمعت دعواه، ولكن إذا لم يكن هناك أرض وادعى الشرب فهل تسمع هذه الدعوى؟ أم لا؟

وضح هذا فقهاء الحنفية^(١) فقالوا:

إن القياس يمنع من سماع مثل هذه الدعوى لأمرين:

- ١- إن من شرط صحة الدعوى أن يكون المدعى به معلوماً في الدعوى والشهادة، والشرب بدون أرض يعتبر مجهولاً جهالة لا تقبل الإعلام.
- ٢- إن من شرط صحة الدعوى أن يكون المدعى به يحتمل التملك، والشرب بدون أرض لا يحتمل التملك، فلو أثبت المدعي دعواه بالبينة لا يسمع له القاضي ولا يقبل تلك الخصومة، فهذا كدعوى الخمر في حق المسلمين^(٢).

هذا هو القياس كما ذكرت.

وأما في الاستحسان فإنه يقبل سماع مثل هذه الدعوى ببينة، ويحكم له بالشرب لأمرين:

- ١- إن الشرب مرغوب فيه ومنافع به، فينبغي سماع دعوى من يدعيه بخلاف دعوى الخمر فإنه لا ينتفع به.
- ٢- إن الشرب يمكن أن يملك بدون أرض بعدة طرق منها: الإرث والوصية وبيع الأرض دون الشرب، فيبقى له الشرب وحده، فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة^(٣). ثم إن القاضي لا يملكه بالقضاء شيئاً ابتداءً، ولهذا لا ينفذ قضاؤه باطلاً في الأملاك المرسلة وإنما يظفر بقضاء حقه أو ملكه والشرب يحتمل ذلك^(٤).

(١) لم أعثر لغير الحنفية على رأي في دعوى الشرب فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٨٦/٢٣، الزيلعي، تبیین الحقائق ٤١/٦، المرغيناني، الهداية وشرحها تكملة فتح

القدير ١٤٧/٨، الفتاوى الهندية ٤٠٢/٥، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٥/٥.

(٣) نفس المراجع السابقة.

(٤) السرخسي، المبسوط ١٨٦/٢٣.

- وسنعرض بشيء من التفصيل لصور من دعوى الشرب :

الصورة الأولى :

إذا كان نهر عظيم يشرب منه أهل قرى لا يحصون، فقام من كانوا في أعلى النهر بحبسه عن الأسفلين، وقالوا: هو لنا وفي أيدينا؛ فاعترض عليهم أهل الأسفل وقالوا: بل هو لنا كله، ولا حق لكم فيه، فمن منهم تسمع دعواه ؟

إن الحكم يختلف باختلاف الأحوال التالية :

الحالة الأولى : أن يكون الماء يجري إلى الأسفلين يوم الخصومة فيترك على حاله يجري إليهم وشربهم منه جميعاً كما كان وليس للأعلى أن يحبسوا الماء عنهم.

الحالة الثانية : أن يكون الماء منقطعاً عن الأسفلين يوم الخصومة ولكن علم ببينة أو غيرها أنه كان يجري إلى الأسفلين فيما مضى، وأن أهل الأعلى حبسوه عنهم. ففي هذه الحالة يحكم على أهل الأعلى بإزالة الحبس عن الماء وإجرائه إلى الأسفلين.

الحالة الثالثة : أن يعلم أن لكل من أهل الأعلى وأهل الأسفل شرباً من هذا النهر، ولكن لم تعلم كيفية شربهم منه، وقد ادعى كل فريق اليد على النهر على سبيل الكمال، وليس لأحد الفريقين مزية على الآخر، لا من حيث البيئة ولا من وجه آخر. ففي هذه الحال يحكم بجعل النهر بينهم جميعاً، ويقسم شربهم منه على قدر مساحة أراضيهم^(١)، لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف مساحة الأرض التي تسقى صغيراً وكبيراً^(٢). فالظاهر أن حق كل واحد من الشرب بقدر شرب أرضه فيحكم بالظاهر حتى يتبين خلافه^(٣).

الصورة الثانية :

إذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولبعض أراضيهم سواق على ذلك النهر ولبعضها دوال^(٤) وسوان^(٥) وبعضها ليست لها ساقية ولا دالية، وليس لها شرب معروف من

(١) الفتاوى الهندية ٤٠٢/٥.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق ٤١/٦.

(٣) السرخسي، المبسوط ١٧٢/٢٣.

(٤) الدالية : الناعورة يديرها الماء - ابن منظور، لسان العرب ٢٦٦/١٤.

(٥) السانية : البعير يسنى عليه - الفيومي، المصباح المنير ٣١٣/١.

هذا النهر ولا من غيره، فاختلفوا في هذا النهر، فادعى صاحب الأرض أن لها فيه شرباً وهو على شاطئ النهر.

فالقياس أن النهر يكون بين أصحاب السواني والدوالي ونحوها، لأنهم يضعون أيديهم على النهر بواسطة الدوالي والسواقي دون أهل الأرض لعدم وضع اليد على النهر بالنسبة لهؤلاء فوضع اليد يثبت الملك قياساً في هذه الصورة.

وفي الاستحسان : يكون النهر بينهم جميعاً على قدر أراضيهم التي على شط النهر، لأن المقصود بحفر النهر سقي الأراضي لا اتخاذ السواني والدوالي. وإذا كان المقصود من النهر ما ذكر كان الجميع سواء في إثبات اليد فيكون النهر بينهم على قدر أراضيهم^(١) كما سبق.

الصورة الثالثة :

إذا لم يكن للأرض شرب معروف فحكم لها بالشرب من نهر بجانبها، وكان لصاحبها أرض أخرى إلى جنبها ليس لها شرب معروف؛ ففي الاستحسان أن يجعل لأراضيها كلها إن كانت متصلة الشرب من هذا النهر لأنها باتصال بعضها ببعض صارت كالأرض الواحدة. وفي القياس : لا يستحق الشرب من هذا النهر للأرض الأخرى إلا بحجة^(٢)، لأن الأراضي الأخرى غير متصلة بهذا النهر، بل الأرض الأولى حائلة بين النهر وهذه الأراضي^(٣).

الصورة الرابعة :

إذا كانت أرض يحول بينها وبين النهر أرض لآخر، وليس لها شرب معروف فلا يدري من أين كان شربها فيحكم بأن لها شرباً من هذا النهر، إلا إن كان النهر خاصاً بقوم فلا يجعل لغيرهم فيه شرب إلا ببينة^(٤).

