



## الشرط الثالث

### أن يكون المبيع مالا

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع مالا، وعلى هذا يصح بيع العقار بالاتفاق؛ لأنه مال، ولكن العلماء اختلفوا في بعض المسائل المتفرعة عن العقار، وهي المسماة: بحقوق الارتفاق.

**والارتفاق:** منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول.

وقد عدّد العلماء حقوق الارتفاق فذكروا:

حق الشرب، والمجرى، والمسيل، والمرور<sup>(١)</sup>.

كما أن الفقهاء يرون أن هذه الحقوق يصح بيعها تبعاً للأموال التي تتعلق بها، كبيع الدار أو الأرض مع ما يتعلق بها من حقوق، مثل حق المرور، وحق المسيل، وحق الشرب.

وثبوت حق من حقوق الارتفاق ضمن عقد البيع قد يكون باشرطه من جانب المشتري.

وقد يكون باشرطه من جانب البائع.

---

(١) مرشد الحيران، المادة: ٣٧، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج ٣، ص ٣٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٢٣٢، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص ٣٥٢، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٣.



فإذا اشترى شخص أرضاً على أن يكون لها حقُّ شرب من ماء أرض أخرى مملوكة للبائع أو حق مرور فيها ونحوهما من حقوق الارتفاق كان بيعاً لحق الارتفاق تبعاً لغيره التزم به البائع ورتبه على أرضه للأرض التي باعها.

وإذا باع شخص أرضاً على أن يكون عليها حق ارتفاق لأرض أخرى، كاشتراطه أن تشرب من ماء هذه الأرض المبيعة أو يكون له حق المرور فيها إلى أرضه صحَّ ذلك<sup>(١)</sup>.

وأما بيع حقوق الارتفاق منفردة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في مالية هذه الحقوق، نتيجة اختلافهم في تصوير حقيقة المال.

فقال الحنفية: إنَّ هذه الحقوق ليست بمال؛ لأنها أمور لا يمكن حيازتها.

وقال جمهور الفقهاء: إن هذه الحقوق تعتبر من قبيل الأموال؛ لأن هذه الحقوق من قبيل المنافع، والمنافع أموال<sup>(٢)</sup>.

ولهذا تحدثت عن حقوق الارتفاق تحت هذا الشرط.

وتفصيل حكم بيعها فيما يأتي:

(١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٤، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٧٨ - ٨٠، الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٣٣، ج ٥، ص ٣٩٣، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ٣٢٠، البهجة شرح التحفة، ج ٢، ص ٢٦٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٥، المغني، ج ٥، ص ٥٤٨، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٥٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧، حق الارتفاق، ص ٩٧، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٦، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٩٩.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج ١، ص ١٨٧ - ١٨٩، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص ٩٨.

## ١ - حقُّ الشربِ:

الشربُ بكسر الشين لغةً: الحظ والنصيب من الماء<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح: النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر<sup>(٢)</sup>.

وحكم بيعه منفردًا، اختلف الفقهاء فيه على قولين:

**القول الأول:** لا يصح بيعه منفردًا، وبهذا قال جمهور الحنفية<sup>(٣)</sup>، وهو

وجه عند الشافعية<sup>(٤)</sup>، والراجح من مذهب الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:** يصح بيعُ حقِّ الشرب منفردًا، وبهذا قال بعض

الحنفية<sup>(٦)</sup>، وهو مذهب المالكية<sup>(٧)</sup>، وأحد الوجهين عند الشافعية<sup>(٨)</sup>، وقول

في مذهب الحنابلة<sup>(٩)</sup>.

(١) القاموس المحيط، باب الباء، فصل الشين، ج ١، ص ٨٦، مختار الصحاح، باب الشين، مادة شرب، ص ٣٣٣.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، ص ٦٩، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص ٤٣، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهره، ص ٧٩، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٣، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٦.

(٣) الهداية، ج ٨، ص ١٥٠، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٢١، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٢١٣.

(٤) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٦، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥٤.

(٥) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥ - ٤٥٦، المغني، ج ٤، ص ٩٠، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦٦.

(٦) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٢١٣، العقود الدرية، ج ٢، ص ٢١٦.

(٧) المدونة، ج ٦، ص ١٩٢، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٩٤.

(٨) المهذب، ج ٢، ص ٤٣٥، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٨٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣١٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٦، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٤١.

(٩) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٩، ٢٢٢، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المبدع، ج ٥، ص ٢٥٤، الإنصاف، ج ٦، ص ٣٦٦.



