

كتاب إحياء الموات

إحياء الموات مستحب ، وفيه ثلاثة أبواب .

[الباب الأول : في رقاب الأرضين ، وهي قسبان .

أحدهما : أرض بلاد الاسلام ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لا تكون معمورة في الحال ، ولا من قبل ، فيجوز تملكها بالاحياء ،

سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، ويكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث

المشهوره (١) ، ويختص ذلك بالمسلمين . فلو أحيها الذمي بغير إذن الامام ، لم يملك

قطماً ، ولو أحيها باذنه ، لم يملك أيضاً على الأصح (٢) ، وقال الاستاذ أبوطاهر : يملك .

فاذا قلنا بالصحيح ، فكان له فيها عين مال ، نقلها . فان بقي بعد النقل أثر عمارة ،

قال ابن كج : إن أحياء رجل باذن الامام ، ملكه ، وإن لم يأذن ، فوجهان .

قلت : لعل أصحابها : الملك ، إذ لا أثر لفعل الذمي . والله أعلم

ولو ترك العمارة متبرعاً ، تولى الامام أخذ غلتها وصرفها في مصالح المسلمين ،

ولم يجز لأحد تملكها .

فرع

لذمي الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش في دار الاسلام ، لأن ذلك يخلف ،

(١) منها قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » رواه أحمد والترمذي من حديث

جابر رضي الله عنه ، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها »

رواه أحمد والبخاري من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) في نسخ الظاهرية : على الصحيح .

ولا يتضرر به المسلمون، بخلاف الأرض ، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الاسلام إذا لم يتضرر به المسلمون .

فرع

المستأمن كالذمي في الاحياء وفي الاحتطاب ونحوه ، والحربي ممنوع من جميع ذلك .

الحال الثاني : أن تكون معمورة في الحال ، فهي ملائكة ، ولا مدخل فيها للاحياء.

الحال الثالث : أن لاتكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبل ، فإن عُرِف

مالكها ، فهي له أو لوارثه ، ولا تملك بالهارة . وإن لم يُعرف ، نظر ، إن كانت عمارة إسلامية ، فهي لمسلم أو لذمي ، وحكمها حكم الأموال الضائعة . قال الامام :

والأمر فيه إلى رأي الامام . فإن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكة ، فعل ، وإن رأى ييمه وحفظ ثمنه ، فعل ، وله أن يستقرضه على بيت المال . هذا هو المذهب ، وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريباً . وإن كانت عمارة جاهلية ، فقولان . ويقال :

وجهان . أحدهما : لاتملك بالاحياء ، لأنها ليست بموات . وأظهرهما : تملك كالركاز . وقال

ابن سريج وغيره : إن بقي أثر الهارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة ، لم تملك

بالاحياء ، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدا ، مثلكت . ثم إن البغوي وآخرين

عمّموا هذا [الخلاف] ، وفرّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للفاغين ، وإلا ، فهي

أرض للقيء ، وقال الامام : موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه

ودخوله تحت يدم ، فأما إن عُلِمَ ، فإن حصلت بقتال ، فللفاغين ، وإلا ، ففيه ،

وحصة الفاغين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف . وطرّد جماعة الخلاف ، فيما إذا

كانت الهارة إسلامية ولم يعرف مالكتها، وقالوا : هي كلقطة لا يعرف مالكتها . والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلامية كما سبق .

القسم الثاني : أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تكون معمورة، فلا مدخل للاحياء فيها ، بل هي كسائر أمواتهم . فإذا استولينا عليها بقتال أو غيره ، لم يخف حكمه .

الحال الثاني : أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل ، فيتملكها الكفار

بالاحياء . وأما المسلمون ، فينظر، إن كان موافقاً لا يذبون المسلمين عنه ، فلم يملكه

بالاحياء، ولا يملك بالاستيلاء، لأنه غير مملوك لهم حتى يملك عليهم . وإن ذبوا عنه

المسلمين ، لم يملك بالاحياء كالمعمور من بلادهم . فإن استولينا عليه ، ففيه أوجه .

أصحها : أنه يفيد اختصاصاً كاختصاص التحجر ، لأن الاستيلاء أبلغ منه . وعلى

هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجر [هل] يفيد جواز البيع ؟

إن قلنا : نعم ، فهو غنيمة كالمعمور . وإن قلنا : لا ، وهو الأصح ، فالغانمون

أحق باحياء أربعة أخماسه ، وأهل الخمس أحق باحياء خمسة . فإن أعرض الغانمون

عن إحيائه ، فأهل الخمس أحق به . ولو أعرض بعض الغانمين ، فالباقون أحق .

وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً ، ملكه من أحياء المسلمين .