(١) الفتاوى الهندية ٤٠٤/٥، الفتاوى الخانية ٢١١/٣.

(٢) الفتاوى الهندية ٤٠٤/٥، الفتاوى الخانية ٢١١/٣.

(٣) الفتاوى الخانية ٢١١/٣-٢١٢.

(٤) الفتاوى الهندية ٤٠٤/٥.

المبحث الثاني

أسباب انتهاء حق الشرب

حق الشرب عبء وتكليف على عقار الغير، فهل يمكن أن يزول هذا العبء وينتهي هذا التكليف؟ هذا ما سنجيب عليه في هذا المبحث فنقول :

إن حق الشرب، كما أنه وجد وأنشئ بأسباب معينة يمكن أن ينتهي ويزول بأسباب معينة أيضاً، ومن ذلك :

السبب الأول : انتهاء الأجل المحدد للارتفاق شرطاً أو عرفاً .

السبب الثاني : المعاوضة.

السبب الثالث : تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الشرب لصاحب العقار المرتفق به.

السبب الرابع : إرث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب

السبب الخامس : موت الموصي

السبب السادس : عدم سماع الدعوى بمرور الزمان.

السبب السابع : أن يكون الارتفاق مضرراً بالعقار المرتفق به ضرراً فاحشاً مع قلة فائدته.

وقد قسمت هذا المبحث إلى سبعة مطالب، وكل مطلب يحتوى على سبب من أسباب انتهاء أو انقضاء حق الشرب.

المطلب الأول

انتهاء الأجل المحدد للارتفاق شرطاً أو عرفاً

إذا كان حق الشرب والشفة محدداً بأجل معين، فإنه ينتهي ذلك الحق بانتهاء أجله. فلو حدد لأرض حق الشرب من ماء مدة سنة مثلاً، فإن هذا الحق ينتهي بانتهاء تلك السنة^(١).

المطلب الثاني

انتهاء الارتفاق بالمعاوضة

سبق أن مر بنا عند الكلام عن أسباب إنشاء حق الشرب حكم المعاوضة عن إنشاء هذا الحق، وأن ذلك لا يخلو من أحد أمرين :

الأمر الأول : المعاوضة عن حق الشرب تبعاً لغيره كبيع الشرب تبعاً للأرض، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك.

فنقول هنا أن صاحب العقار المرتفق به لو اشترى الأرض المتقرر لها حق الشرب مع ذلك الحق جاز باتفاق، وكان إنهاء لحق الارتفاق المتقرر على أرضه لأنه حينئذ قد ضم ما تقرر له حق الارتفاق إلى ملكه وصار يتصرف فيه بموجب الملك وسقط الحق الذي كان متقراً على عقاره.

الأمر الثاني : المعاوضة عن حق الشرب منفردة عن غيرها، وقد سبق أيضاً أن بينا عند الكلام عن أسباب إنشاء حق الشرب، حكم إنشاء هذا الحق بالمعاوضة منفردة عن غيرها. ونظراً لأن مدار القول بالمنع والجواز هو الاختلاف في قابلية هذا الحق للمعاوضة منفردة عن غيرها بأن وقع عقد المعاوضة عليها دون ما تتبعه من عقار، فإن المسوغ للقول بالجواز أو المنع في إنشاء هذا الحق يجري في حكم إنهائه.

فمن قال إن حق الشرب يجوز أن ينشأ بسبب المعاوضة منفرداً، يقول هنا أنه يجوز أن ينتهي بسبب المعاوضة.

(١) النووي، روضة الطالبين ٤/٢١٠ و٢٢١، الشريبي، مغني المحتاج ٢/١٩١، ابن قدامة، المغني ٤/٥٤٧، ابن مفلح، الفروع ٤/٢٧٣، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٦-٢٦٧.

فمثلاً من أجاز ثبوت حق الشرب بسبب المعاوضة عنه منفرداً وهم المالكية^(١)، وأحد الوجهين عند الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) ورواية عند الحنفية أخذ بها مشايخ بلخ^(٤)، أجاز هنا لمن ترتب على عقاره هذا الحق المعاوضة على إنهائه، ومن منع من ثبوت حق الشرب بسبب المعاوضة عنه منفرداً، وهم جمهور الحنفية^(٥) والوجه الآخر عند الشافعية^(٦) والمذهب عند الحنابلة^(٧) منع هنا من ثبت على عقاره حق الشرب لغيره من المعاوضة عن تخليص عقاره من هذا الحق.

وسبق أن بينا أدلة الرأيين وأن الراجح هو القول بأن حق الشرب لا يجوز المعاوضة عنه منفرداً وعليه فالراجح هنا أنه لا يجوز أن ينتهي حق الشرب بسبب المعاوضة عنه منفرداً .

(١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٨، ١٩٢/٦ و ٢٨٩/١٠-٢٩٠، ابن جزى ، قوانين الأحكام ص ٣٦٧، التسولي، البهجة على شرح التحفة ٢/٢٦٣.

(٢) النووي ، روضة الطالبين ٥/٣١٢، الشربيني ، مغني المحتاج ٢/٣٧٥.

(٣) ابن قدامة ، المغني ٤/٩٠، ٢٩٨، ٥٤٩، المرادوي، الإنصاف ٥/٢٥٠، ٦/٣٦٤.

(٤) ابن الهمام، فتح القدير ٥/٤٠٨، ابن عابدين ، رد المحتار ٤/١١٨.

(٥) المرغيناني، الهداية ٨/١٥٠، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١٨٩، الفتاوى البزازية ٣/١٢١، الزيلعي، تبيين الحقائق ٦/٤٣، الفتاوى الهندية ٥/٣٩٤-٣٩٥.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٥/٣١٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢/٣٧٦، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ٢/٤٥٦.

(٧) ابن قدامة ، المغني ٤/٩٠، ٢٩٨، ٥٤٩، مجد الدين ابن تيمية، المحرر ١/٣٦٨، البيهوتي، الإقناع وشرحه كشاف القناع ٣/١٦٠، المرادوي، الإنصاف ٥/٢٥٠ و ٦/٣٦٦.