## الأدلة

### أدلة القول الأول:

استدل للقول الأول بالأدلة الآتية:

**الدليل الأول:** ما رواه جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء». أخرجه مسلم<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستدلال بالحديث:

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى في هذا الحديث عن بيع فضل الماء، وهذا يشمل بيع حق الشرب؛ لأن الشرب المبيع يعتبر ماءً زائداً عن حاجة البائع فيشملة النهي<sup>(٢)</sup>، وقد أشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمته الله فقد روى عنه الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفوقون عليه بالحصص، فجاء يومي ولا أحتاج إليه، أكرهه بدراهم؟ قال: ما أدري أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع فضل الماء، قيل له: إنه ليس يبيعه إنما يكرهه، قال: إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأى شيء هذا إلا البيع<sup>(٣)</sup>.

### مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بأن النهي عن بيع فضل الماء في هذه الرواية محمولٌ على الرواية الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلاً)<sup>(٤)</sup>؛ فإنه قد صح من

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٨، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء، ج ٢، ص ٨٢٨، حديث رقم: ٢٤٧٧.  
 (٢) حق الارتفاق، ص ١٠٢.  
 (٣) المغني، ج ٤، ص ٩٠.  
 (٤) الكلاً: النبات سواء كان رطباً أو يابساً. «شرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٩».

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً». متفق عليه<sup>(١)</sup>.

وفي لفظ: «لا يباع فضل الماء لبيع به الكلاً». أخرجه مسلم<sup>(٢)</sup>.

ويحتمل أن النهي عن بيع فضل الماء للتنزيه.

قال النووي رحمته الله:

قوله: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء).

وفي رواية: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً).

وفي رواية: (لا يباع فضل الماء لبيع به الكلاً).

أما النهي عن بيع فضل الماء ليمنع بها الكلاً، فمعناه:

أن تكون لإنسان بئر مملوكة له بالفلاة، وفيها ماء فاضل عن حاجته، ويكون هناك كلاً ليس عنده ماء إلا هذه، فلا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا حصل لهم السقي من هذه البئر، فيحرم عليه منع فضل هذا الماء للماشية، ويجب بذله لها بلا عوض؛ لأنه إذا منع بذله امتنع الناس من رعي ذلك الكلاً خوفاً على مواشيهم من العطش، ويكون بمنعه الماء مانعاً من رعي الكلاً.

وأما الرواية الأولى: «نهى عن بيع فضل الماء، فهي محمولة على هذه

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: كتاب الحث والمزارعة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى. حديث ٢٣٥٤، ج ٥، ص ٣١.

صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج ١٠، ص ٢٣٠.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب تحريم فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج ١٠، ص ٢٣٠.



الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلاً)، ويحتمل أنه في غيره ويكون نهي تنزيه<sup>(١)</sup>.

**الدليل الثاني:** ما روي عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع النبي ﷺ، فسمعتة يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث: الكلاً، والماء، والنار». رواه أحمد وأبو داود<sup>(٢)</sup>.

ورواه ابن ماجه بلفظ آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ثلاث لا يمنعن: الماء، والكلاً، والنار<sup>(٣)</sup>.

### وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ قد بين في هذا الحديث اشتراك المسلمين في الماء،

(١) شرح النووي، ج ١٠، ص ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٢) الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، كتاب إحياء الموات، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ج ١٥، ص ١٣٢.

سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في منع الماء، ج ٣، ص ٧٥٠ - ٧٥١.

قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام، ج ٣، ص ٨٤: رجاله ثقات.

وقال صاحب بلوغ الأمانى: حسنه الحافظ السيوطي، وجهالة الصحابي لا تضر. بلوغ الأمانى، ج ١٥، ص ١٣٢.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، حدثنا محمد بن عبدالله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي زياد عن الأعرج عن أبي هريرة فذكر الحديث. كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث رقم الحديث ٢٤٧٣، ج ٢، ص ٨٢٦.

قال البويصري في الزوائد: هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون؛ لأن محمد بن عبدالله بن يزيد، أبا يحيى المكي، وثقه النسائي وابن أبي حاتم وغيرهما، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. الزوائد مع سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٢٦.

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري، ج ٥، ص ٣٢: إسناده صحيح.

وقال ابن الملقن في تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ج ٢، ص ٢٩٧: رواه ابن ماجه بإسناد صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج ٦، ص ٨ - ٩.

والشركة في الحديث شركة إباحة، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يبيع على شريكه شيئاً مما أبيح لهما<sup>(١)</sup>.

### المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الأحاديث ليست على عمومها، فمن الماء ما يجوز بيعه بلا خلاف بين أهل العلم، لأن العلماء قد قسموا المياه إلى ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** مياه الأنهار الكبيرة، كدجلة والفرات والنيل فهذه المياه لكل إنسان أن ينتفع بها ويشرب هو وحيوانه ويسقى زرعه وغرسه، وذلك لأن هذه الأنهار غير مملوكة لأحد<sup>(٢)</sup>.

**القسم الثاني:** مياه الترغ والعيون والآبار التي أنشأها صاحب الأرض في أرضه فهذا يكون مكان الماء، أي رقبة المجرى أو الترعة أو البئر مملوكة لصاحب الأرض<sup>(٣)</sup>.

**أما الماء،** فقد قال بعض الفقهاء: إنه يدخل في الملك؛ لأنه نماء الملك، وعلى هذا يصح بيعه.

(١) سبل السلام، ج ٣، ص ٨٥، حق الارتفاق، ص ١٠٣، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٣.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٨، المغني، ج ٥، ص ٥٨٣، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٥٧.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٩٠، ج ٥، ص ٥٨٥، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص ٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٠ - ٨١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد شلبي ص ٣٥٨، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٤.



وقال بعضهم: إن الماء غير مملوك؛ لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه<sup>(١)</sup>.

**القسم الثالث:** المياه المحرزة في الأواني ونحو ذلك، وهذه المياه تدخل في ملك صاحبها؛ لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكًا ملكًا خاصًا لمحرزه<sup>(٢)</sup>.

قال ابن قدامه: «وله يبيعه بلا خلاف بين أهل العلم»<sup>(٣)</sup>.

**الدليل الثالث:** ما روي عن عبدالله بن عمرو: «أن قيّم<sup>(٤)</sup> أرضه بالوهط<sup>(٥)</sup> كتب يخبره أنه سقى أرضه، وفضل من الماء فضل بثلاثين ألفًا، فكتب إليه عبدالله بن عمرو: أن لا تبعه، ولكن أقم قلدك<sup>(٦)</sup>، ثم اسق

(١) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٨٣، المهذب، ج ١، ص ٤٣٤، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٤١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٨ - ٢١٩، كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المقنع، ج ١، ص ١٠، المغني، ج ٤، ص ٩٠، المبدع، ج ٤، ص ٢٢ - ٢٣.

(٢) التنف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٧٣، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣١٧، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٨، المدونة، ج ٦، ص ١٩٠، مختصر خليل مع منح الجليل، ج ٨، ص ٩٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٦٧، منح الجليل، ج ٨، ص ٩٤، المهذب، ج ١، ص ٤٣٤، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٣٠٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٧٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٥١، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٦٣٩، المغني، ج ٤، ص ٩٠، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٣١٩، المحرر، ج ١، ص ٣٦٨، الفروع، ج ٤، ص ٤١، المبدع، ج ٤، ص ٢٣، حاشية المقنع، ج ١، ص ١٠.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٩١.

(٤) يعني العامل الذي يقوم على شئونها.

(٥) الوهط: بفتح الواو وإسكان الهاء: كرم لعبدالله بن عمرو بن العاص بالطائف كان على ألف ألف خشبة. هامش كتاب الأموال، ص ٢٧٧.

(٦) القلد: جمع الماء في الشيء، يقال: قلدت أقلد قلداً، أي جمعت ماء إلى ماء، وأراد بقلده يوم سقيه ماله، أي إذا سقيت أرضك فأعط من يلك. (لسان العرب، مادة قلد، ج ٣، ص ٣٦٥).

الأدنى فالأدنى، فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع فضل الماء». رواه أبو عبيد (١).

### وجه الاستدلال:

أن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قد فهم من نهى النبي ﷺ عن بيع فضل الماء، النهي عن بيع الشرب، فمنع عامله من بيع الزائد من الماء عن حاجة أرضه (٢).

### مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

١ - أن النهي عن بيع فضل الماء إنما هو في من يمنع الماء ليمنع به الكلاء، كما سبق إيضاح ذلك عن الإمام النووي (٣).  
ويوضحه أيضًا: ما جاء في المدونة (٤).

«أرأيت الحديث الذي جاء: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء).

قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا ولا أحسبه إلا في الصحارى والبراري، وأما في القرى وفي الأرضين التي قد عرفها أهلها واقتسموها وعرف كل إنسان حقه فلهذا أن يمنع كلاءه عند مالك إذا احتاج إليه».

= كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلاء والماء رقم ٧٤٨، ص ٢٧٦. ورواه

يحيى بن آدم في الخراج، ص ١٠٨، رقم ٣٨٠.

ورواه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص ٢٠٧، بأطول مما هنا.

(١) كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلاء والماء رقم ٧٤٨، ص ٢٧٦.

ورواه يحيى بن آدم في الخراج، ص ١٠٨، رقم ٣٨٠.