المطلب الثالث

تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الشرب لصاحب العقار المرتفق به

إذا تنازل صاحب العقار المرتفق لصاحب العقار المرتفق به عن حق الشرب المتقرر لعقاره وكان كامل الأهلية، صح ذلك وانتهى به حق الشرب فلا مانع يمنعه من التنازل عن حقه والتبرع به ما دام تام الأهلية.

ويصح هذا التنازل سواء أكان صريحاً أم ضمناً.

فالصريح : كأن يتلفظ بالتنازل عن الارتفاق بالشرب من ماء غيره.

والضمني : كأن يأذن لصاحب العقار المرتفق به بالقيام بأعمال من شأنها أن تحول دون استيفائه حقه، كأن يأذن له بردم المجرى أو المسيل.

فإن إذنه لصاحب العقار المرتفق به بتلك التصرفات دليل على تنازله الضمني عن حق الارتفاق المتقرر لعقاره على عقار المأذون له بتلك التصرفات.

ولا حاجة في مثل هذا الحال إلى قبول التنازل من مالك العقار المرتفق به، أو الاتفاق معه على ذلك، وإنما يتم ذلك بإرادة صاحب العقار المرتفق^(١).

(١) المرغيناني، الهداية ١٤٥/٨، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٦٥/٦، الشربيني، مغنسي المحتاج ١٨٧/٢، ٢٧٠، البهوتي، كشاف القناع ٦٥/٤.

المطلب الرابع

إرث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب

إذا ورث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب المقرر على عقاره فإنه ينتهي بذلك حق الارتفاق، ولهذا الوارث حالتان :

الحالة الأولى : أن يرثه مع العقار المتقرر له ذلك الحق بأن يرث صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق وحقه في الارتفاق، وبهذا ينتهي ما تقرر على عقاره عن عبء الارتفاق ويصير العقاران ملكاً واحداً فينتهي بذلك حق الارتفاق، لأن المالك حينئذ يتصرف فيهما بموجب الملك لا حق الارتفاق.

الحالة الثانية : أن يرث حق الارتفاق منفرداً، وذلك كأن يبيع صاحب العقار المرتفق عقاره ولم ينص في البيع على دخول ما تقرر لعقاره من حق الشرب، فإن المشتري في هذه الحالة ينتقل إليه ملك العقار دون حقوقه، وتبقى الحقوق للبائع^(١). فإذا توفي ورثة صاحب العقار المرتفق به فإن مما يرثه عنه ما تقرر على عقاره من حقوق لعقار مورثه، فإذا ورث تلك الحقوق انتهى بذلك الارتفاق المتقرر على عقاره لانتقال الحق إلى مالك العقار المرتفق به.

فلو كان مثلاً حق شرب متقررأ على أرض شخص فباع صاحب الأرض المرتفقة أرضه دون شربها فمات البائع ووارثه صاحب الأرض المرتفق بالشرب منها، فإنه يرث الشرب المتقرر على أرضه كسائر أموال مورثه. وبهذا ينتهي حق الشرب المتقرر على أرضه، ولا خلاف في جواز ذلك حتى عند الحنفية^(٢) المانعين من المعاوضة عن حقوق الارتفاق منفردة.

(١) الفتاوى الهندية ٣٩٣/٥ و ٤٠٥، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ١٩٨/٦.

(٢) انظر رأي الحنفية في جواز إرث حق الشرب: المرغيناني، الهداية ١٥٠/٨، الكاساني، بدائع الصنائع

١٩٠/٦، الزيلعي، تبیین الحقائق ٤٣/٦، ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٦/٥.

المطلب الخامس

موت موصي حق الارتفاق لصاحب العقار المرتفق به

إذا أوصى صاحب العقار المرتفق بحق من حقوق الارتفاق الثابتة لعقاره لصاحب العقار المرتفق به، فمات الموصي انتهى بذلك حق الارتفاق المتقرر له لعقاره لانتقال حق الارتفاق إلى صاحب العقار المرتفق به، فيزول بذلك العبء المكلف به عقاره، ولا فرق في ذلك بين أن يوصى بحق الارتفاق تبعاً لغيره، كأن يوصى بالأرض وما تقرر لها من حق شرب أو مسيل لصاحب الأرض المرتفق بها^(١)، أو أن يوصى بحق الارتفاق منفرداً عما تقرر له، كأن يوصى بالشرب لمن تقرر على أرضه ذلك الشرب، أو يوصى بالمسيل في أرض الغير لذلك الغير ونحو ذلك جاز لانتقال الحق إلى من تقرر على عقاره ذلك الحق بسبب الوصية، فيجوز لأن الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت، كما أن الوصية أخت الميراث، فما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية لأن الإرث ينتقل بسبب الموت إلى الورثة والوصية تنتقل بسبب الموت إلى الموصي له^(٢).

(١) الفتاوى الهندية ٤٠٧/٥-٤٠٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ١٩٠/٦، المرغيناني، الهداية ١٥٠/٨، الفتاوى الهندية ٤٠٧، ٤٠٥/٥، ابن

عابدين، رد المحتار ٢٨٦/٥.

المطلب السادس

عدم سماع الدعوى بمرور الزمان

سبق أن بيّنا أن الحيّزة دليل على استحقاق حقوق الارتفاق وأن الدعوى لا تسمع على من حاز حقاً من تلك الحقوق، ونبين هنا أثر الحيّزة في إنهاء حق الشرب. فحق الشرب يتجدد استيفاءه، وهذا يتطلب ممن لعقاره هذا الحق أنه يستوفي استيفاء حقه، فإذا أهمل صاحب العقار المرتفق ذلك وترك الارتفاق زمناً طويلاً تثبت به الحيّزة، ثم أراد بعد ذلك أن يعود لاستعمال حقه في الارتفاق وأبى ذلك عليه صاحب العقار المرتفق به فادعى صاحب العقار المرتفق بحقه، لم تسمع دعواه إلا ببيّنة تثبت استمرار حقه وعدم سقوطه خلال تلك المدة التي انقطع فيها عن استيفاء ذلك الحق، لأن تركه لاستيفاء حقه المدة الطويلة بلا عذر يدل في الظاهر على أن لا حق له في الارتفاق إذ لو كان له ذلك لما تركه تلك المدة الطويلة.

وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان ليس مسقطاً لحق الارتفاق في الحقيقة، ولكن لما ترك صاحب الحق حقه تلك المدة الطويلة دلّ ذلك في الظاهر على أن لا حق له وأن دعواه غير صحيحة، فما لم يأت ببيّنة تثبت دعواه أو يعترف المدعى عليه بالحق يحكم بأنه لا حق له من الارتفاق، وحينئذ يكون ما تقرر لعقاره على عقار غيره قد سقط وانتهى بسبب عدم سماع دعواه، وسبب عدم سماع الدعوى هو تركه لاستيفاء حقه المدة الطويلة، ونظراً لأن السبب الصحيح لتركه استيفاء حقه طول تلك المدة مجهول نسب إلى الحيّزة والقدم^(١).

(١) تقدم كلام الفقهاء في هذا الموضوع في إنشاء حق الشرب والشفقة، انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام ٣٥٩/٢، ٣٦١، النووي، روضة الطالبين ٢١٣/٤، ابن قدامة، المغني ٥٥٩/٤، البيهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢٧١/٢، المجلة العدلية مواد ١٦٦٠، ١٦٦٢، ١٦٦٣ ص ٣٣٣-٣٣٤.

المطلب السابع

أن يكون الارتفاق مضرًا بالعقار المرتفق به ضرراً فاحشاً

مع قلة فائدته

إذا كان الارتفاق مضرًا بالمرتفق به ضرراً فاحشاً وكانت فائدة الارتفاق يسيرة بالنسبة لجسامة الضرر الناتج عن الارتفاق فإن الارتفاق يجب إنهاؤه دفعاً للضرر الأشد بارتكاب الأخف.

والأصل في هذا ما رواه أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي الباقر أنه حدث عن سمرة بن جندب: (أنه كانت له عضد^(١) من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي -صلى الله عليه وسلم- فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي -صلى الله عليه وسلم- أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبته له، ولك كذا وكذا- أمراً رغبه فيه - فأبى، فقال: أنت مضار، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- للأنصاري: ((إذهب فاقلع نخله))^(٢).

وقال الإمام أحمد في رواية حنبل بعد أن ذكر له هذا الحديث: كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان ولا يضر بأخيه في ذلك وفيه مرفق له^(٣).

(١) قال الخطابي: رواه أبو داود (عضداً)، وإنما هو (عَضِيذٌ) من نخيل يريد نخلاً لم تبسق، ولم تطل (الخطابي، معالم السنن ٢٣٩/٥) قال في اللسان العصيد النخلة التي لها جذع يتناول منه الناس، جمعه عضدان. قال الأصمعي: إذا صار للنخلة جذع يتناول منه المتناول فتلك النخلة العصيد، فإذا فاتت اليد فهي جبارة سادة (عضد) ٢٩٤/٣.

(٢) أبو داود، سنن ٤٢٨/٣-٤٢٩، مختصر سنن أبي داود ٢٣٩/٥. قال المنذري: في سماع الباقي من سمرة بن جندب نظر. وقد نقل من مولده ووفاة سمرة ما يتعذر معه سماعه منه. وقيل فيه: ما يمكن معه السماع منه (مختصر سنن أبي داود ٢٤٠/٥).

(٣) ابن رجب، جامع العلوم والحكم ص ٢٩١.

فإذا كان ما يعود من المنفعة على صاحب العقار المرتفق قليلاً، ولا يتناسب مع جسامه الضرر اللاحق بصاحب العقار المرتفق به نتيجة للارتفاق، فإنه ينبغي أن ينهى حق الارتفاق دفعا للضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف.

ففي الصورة الواردة في الحديث قضي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بإنهاء حق سمرة بالمرور في أرض الأنصاري، لما في ذلك من دفع الضرر الفاحش عن الأنصاري. ويقاس حق الشرب على هذه الصورة من السنة، كونه كون حق المرور، إذ الضرر إذا كان فاحشا وكانت فائدة الارتفاق بالشرب يسيرة فإن هذا الارتفاق يجب إنفاؤه دفعا للضرر الأشد بارتكاب الأخف.

فإذا كان استيفاء حق الارتفاق ينتج عنه ضرر فاحش بالمرتفق به ينبغي أن ينتهي، وسواء أكان إنهاء هذا الارتفاق بعوض بأن يعاوض المرتفق عن حقه في الارتفاق عند القائلين بذلك أم بغير عوض بأن يدفع هذا الضرر بمنع المرتفق وعدم تمكنه من الارتفاق فيحكم عليه بإنهاء ارتفاقه^(١) كما قضي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- على سمرة لما أبى قبول تخيير الرسول -صلى الله عليه وسلم- له بين تلك الأمور وتظايره بقصد المضارة.

(١) ابن مفلح الفروع ٢٨٦/٤، ابن رجب، جامع العلوم والحكم ص ٢٩٠-٢٩١، ابن تيمية، الاختيارات الفقهية ص ١٣٥.

الختام

نتائج الرسالة

فقد توصلت من خلال هذا البحث إلى نتائج من أهمها الأمور الآتية:

- ١- إن موضوع حق الشرب والشفة من الموضوعات الحيوية المهمة التي يحتاج إليها الناس كثيراً في أمور معاشهم ومعاملاتهم.
- ٢- بحث الفقهاء الأوائل مواضيع أحكام الشرب والشفة في كتبهم الفقهية على صورة مسائل متفرقة في ثنايا أبواب متفرقة، بحسب ملائمة المسألة مع الأبواب الفقهية.
- ٣- تبين من الفصل التمهيدي أن التعريف الفقهي المختار لحق الارتفاق هو أنه: حق منقر على عقار لمنفعة عقار آخر، مالكهما مختلف، أو لمنفعة شخص بغير إجارة، أو إعلرة، أو وقف، أو وصية.
- ٤- بذل حقوق الارتفاق مندوب إليه لأنه إحسان ومعروف إلى الجار الذي دعا الله سبحانه وتعالى بكتابه وعلى لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - لإكرامه، وعمل على ذلك سلف هذه الأمة وخلفها حتى صار خلقاً به يحتذى، ويعرف أهل الخير من أهل الردى.
- ٥- تناول الفقهاء - رحمهم الله - في بحثهم لحقوق الارتفاق أنواعاً معينة كانت هي الموجودة في وقتهم وحاجة الناس إليها قائمة حينذاك، وهذه الأنواع هي: حق الشرب والشفة، حق المجرى، حق المسيل، حق المرور، حق الجوار بتوحيه الرأسى والجانبى.
- ٦- يمكن إنشاء حقوق ارتفاق أخرى غيرها حسبما يجري العرف واستعمال الناس.
- ٧- تبين من الفصل الأول أن التعريف المختار لحق الشرب هو: "النوبة أو النصيب من الماء لسقى الأرض أو الشجر أو الزرع".
- ٨- تبدو حكمة مشروعية حق الشرب ظاهرة عند ازدياد حركة الزراعة واتساع رقعتها وتشابك المصالح، مما يصعب معه - لولا شرعية حق الشرب - الاستمرار في الإنتاج والسير في رفع مستوى الحياة المعيشية على الطريق الأمثل.
- ٩- يثبت حق الشرب بأسباب كثيرة منها: الشركة العامة، المعاوضة، التبرع، الإرث، الوصية، استعمال أرض موات في حق الشرب، التقادم والحيازة.
- ١٠- تبين من أحكام الأنهار الكبيرة أن لكل إنسان حق الشرب منه لزرعه وأشجاره، ولا يجوز لأحد تحجرها، كما لا يجوز للإمام إقطاعها.