وراه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص ٢٠٧، بأطول مما هنا.

(٢) حق الارتفاق، ص ١٠٤.

(٣) انظر مناقشة الدليل الأول لأصحاب القول الأول.

(٤) المدونة، ج ٦، ص ١٩٠.



ومما يؤيد ذلك أن الرواية قد جاءت مقيدة عند أبي يوسف ونصها:

«.. إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: مَنْ منع من فضل ماء ليمنع به فضل الكلاء، منعه الله فضله يوم القيامة»<sup>(١)</sup>.

٢ - أن النهي عن بيع فضل الماء هو في من أراد بيعه على إنسان ليشربه هو أو حيوانه، وأما إن أراد أن يسقي به زرعه فله منعه.  
قال أبو يوسف:

«وليس لصاحب العين والقناة والبئر والنهر أن يمنع الماء من ابن السبيل لما جاء في ذلك من الحديث والآثار.

وله أن يمنع سقي النخل والزرع والشجر والكروم، من قبل أن ذلك لم يجئ فيه، وهذا يضر بصاحبه. فأما الحيوان والمواشي والإبل والدواب فليس له أن يمنع من ذلك»<sup>(٢)</sup>.

**الدليل الرابع:** أنه لا يصح بيع الشرب منفردًا لما فيه من الجهالة<sup>(٣)</sup>.

### مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته بأنهم إن أرادوا أن الشرب مجهول مطلقًا، فهو ممنوع

- 
- (١) سبق تخريجه والإشارة إلى رواية أبي يوسف، ص ١٤٧.
- وروى الإمام أحمد في مسنده عن سليمان بن موسى أن عبدالله بن عمرو بن العاص كتب إلى عامل له على أرض له أن لا تمنع فضل مائك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله يوم القيامة فضله».
- «الفتح الرباني، ج ١٥، ص ١٣٢، باب: المسلمون شركاء في ثلاث».
- قال الشيخ أحمد شاکر: وهذا شاهد قوي للقصة، فإن سليمان بن موسى ثقة معروف بالرواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فلعله سمعه من عمرو. «هامش الخراج ليحيى بن آدم، ص ١٠٨».
- (٢) الخراج لأبي يوسف، ص ٢٠٦.
- (٣) العناية، ج ٥، ص ٢٠٤، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٦، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٤٥.

لأنهم قد ذكروا في باب الشهادة أنه إذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة، لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً، والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم، وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم<sup>(١)</sup>، ولكن لا ينطبق على بيع الشرب؛ فإنه لا بد أن يكون الشرب معلوماً ثم إن وجد فيه جهالة يسيرة، فالجهالة اليسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

### أدلة القول الثاني:

استدل للقول الثاني:

بأن الشرب ملك من الأملاك فلمن ملكه حق التصرف فيه بالبيع وغيره<sup>(٢)</sup>، والدليل على أنه يملك ما يلي:

١ - أن الشرب يضمن بالغصب والإتلاف<sup>(٣)</sup>، فدل ذلك على أنه يملكه<sup>(٤)</sup>، فيصح أخذ العوض عنه بالبيع.

قال أبو يوسف:

«ألا ترى أن رجلاً لو صرف نهرَ رجلٍ إلى أرضه فاختصما، قضيت به لربِّ النهر، ومنعت الذي قهره من صرف مائه إلى أرضه، ماء نهر أو قناة أو عين أو بئر أو مصنعة»<sup>(٥)</sup>.

(١) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٤٨.

(٢) نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٥١، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٦، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب، ص ١٩٣، ١٩٩.

(٣) الهداية، ج ٤، ص ٢٠٤، نتائج الأفكار، ج ٨، ص ١٥١.

(٤) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٥) الخراج، ص ٢٠٦.



٢ - ما ذكره ابن عابدين أن الرجل إذا «باع الشرب بعبد، وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه، ولو لم يكن الشرب محلاً للبيع لما جاز عتقه»<sup>(١)</sup>.

٣ - أنه إذا كان لرجل ماء في نهر ولآخر أرض واتفقا على أن يسقى بمائه أرض غيره بجزء من الزرع جاز ذلك، فدل ذلك على أنه يملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك<sup>(٢)</sup>، وإذا ملكه صح له بيعه.

قال القاضي أبو يعلى:

«.. ونقل يعقوب بن بختان عن أحمد «أنه سئل عن رجل له أرض ولآخر ماء، فقال صاحب الأرض لصاحب الماء: سئ ماءك إلى أرضي والزرع بيننا قال: لا بأس».

فقد أجاز الشركة في الماء.