- ١١- في النهر الصغير الذي يكفي أهله ويعلو ماؤه من غير حبس، لكل أحد أن يأخذ منه شرب أرضه في وقت حاجته ولا يملك أحد معارضته.
- ١٢- أما النهر الصغير الذي لا يكفي جميع أهله، فهذا النوع من الأنهار يكون الشرب منه للأول فالأول.
- ١٣- تكون الأنهار المملوكة مملوكة الرقبة ملكاً مشتركاً بين الذين احتقروها بحسب العمل والنفقة كسائر الأملاك، سواء ترتب على ذلك ضرر أو لا.
- ١٤- اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يرتب شرب من النهر المشترك لأرض لا شرب لها منه دون إذن أصحابه.
- ١٥- تبين من أحكام الآبار أنه لا يثبت فيها حق الشرب إلا بإذن صاحب البئر، لأن في إباحته إلحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض.
- ١٦- العيون ثلاثة أنواع:
- النوع الأول: العين التي نبع ماؤها من دون تصرف للأدمي فيه، وحكم هذا النوع من المياه أن لكل أن يأخذ منه قدر شربه.
- النوع الثاني: العين التي استتبب الأدميون ماءها في الأرض الموات، وأحكام هذا النوع كأحكام النهر المشترك.
- النوع الثالث: العين المستتببة داخل الملك، وأحكام هذا النوع كأحكام البئر المستتببة داخل الملك.
- ١٧- إذا أنشئ ضرر من استعمال حق الشرب استعمالاً معتاداً فلا ضمان على المتسبب في إلحاق الضرر بالغير، وإذا كان الضرر ناتجاً عن استعمال غير معتاد بأن تجاوز حدود ما أذن له به شرعاً اعتبر معتدياً وحينئذ يكون عليه الضمان.
- ١٨- المراد بالمياه المحرزة ما تتم حيازته في أوان خاصة كالخوانات والصحاريح والقدور والقرب ونحو ذلك، سواء أكان الحائز له فرداً أم جماعة، فهذا النوع من المياه يملك بحيازته ولا حق للغير فيه لخروجه بالاستيلاء من الإباحة إلى الملكية التامة، ويجوز بيعه وتمليكه وتملكه ومنع سائر الخلق عنه.
- ١٩- المراد بإصلاح الأنهر العامة: هو القيام بما يصلحها لحفظ مياهها كإزالة العوائق من طين ونحوه، وبناء ما إنخرم من شواطئها ونحو ذلك، ينفق على إصلاحها والعناية بها من بيت مال المسلمين.
- ٢٠- يكون إصلاح الأنهر الخاصة ونفقاته على حساب فرد أو جماعة كانوا ينتفعون بها وحدهم.

- ٢١- تبين من الفصل الثاني أن التعريف المختار للحريم هو: "مساحة من الأرض ملاصقة للملك يمكن منها المنتفع لتمام انتفاعه ويمنع غيره منها".
- ٢٢- اختلف الفقهاء في مقدار حريم البئر وتبين أن حريم البئر معتبر بالعرف ومقدر بما تدعو إليه الحاجة مما يحقق الانتفاع التام بالبئر ويدفع عنه الضرر.
- ٢٣- اختلف الفقهاء في مقدار حريم العين وتبين أن حريم العيون معتبر بالعرف من غير تحديد، وهو قدر ما تدعو إليه الحاجة فما حولها.
- ٢٤- اختلف الفقهاء في مقدار حريم النهر وتبين أن حريم النهر معتبر بقدر الحاجة، فما يحتاجه النهر لطرح ما يستخرج منه عند تنظيفه وما يضر صاحبه بتملكه عليه يعتبر خريماً للنهر وإن كثر.
- ٢٥- تلحق أحكام حق الشفة بأحكام حق الشرب، وتكاد تكون واحدة مع بعض الفوارق البسيطة، وقد بحث معظم الفقهاء حق الشفة تحت عنوان حق الشرب.
- ٢٦- تبين أن التعريف المختار لحق الشفة هو "شرب بني آدم والبهائم بالشفة دون سقي الزرع".
- ٢٧- حق الشفة في البحار ثابت بأصل الإباحة لأن أحداً لم يستول عليها ولم يحرزها، ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة بعد ساعة.
- ٢٨- لكل إنسان في الأنهار الكبيرة حق الشفة والانتفاع بها بأي وجه، لأنسها غير مملوكة لأحد.
- ٢٩- حق الشفة في المياه المملوكة ليس على إطلاقه، وقد يرى العلماء أن ثبوت حق الشفة في الأنهار المملوكة مشروط بعدم إلحاق الضرر بالأنهار أو مياهها.
- ٣٠- ماء بئر السابلة يكون مشتركاً بين جميع الناس، الحافر وغيره فيه سواء، ويشترك فيه الآدميون والبهائم، فإن ضاق عنها الماء قدم الإنسان، لأن الإنسان أولى من البهائم. فإن ضاق عن الإنسان قدم السابق إلى الماء، فإن وصل إليه اثنان معاً وتشاحا في التقديم أقرع بينهما.
- ٣١- الحافر أحق بماء بئر الارتفاق مدة إقامته عندها ولا حق لغيره في مزاحمته، وإن كان ثمة فضل عن حاجته من الماء لزم بذله للشاربين دون غيرهم.
- ٣٢- تملك المياه المحرزة بحيازتها، ولاحق للغير فيها لخروجها بالاستيلاء من الإباحة إلى الملكية التامة، وهي مباحة الأصل والمباح يملك بالاحراز. ولا يجوز لأحد أن ينتفع به بأي صورة كانت من شرب أو استعمال أو غير ذلك إلا بإذن مالكة كسائر الأملاك الخاصة.
- ٣٣- لا يلزم أهل الشفة إصلاح الأنهر لأسباب ثلاثة :

- السبب الأول : أن أهل الشفة لا شركة لهم في ملكية الأنهار والقنوات، وإنما لهم حق الشرب وسقي البهائم ونحو ذلك، والمؤونة تلحق المالك لا من له الحق بطريق الإباحة.
- السبب الثاني : أن أصحاب الشفة عدد كثير من الناس لا يمكن حصرهم فكل من يأتي هذا الماء يثبت له فيه حق الشفة فيشرب بنفسه ويسقي ماشيته ويحمل منه ما يحتاج لاستعماله.
- السبب الثالث : أن هذه الأنهار والقنى إنما حفرت وأجريت لسقي الزروع والأشجار، وجاء حق الشفة تبعاً لذلك لا قصداً، فتقتصر نفقات الصيانة على أصحاب الزروع والأشجار دون أصحاب الشفة.
- ٣٤- اختلف الفقهاء فيمن يقدم بالشرب وتبين أن الأولى شرباً من النهر المشترك هو أقدمهم إحياء.
- ٣٥- اختلف الفقهاء في التصرفات في حق الشرب منفرداً بالبيع والهبة والإجارة والصدقة، وتبين أنه لا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به، ويجوز التورث والوصية تبعاً للعقار ومنفرداً.
- ٣٦- لا يجوز لأحد الشركاء في النهر المشترك أن يتصرف فيه من غير إذن شركائه، سواء كان هذا التصرف مضراً بهم أو لا . لأن ربة النهر مملوكة على الشركة وحرمة التصرف في المملوك للغير لا تقف على الإضرار بالمالك.
- ٣٧- وأما التصرف في المياه الخاصة أي في الساقية الخاصة المتفرعة من النهر المشترك فلمالكها التصرف فيها كسائر أملاكه، فله وضع رحى عليها أو قنطرة أو غير ذلك لأنها ملكه لا حق لغيره فيها.
- ٣٨- اختلف الفقهاء في جواز إجراء الماء في أرض الجار، وتبين جواز ذلك إذا كان المجرى محتاجاً إلى ذلك، ولم يكن في إجراءاته ضرر على صاحب الأرض.
- ٣٩- اختلف الفقهاء في جواز تحويل النهر أو الساقية إلى ملك غيره، وتبين عدم جواز ذلك سواء ترتب عليه ضرر أو لم يترتب، وسواء كان فيه مصلحة له أو لم يكن، إلا أن يسأذن من حول الماء إلى جهته.
- ٤٠- اختلف الفقهاء في حكم الحفر المضر بالجار، وتبين أن الجار يمنع من الحفر الذي يضر بجاره ضرراً بيناً، أما ما عداه من الضرر اليسير أو المعتاد فلا يمنع منه.
- ٤١- إن حق الشرب كما أنه وجد وأنشئ بأسباب معينة يمكن أن ينتهي ويزول بأسباب معينة أيضاً، ومن ذلك: انتهاء الأجل المحدد للارتفاق شرطاً أو عرفاً، والمعاوضة، وتنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الشرب لصاحب العقار المرتفق به، وإرث صاحب العقار المرتفق به حق الشرب، وموت موصي حق الارتفاق، وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان، وأن يكون الارتفاق مضراً بالعقار المرتفق به ضرراً فاحشاً مع قلة فائدته.

المراجع

- كتب التفسير :

- ١- ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم، تفسير غريب القرآن، دار إحياء الكتب العربية، تحقيق السيد أحمد صقر، ١٩٥٨م.
- ٢- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، الدار المصرية اللبنانية - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.
- ٣- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر.
- ٤- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق أحمد شاكر ومحمود شاكر، دار المعرف بمصر.
- ٥- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٤٦.

- كتب الحديث :

- ٦- آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، التعليق المغني على الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦، المطبوع على ذيل سنن الدارقطني.
- ٧- آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر.
- ٨- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ، الطبعة الأولى، ١٩٦٣.
- ٩- ابن حنبل، أحمد، مسند، دار الفكر، بيروت.
- ١٠- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد البر بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأساليب، تحقيق سعيد أحمد أعراب، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٨١م.
- ١١- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٢- أبو داود، سليمان بن أشعث السجستاني، المراسيل، مراجعة الدكتور يوسف عيد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

- ١٣- أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، سنن أبي داود، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٤- أبو يعلى ، الإمام الحافظ أحمد بن علي بن المثنى التميمي، مسند أبي يعلى الموصلي، تحقيق حسين سليم أحمد، دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى، عام ١٩٨٧م.
- ١٥- الألباني، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فوائدها، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة ١٩٨٥م.
- ١٦- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
- ١٧- البغدادي، زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار المعرفة، بيروت.
- ١٨- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار المعرفة، بيروت.
- ١٩- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوزي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٠- الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، معالم السنن، مطبوع مع سنن أبي داود، تعليق: عزت الدعاس وعادل السيد، دار الحديث، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٣م.
- ٢١- الدارقطني، الإمام علي بن عمر ، سنن الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦م.
- ٢٢- الزرقاني، سيدي محمد، شرح الزرقاني على الموطأ للإمام مالك، دار الفكر، بيروت.
- ٢٣- الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط٣، ١٩٨٧م.
- ٢٤- الساعاتي، أحمد عبد الرحمن البناء، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى.
- ٢٥- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة .
- ٢٦- الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع من أدلة الأحكام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٩٦٠.

- ٢٧- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق/ حمدي عبد المجيد السلفي، دار إحياء التراث الإسلامي التابع للشؤون الدينية بوزارة الأوقاف في الجمهورية العراقية.
- ٢٨- العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.
- ٢٩- العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، مطبعة النجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٤م.
- ٣٠- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة السلفية .
- ٣١- القاري، علي بن سلطان محمد، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت.
- ٣٢- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.
- ٣٣- مسلم، ابن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٤- المنذري، عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله بن سلامة، مختصر سنن أبي داود، تحقيق/ محمد حامد الفهي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م.
- ٣٥- النسائي، الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٣٦- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر، لبنان، ١٩٨١م.
- ٣٧- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، مكتبة القدسي، القاهرة.