وهذا يدل على أنه ملك له قبل استقائه وحيازته، وأنه يحدث على ملكه في قراره قبل حيازته كما إذا ملك معدناً ملك ما فيه قبل أخذه، وعلى هذا يجوز بيعه قبل استقائه، ومن استقاه بغير إذنه استرجع منه، لأنه لما جاز الشركة فيه دلّ على أنه قد ملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك<sup>(٣)</sup>.

٤ - أنه لما حدث في ملكه وجب أن يكون ملكاً له كالثمر والتاج. ولأنه لما جاز له منع كل أحد منه ثبت أنه ملكه<sup>(٤)</sup>، وإذا ملكه جاز له بيعه.

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٧، وقد نقل ذلك عن كتاب

«الأصل» لمحمد بن الحسن الشيباني، وانظر أيضاً: حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.

(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٤، المغني، ج ٤، ص ٩٠.

(٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢١٩.

(٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥.

### المناقشة:

نوقش بأن: الشرب: وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع، وإن وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه<sup>(١)</sup>.

وأما قولهم: إنَّ له منع كلِّ أحد منه فجوابه: أن له منع كل أحد أن يتخطى في ملكه، فأما عن الماء فلا لأنه لا يملكه<sup>(٢)</sup>.

### دفع هذه المناقشة:

أجاب سعدي جلبي عن هذه المناقشة فقال: «لا حاجة إلى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع<sup>(٣)</sup>، والسلم فيجوز بيعه. أما قوله: والماء ليس بملك.

قلنا: إذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه يملكه»<sup>(٤)</sup>.

### الترجيح:

يترجح عندي القول الثاني القاضي بصحة بيع الشرب منفردًا، وذلك للأسباب الآتية:

١ - قوة الأدلة التي استدلت بها على هذا القول؛ حيث أوجب عن المناقشة الموجهة إليها.

٢ - أن أدلة القول الأول قد أوجب عنها كما سبق.

(١) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥.

(٣) الاستصناع: «هو: عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع». (تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٦٢).

(٤) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج ٥، ص ٢٠٤.



٣ - أنه قد جرى العرف ببيع الشرب في بعض البلدان<sup>(١)</sup>.

ويظهر أنه عُرف قديم، كما يفهم ذلك من قصة عامل عبدالله بن عمرو بن العاص<sup>(٢)</sup>.

٤ - ولأن الشرب يقابله قسط من الثمن بدليل أنه إذا باع أرضًا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب<sup>(٣)</sup>.

٥ - ولأن في القول بوجوب بذله من غير عوض مضرّة على صاحب الشرب؛ إذ فيه احتمال إبطال حقه، لأن غيره سيكون متساويًا معه فيه، وقد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه.

٦ - ولأنه إذا صالح رجلًا على أن يسقي أرضه من نهره يومًا أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم فقد جاز ذلك على ما ذكره ابن قدامة؛ «لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائه<sup>(٤)</sup>».

وقد قال المرداوي في «الإنصاف»<sup>(٥)</sup>:

«وهو الصواب، وعمل الناس عليه قديمًا وحديثًا».

(١) فتح القدير، ج ٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج ٢، ص ٢١٧، الدر المختار، ج ٥، ص ٨٠.

(٢) سبق، ص ١٤٧، إيراد ما كتبه عامل عبدالله بن عمرو بن العاص إلى عبدالله، وأنه فضل من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفًا، فلو لم يكن مالًا للماء، وقد جرى العرف ببيعه لما طلب منه بالثمن ولما سوم فيه.

(٣) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨ - ٥٤٩.

(٥) ج ٥، ص ٢٥٠.

## ٢ - حق المجرى:

معناه: حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مالكة غير مالك الأول.

وهذا الحق تابع لحق الشرب، لأن الشرب، وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمرُّ به إلى الأرض المراد سقيها<sup>(١)</sup>.

ولم أجد - فيما اطلعت عليه - نصًّا صريحًا للحنفية والمالكية<sup>(٢)</sup> في بيع حق المجرى في حين تحدث الشافعية والحنابلة عن بيعه، وقبل الحديث عن حكم بيعه عندهم ينبغي بيان حكم إجبار الرجل جاره في إجراء الماء في أرضه عند الحاجة، لأن حق المجرى متفرع عن هذه المسألة ونحو ذلك، فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

**القول الأول:** أنه ليس له إجباره، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٣)</sup>،

(١) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٨٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٦٠، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢٣٥.

(٢) تحدث الحنفية والمالكية عن حق الشرب ولم أرَ لهم نصًّا صريحًا في حق المجرى ولعلهم اكتفوا بالحديث عن حق الشرب عن الحديث عن حق المجرى؛ لأن حق المجرى يتبع حق الشرب.