- كتب الفقه الحنفي:

- ٣٩- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٤٠- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت.

- ٤١- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية.
- ٤٢- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي.
- ٤٣- البابرقي، محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م.
- ٤٤- قاضي زادة، شمس الدين أحمد، تكملة شرح فتح القدير المسماه (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م.
- ٤٥- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦م.
- ٤٦- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مكتبة النهضة، بيروت - بغداد.
- ٤٧- ابن علي الطوري، محمد بن حسين، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤٨- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٤٩- داماد أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥٠- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥١- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، تحقيق محمد منتصر الكتاني ووهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
- ٥٢- الحصكفي، محمد علاء الدين، شرح الدر المختار، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر.
- ٥٣- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٤- ابن البزاز، حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب، الجامع الوجيز، الفتاوى البزازية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة ١٩٨٦م.
- ٥٥- قاضي خان، فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني، فتاوى قاضي خان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٠.

- ٥٦- أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، دار الشروق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.
- ٥٧- ابن قاضي سماوة، محمود بن إسماعيل، جامع الفصولين، المطبعة الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٠٠هـ.
- ٥٨- قدرى باشا، محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المكتبة المصرية- القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٣٨هـ.
- ٥٩- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٦هـ.
- ٦٠- لجنة مؤلفة من أفاضل العلماء، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة العلمية ليوسف إبراهيم صادر، بيروت.
- ٦١- الباز، سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، البترون ١٨٨٨م.
- ٦٢- يوسف آصاف، مرآة المجلة وهي شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية، المطبعة العمومية، القاهرة ١٨٩٤م.
- ٦٣- المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت.

- كتب الفقه المالكي:

- ٦٤- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار الفكر، لبنان.
- ٦٥- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني شرح على رسالة أبي محمد محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثالثة، ١٩٥٥م.
- ٦٦- ابن الجزى، محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٤م.
- ٦٧- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم ومعه حلي المعاصم لفكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمد.
- ٦٨- التاودي، بنت فكر ابن عاصم، حلي المعاصم، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م.

- ٦٩- ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار صادر، بيروت .
- ٧٠- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م.
- ٧١- المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢م.
- ٧٢- الخرشبي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل الخرشبي، دار صادر، بيروت.
- ٧٣- العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر.
- ٧٤- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الكبير)، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الأخيرة ١٩٥٣م.
- ٧٥- ابن فرحون، القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٧٦- ابن عبد البر، عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٨٧م.
- ٧٧- ميارة الفاسي، محمد بن أحمد، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٧٢م.
- ٧٨- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢م.
- ٧٩- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ٨٠- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشرح الصغير، مطبوع بهامش كتاب بلغة السالك لأقرب المسالك، للصاوي، دار الفكر.
- ٨١- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، الطبعة السابعة ١٩٨٥م.
- ٨٢- عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت.
- ٨٣- الزرقاني، سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، ١٩٨١م.

- ٨٤- خليل ، خليل ابن إسحاق، مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ٨٥- الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود الإمام الأكبر البركة القدوة الأبور أبي عبد الله محمد بن عرفة، المطبعة التونسية، تونس، الطبعة الأولى ١٣٥٠هـ.
- ٨٦- التوزري، سيدي عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى ١٣٣٩هـ.
- ٨٧- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق وتهذيب الفروق، عالم الكتب، بيروت.
- كتب الفقه الشافعي :
- ٨٨- الهيثمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية، وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين محمد الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م.
- ٨٩- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الطبعة الثانية، ١٩٦٦م.
- ٩٠- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٣م.
- ٩١- الأنصاري، أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٨٩٥م.
- ٩٢- القليوبي والشيخ عميرة، الشيخ شهاب الدين والشيخ أحمد عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الحلال المحلي على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ٩٣- الهيثمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المطبعة الوهبية، القاهرة.
- ٩٤- الشربيني الخطيب، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر.
- ٩٥- الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
- ٩٦- الجمل، الشيخ سليمان، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل على شرح المنهاج)، دار إحياء التراث العربي.
- ٩٧- البجيرمي، سليمان بن محمد، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة الطبعة الأخيرة ١٩٥١.

- ٩٨- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأخيرة ١٩٥٠م.
- ٩٩- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، والتكملة الثانية للمجموع لمحمد نجيب المطيعي، دار الفكر، بيروت.
- ١٠٠- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،
- ١٠١- النووي، يحيى بن شرف بن مري بن حسن، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٥م.
- ١٠٢- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة، الطبعة الأخيرة ١٩٥٩م.
- ١٠٣- الأردبيلي، يوسف، الأحوار لأعمال الأبرار، مؤسسة الحلبي وشركاه، القاهرة، الطبعة الأخيرة ١٩٦٩.
- ١٠٤- السبكي، تاج الدين أبو النصر عبد الوهاب بن علي بسن عبد الكافي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو محمود محمد الطناحي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى ١٩٦٦.
- ١٠٥- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ١٠٦- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٤٣هـ.
- ١٠٧- الأنصاري، أبو يحيى زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار المعرفة، بيروت.
- ١٠٨- الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز شرح الوجيز، مطبوع مع المجموع، دار الفكر، بيروت.
- ١٠٩- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٢٤هـ.

- كتب الفقه الحنبلي :

- ١١٠- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٢م.
- والطبعة الأخرى، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- ١١١- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١٢- المرदाوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإتيصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقهي، الطبعة الأولى، ١٩٥٦م.
- ١١٣- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإتيصاع، عالم الكتب، بيروت.
- ١١٤- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، دقائق أولي النهي لشرح المنتهي المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت.
- ١١٥- الرحيباني، الشيخ مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الأولى ١٩٦١م.
- ١١٦- ابن تيمية، نقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٧.
- ١١٧- ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ١١٨- الحجاوي، أبو النجا شرف الدين موسى، الإتيصاع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت.
- ١١٩- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختص الخرقسي، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.
- ١٢٠- ابن مفلح، شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد، الفروع، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٦٧.
- ١٢١- ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٠م.