وقد أشار بعض الحنفية إلى حق المجرى في أثناء الحديث عن دعوى حق الشرب. قال في الهداية، ج ٨، ص ١٤٧ - ١٤٨: «وتصح دعوى الشرب بغير أرض... وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائة فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريًا فعليه البيئنة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضي له لإثباته بالحجة ملكًا له أو حقًا مستحقًا فيه». وانظر: العناية، ونتائج الأفكار مع الهداية الجزء والصفحة ذاتهما، وانظر: مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٥٦٥.

(٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧.

والصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>، لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو لم تدع إليه ضرورة، ولأن مثل هذه الحاجة 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<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** له إجباره إذا احتاج إلى ذلك ولم يكن على صاحب الأرض ضرراً، وهو القول القديم للشافعي<sup>(٣)</sup>، ورواية في مذهب أحمد<sup>(٤)</sup>، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٥)</sup>، لما روى عمرو بن يحيى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض<sup>(٦)</sup> فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة فأبى، فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك، تشربه أولاً وآخرًا، ولا يضرّك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا والله، فقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تشربه أولاً وآخرًا؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرّ به ففعل<sup>(٧)</sup>. رواه مالك.

(١) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٦، المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٦.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.

(٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧.

(٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج ١، ص ٤٥٥، المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٥) الاختيارات الفقهية، ص ٢٣٦، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.

(٦) العريض: بالتصغير: هو وادٍ بالمدينة المنورة.

(٧) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ» كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ج ٢، ص ٧٤٦، رقم: ٣٣.

وأخرجه: يحيى بن آدم في «الخراج» باب العيون والأنهار، ص ١١١، حديث رقم ٣٥٣.

ولعل القول الأول هو الراجح، ويجاب عن دليل القول الثاني بما ذكره ابن قدامة حيث قال:

«والأول أقيس، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة، وهو موافق للأصول، فكان أولى»<sup>(١)</sup>.

وبعد بيان حكم الإيجاب على إجراء الماء في أرض الغير، وأنه ليس له إجباره على الراجح فهل لصاحب الأرض الإذن له فيه بعوض؟ وهذا الإذن قد يكون بيعاً وقد يكون إجارة فإن كان بيعاً: فقد ذهب الشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>، إلى صحة ذلك بشروط:

**الأول:** بيان موضع المجرى.

**الثاني:** بيان الطول والعرض.

**الثالث:** أن يكون العوض معلوماً<sup>(٤)</sup>. وإن كان الاتفاق على حق الإجراء فقط، مع بقاء ملك الرقبة لصاحب الأرض فهذا عقد إجارة يشترط فيه بالإضافة إلى الشروط السابقة:

بيان المدة، وبيان العمق<sup>(٥)</sup>.

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨.

(٢) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٢، الوجيز، ج ٢، ص ١٨٠، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١.

(٣) المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، المبدع، ج ٤، ص ٩٢١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠١.

(٤) اختلفوا في اشتراط العمق، فعند الشافعية وجهان في اشتراطه، وأما الحنابلة فليس بشرط عندهم؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن ينزل فيه ما شاء. (راجع روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٢، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١).

(٥) المراجع السابقة.



ومن العلماء من لم يشترط بيان المدة في هذا الموضع؛ لأن العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة الإجارة جائز كالنكاح<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن من الفقهاء من قال: إنه ليس بيعًا ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما لكونه على منفعة، لكنها مؤبدة<sup>(٢)</sup>.

بقي هنا مسألة وهي: إذا كانت الأرض في يد رجل بإجارة، أو كانت الأرض في يده وقفًا عليه، فإن له إذا كانت الأرض في يده بإجارة أن يصلح على إجراء الماء فيها بشرطين:

١ - أن تكون الساقية محفورة فإن كانت غير محفورة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له إحداث ساقية.

٢ - أن تكون مدة العقد لا تزيد على مدة إجارته؛ لأن الأرض غير مملوكة له فلا يمكنه العقد عليها مطلقًا<sup>(٣)</sup>.

وإن كانت الأرض في يده وقفًا عليه فحكمها حكم الأرض المستأجرة عند الشافعية<sup>(٤)</sup>، والقاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة<sup>(٥)</sup>، فله أن يصلح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة، وليس له أن

(١) المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٨.

(٢) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢٠، ٢٢٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج ٢٩، ص ٢٠٥، القواعد لابن رجب، ص ٢٠٠، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٧، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٣) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢، المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.

(٤) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢.

(٥) الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.



يحفر فيها ساقية، لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة<sup>(١)</sup>.

ورجح ابن قدامة أنه يجوز له حفر الساقية فقال: «والأولى: أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره، بخلاف المستأجر، فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه»<sup>(٢)</sup>.