١٢٢- أبو البركات، الشيخ الإمام مجد الدين ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية ١٩٨٤م.

١٢٣- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق.

١٢٤- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٩٤.

١٢٥- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع فتاوى، مكتبة المعارف، الرباط،

١٢٦- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥١م.

١٢٧- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع الفتاوى الكبرى، دار القلم، بيروت، ١٩٨٧م.

١٢٨- النجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لم تذكر دار النشر ولا بلد النشر، الطبعة الثانية.

- كتب الفقه الظاهري:

١٢٩- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر، مكتبة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- كتب الفقه العام :

١٣٠- الصدر الشهيد، حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، كتاب الحيطان - دراسة فقهية لأحكام البناء والارتفاق، تحقيق/ الدكتور عبد الله نذير أحمد، جامعة الملك عبد العزيز، جدة.

١٣١- طاش كبرى زاده، أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة ومصباح السيادة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.

١٣٢- الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة.

١٣٣- محمد، يوسف موسى، الفقه الإسلامي - مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، دار الكتب الحديثة، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٥٨م.

١٣٤- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي،

- ١٣٥- ابن فايح، عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، جدة، الطبعة الأولى.
- ١٣٦- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- ١٣٧- شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣م.
- ١٣٨- الزحيلي، الدكتور وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة ١٩٨٩م.
- ١٣٩- الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٥م.
- ١٤٠- العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية - طبيعتها ووظيفتها وقيودها - دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، مكتبة الأقصى، عمان.
- ١٤١- أبو العينين، بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، إسكندرية.
- ١٤٢- الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٨٤م.
- ١٤٣- الزحيلي، الدكتور وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٩٧٠م.
- ١٤٤- فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الأولى ١٩٨٣م.
- ١٤٥- أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي، كتاب الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٩٣٤م.
- ١٤٦- ابن القرشي، يحيى، كتاب الخراج، تحقيق د. حسين مؤنس، دار الشروق، دمشق، الطبعة الأولى ١٩٧٨م.
- ١٤٧- زيدان، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٩م.
- ١٤٨- إبراهيم بك، أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار القاهرة، ١٩٣٦م.
- ١٤٩- الزهاوي، الدكتور سعيد أمجد، كسب حقوق الارتفاق بالتصرفات وبتخصيص المالك وبالتقادم - دراسة مقارنة، اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري، بغداد ١٩٨١م.

- الرسائل الجامعية:

- ١٥٠- حشيش، صلاح عودة أحمد، ١٩٩٢م، أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الجامعة الأردنية، عمان.
- ١٥١- المناصير، محمد عبد الحفيظ درويش، ١٩٩٢م، كتاب الخراج للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية ، عمان.

- معاجم اللغة العربية :

- ١٥٢- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت، بيروت، ١٩٦٨م.
- ١٥٣- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٩٧٩م.
- ١٥٤- الفيروزآبادي ، مجد الدين، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة.
- ١٥٥- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، القاهرة.
- ١٥٦- الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق خالد توفيق، مكتبة الآداب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- ١٥٧- الأصفهاني، الراغب ، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت.
- ١٥٨- النسفي، عمر بن أحمد بن إسماعيل بن لقمان، نجم الدين أبو حفص، طلبه الطلبة في اصطلاحات الفقهية، تحقيق/ خليل الميس، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ١٥٩- الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة للرصاع) ، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م. (مالكي).
- ١٦١- التهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق د. علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- ١٦٢- الجرجاني، السيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبو الحسن الحسيني، التعريفات، تحقيق/ ابراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.

١٦٣- الجوهري، إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار الكتاب العربي - مصر.

١٦٤- أنيس، إبراهيم ، المعجم الوسيط، دار الأمواج، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م.

١٦٥- الشيخ رضا، أحمد، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩م.

- كتب التراجم والأعلام :

١٦٦- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، الإصابة في تمييز الصحابة، دار العلوم الحديثة، الطبعة الأولى، ١٣٢٨هـ.

١٦٧- اللكنوي، أبو الحسنات محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت،

١٦٨- ياقوت الحموي، ياقوت بن عبد الله الرومي، معجم البلدان، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٨٢.

١٦٩- كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، المكتبة العربية بدمشق، ١٩٦٠م.

١٧٠- ابن تغري، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بردي الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، دار الكتب القاهرة وزارة الثقافة والإرشاد القومي،

١٧١- ابن هداية الله، أبو بكر الحسيني، طبقات الشافعية، تحقيق عادل نونبيض، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٩.

١٧٢- ابن أبي الوفاء، محي الدين أبو محمد عبد القادر محمد بن محمد بن نصر الله ابن سالم، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلوة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٩٩٣،

١٧٣- الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد، تذكرة الحفاظ ، دار الكتب العلمية، بيروت،

١٧٤- المحبي، محمد أمين بن فضل الله، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، مكتبة خياط، بيروت،

١٧٥- ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار المسيرة، بيروت، ١٩٧٩م.

١٧٦- مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت.

- ١٧٧- ابن فرحون، يرهان الدين إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٧٨- المراغي، عبد الله مصطفى، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
- ١٧٩- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأبناء أبناء الزمان، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٤٨م.

ABSTRACT

Right of watering and drinking in Islamic Law

Prepared by

Sanayed Jamal Zaimofitch

Supervisor

Dr. Yousif Ali Ghithan

This study deals with an important issue of dealings and aims at indicating the expansion of Islamic law to life aspects as it indicates utilization rights in general and rights of watering and drinking in particular. These rights are very vital and important for people in every day life.

Through the research, it was indicated that :

- Utilization right is "a right on a property for the benefit of other property with different owners or for the benefit of an other person without any borrow or rent".
- Watering right is "the portion of water to irrigate land, trees, or plants.
- Drinking right is "the drink of human beings and animals without irrigating plants.

The rules of these differ accordance with water's Rind as there is public and private rivers, wells, streams, and water pots, and the rule differs accordance with the user either he is a man, animal, or plant.

The study has important conclusions :

1. The legislation of watering right appears when agriculture increase and expands and when interests conflict so we can not produce and elevate life standards.
2. Review irrigation rules and watering the human made laws and apply them according to the Islamic law.