### ٣ - حق المسيل:

معناه: هو حق صرف الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة بإجرائه في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام<sup>(٣)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوته بعقد معاوضة عنه منفرداً على قولين:

**القول الأول:** لا يصح ثبوت حق المسيل بعقد البيع سواء أكان على سطح أم على الأرض، وبهذا قال الحنفية<sup>(٤)</sup>.

**وعللوا لقولهم بأن:** المسيل مجهول، لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء، وهذا شامل للمسيل على السطح، والمسيل على الأرض، وينفرد المسيل على السطح بأمر آخر، وهو أنه تعلق بما ليس بمال وهو حق التعلي، لأنه متعلق بالهواء<sup>(٥)</sup>.

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢.

(٢) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧.

(٣) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٩١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص ٣٦١، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ٢٣٥.

(٤) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، العناية وفتح القدير نفس الجزء والصفحة، فتاوى قاضيخان، ج ٢، ص ١٥٤، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.

(٥) العناية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير الجزء والصفحة ذاتهما، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠.



**القول الثاني:** يصح ثبوت حق المسيل بالبيع وبالإجارة سواء أكان المسيل على الأرض أم على السطح وبهذا قال المالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

**وعلّلوا لذلك:** بأن الحاجة داعية إلى تجويز هذا العقد<sup>(٤)</sup>.

واشترطوا لصحة ذلك أربعة شروط:

**الأول:** معرفة السطح الذي يجري منه الماء، لأن المطر يقل بصغره، ويكثر بكبره<sup>(٥)</sup>.

**الثاني:** معرفة السطح الذي يجري إليه الماء وقوته وضعفه، فإنه قد يتحمل قليل الماء دون كثيره، ولا يضر الجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة<sup>(٦)</sup>.

(١) جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٨٨، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٧٥.

(٢) الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، المنهاج، ج ٢، ص ١٩١، مغني المحتاج نفس الجزء والصفحة، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠١، فتح الوهاب، ج ١، ص ٢١٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٤٥٦.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٣، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٢٦٦ - ٢٦٧، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٤) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢.

(٥) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، المبدع، ج ٤، ص ٢٩١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٢٨. يلاحظ أن الحنابلة جعلوا الشروط عامة في السطح والأرض، وأما الشافعية فجعلوها في السطح.

(٦) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣٢٧، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١.

**الثالث:** معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء إلى السطح دفعًا للجهالة<sup>(١)</sup>.

**الرابع:** أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بالتسييل على سطح جاره<sup>(٢)</sup>.

### الترجيح:

يترجح - والله أعلم - قول جمهور الفقهاء القائل بصحة ثبوت حق المسيل بعقد البيع وذلك لما يلي:

١ - وجاهة ما عللوا به من أن الحاجة داعية إلى ذلك.

٢ - ما ذكره الحنفية من وجود الجهالة، فيجانب عنه بأن القائلين بالصحة قد اشترطوا لذلك شروطًا تقل معها الجهالة، وما يبقى بعد ذلك من جهالة فهي محتملة في مقابل المصالح المترتبة على ذلك.

قال النووي رحمته الله: «ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جَوِّز للحاجة»<sup>(٣)</sup>.

٣ - أن أخذ المعاوضة عن حق المسيل يتفق مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تبيح للشخص أخذ المعاوضة عن ماله وحقوقه.

بقي هنا مسألة وهي: إذا كان السطح الذي يراد إجراء الماء عليه مستأجرًا بيد إنسان لم يجز له أن يصالح على إجراء الماء عليه<sup>(٤)</sup>، لأنه يتضرر بذلك، ولم يؤذن له فيه، فلم يكن له أن يتصرف فيه<sup>(٥)</sup>.

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، كشاف القناع، ج ٣، ص ٤٠٢، حاشية المقنع، ج ٢، ص ١٢٨.

(٢) مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٩١، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤٠٢.

(٣) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢١.

(٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة.

(٥) المغني، ج ٤، ص ٥٤٧.



وإن كان ماء السطح يجري على أرض مستأجرة ففيه احتمالان:

**أحدهما:** لا يجوز<sup>(١)</sup>، قال عنه المرداوي: «وهو الصواب»<sup>(٢)</sup>، لأنه يجعل لصاحب السطح رسمًا في ملك غيره، فربما ادعى استحقاق ذلك بعد تطاول المدة<sup>(٣)</sup>.

ولأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر في أرض غيره<sup>(٤)</sup>.

**والاحتمال الثاني:** جواز ذلك<sup>(٥)</sup>، إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة، ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته<sup>(٦)</sup>، لأن المستأجر يملك المنفعة في هذه المدة.

قال عنه المرداوي: «وهو بعيد»<sup>(٧)</sup>.

والراجح الأول، لقوة ما علّل به له.

#### ٤ - حق المرور:

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت حق المرور في عقار الغير بعقد البيع استقلالاً على قولين:

- 
- (١) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩.
  - (٢) الإنصاف، ج ٥، ص ٢٧٤، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
  - (٣) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
  - (٤) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.
  - (٥) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٤٩، تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.
  - (٦) المغني، ج ٤، ص ٥٤٨، الشرح الكبير، ج ٣، ص ١٤.
  - (٧) تصحيح الفروع، ج ٤، ص ٢٧٤.

**القول الأول:** صحة ذلك، وإليه ذهب جمهور الحنفية<sup>(١)</sup>، وهو قول المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

وعلل الحنفية لصحة بيع حق المرور منفردًا مع منعهم لبيع حق المسيل بالفرق بينهما:

فإن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق.

أما حق التسييل فهو إن كان على الأرض فهو مجهول لجهالة محله، وإن كان على السطح، فهو نظير حق التعلي، وحق التعلي ليس متعلقًا بما هو مال بل بالهواء<sup>(٥)</sup>.

وعلل «ابن الهمام» للفرق بين حق المرور حيث يصح بيعه، وبين حق التعلي الذي لا يصح بيعه عندهم بقوله:

«إن حق المرور حقٌ يتعلق برقية الأرض وهي مال، هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين. أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال»<sup>(٦)</sup>.

- 
- (١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، حاشية ابن عبادين، ج ٤، ص ٥١٨، العناية، ج ٥، ص ٢٠٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٩.
- (٢) المدونة، ج ٥، ص ٤٦٣، منح الجليل، ج ٧، ص ٤٧٤.
- (٣) الوجيز، ج ١، ص ١٨٠، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣١٣، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢١٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٨٦، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٩٢.
- (٤) المقنع، ج ٢، ص ١٢٧، الكافي، ج ٢، ص ٢١٤، المغني، ج ٤، ص ٥٧١، الفروع، ج ٤، ص ٢٧٥، المبدع، ج ٤، ص ٢٩٢، الإنصاف، ج ٥، ص ٢٥١، الإقناع، ج ٢، ص ١٩٩.
- (٥) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، العناية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عبادين، ج ٥، ص ٨٠.
- (٦) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٦.



**القول الثاني:** لا يصح بيع حق المرور منفردًا، وبه قال أبو حنيفة على رواية عنه<sup>(١)</sup>.

وعلّلوا لذلك: بأن المرور حق، والحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء<sup>(٢)</sup>، لأنها لسيت بمال<sup>(٣)</sup>، «لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها»<sup>(٤)</sup>.

كما علّل الكرخي لذلك بوجود الجهالة<sup>(٥)</sup>.

### الترجيح:

يترجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة بيع حق المرور منفردًا للأسباب الآتية:

١ - وجود مصلحة راجحة في ذلك.

٢ - أن التعليل بأن المرور حقٌ والحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع، لأنها ليست بمال.. هو تعليل محل نظر؛ لأن هذا جرياً على ما ذهب إليه الحنفية من عدم اعتبار المنافع أموالاً والراجع اعتبار المنافع أموالاً، لأن المنافع هي المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها، وقد سوّغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، وأن المهر

- 
- (١) الهداية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥١٨، ج ٥، ص ٨٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٠، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٥٩.
- (٢) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٥١٨، ج ٥، ص ٨٠.
- (٣) العناية، ج ٥، ص ٢٠٥، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٦، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.
- (٤) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٤، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.
- (٥) فتح القدير، ج ٥، ص ٢٠٥.



يجب أن يكون ما<sup>(١)</sup>، لقوله تعالى بعد تعداد محرمات النساء: ﴿وَأَحَلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة أخرى «فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها.. وإن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء»<sup>(٣)</sup>.

٣- إن تعليل الكرخي للمنع بوجود الجهالة هو تعليل محل نظر؛ لأن الفقهاء الذين أجازوه اشترطوا «أن يكون ذلك معلوماً»<sup>(٤)</sup>.

بل إن جمهور الحنفية الذين أجازوا بيع حق المرور منفرداً، قالوا في الفرق بينه وبين حق التسييل: إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق. كما سبق نقله.

ثم ما قد يوجد بعد ذلك من جهالة فهي يسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

والله أعلم...

\*\*\*

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج ٣، ص ٢٠٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٥٢ - ٥٣، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص ٢١٩.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ج ٣، ص ٢٠٨.

(٤) المبدع، ج ٤، ص ٢٩٣.