قلت : في تصور إعراض اليتامى والساكين وابن السبيل ، إشكال ، فيصور

في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الأحياء ، ونحوه في الباقين .

والله أعلم

والوجه الثاني : أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور .

[الوجه الثالث] : لا يفيد ملكاً ولا اختصاصاً، بل هو كموات دار الإسلام، من

أحياء ملكه .

الحال الثالث : أن لاتكون معمورة في الحال وكانت معمورة ، فان عُرِف مالكها ، فكالمعمورة ، وإلا ، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقتان في القسم الأول .

فرع

إذا فتحنا بلدة صلحا على أن تكون لنا ويسكنوا بجزية ، فالعمور منها فيء ، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه ، هل يكون متحجراً لأهل الفيء ؟ وجهان . أصحابها : نعم . فعلى هذا ، هو فيء في الحال ، أم يُجسسه الامام لهم ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم ، فالعمور لهم ، والموات يختصون بأحيائه تبعاً للعمور ، وعن القاضي أبي حامد وصاحب « التقريب » : أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح ، والأول أصح .

فرع

قال البغوي : البيسَع التي للنصارى في دار الاسلام ، لاتملك عليهم . فان فتنوا ، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له ، فتكون فيئاً .

فرع (١)

حريم العمور لا يملك بالاحياء ، لأن مالك العمور يستحق مرافقه ، وهل نقول : إنه يملك تلك المواضع ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الملك بالاحياء ولم يحياها ،

(١) في نسخ الظاهرية : فصل .

وأصحها : نعم ، كما يملك عرصة الدار بيناء الدار ، ولأن الأحياء تارة [يكون]
بجمله معموراً ، وتارة بجمله تبعاً للمعمور . ولو باع حریم ملكه دون الملك ، لم يصح ،
قاله أبو عاصم ، كما لو باع شيرب الأرض وحده . قال : ولو حفر اثنان بئراً على
أن يكون نفس البئر لأحدهما وحریمها الآخر ، لم يصح (١) وكان الحریم لصاحب
البئر ، والآخر أجره عمله .

فرع

في بيان الحریم

وهو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوها ،
وفيه صور .

إحداها : ذكرنا في الحال الثالث : إذا صالحنا الكفار على بلدة ، لم يجز لإحياء
مواتها الذي يذبون عنه على الأصح ، فهو من حریم تلك البلدة ومراقفها .

الثانية : حریم القرى الحياة : ما حولها من مجتمع أهل النادي ، ومرتكض
الخليل ، ومناخ الابل ، ومطرح الرماد والسهاد ، وسائر ما يُعدّ من مراقفها . وأما
مرعى البهائم ، فقال الامام : إن بعد عن القرية ، لم يكن من حریمها . وإن قرب
ولم يستقل مرعى ، ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الابداد ، فمن الشيخ
أبي علي ، خلاف فيه ، والأصح عند الامام : أنه ليس بحریم . وأما ما يستقل
مرعى وهو قريب ، فينبغي أن يقطع بأنه حریم . وقال البغوي : مرعى البهائم
حریم للقرية مطلقاً .

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجز .

فرع

المختب كالمعى .

الثالثة : حريم الدار في الموات : مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج ، والمر في الصوب الذي فُتح إليه الباب ، وليس المراد منه استحقاق المر في قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب إذا بقي المر له ، فان احتاج إلى انمطاف وازورار ، فعل .

فرع

عدّ جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها . وقال ابن الصباغ : عندي أن حيطان الدار لافناء لها ولا حريم . فلو أراد محي أن يني بجنبها ، لم يلزمه أن يبعد عن فائها ، لكن يمنع مما يضر الحيطان كحفر بئر بقربها .

الرابعة : البئر المحفورة في الموات ، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح ، وموضع الدولاب ومتدد البهيمة إن كان الاستقاء بها ، ومصب الماء ، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه ، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه ، وكل ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، كذا قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي وجه : حريم البئر : قدر عمقها من كل جانب ، ولم ير الشافعي رضي الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد ، على اختلاف القدر المحتاج إليه . وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات . وأما القناة ، فأبأرها لا يستقى منها حتى يعتبر به الحريم ، فحريمها : القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها .

وفي وجه : أن حريمها حريم البشر التي يستقى منها ، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء ، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد ومن تابعه . والقائلون به ، قالوا : لو جاء آخر وتنجس عن المواضع المدودة حريماً ، وحفر بئراً ينقص ماء الأول ، لم يمنع منه ، وهو خارج عن حريم البشر . والأصح : أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماءها ، كما ليس لغيره التصرف قريباً من بنائه بما يضر به ، بخلاف ما إذا حفر بئراً في ملكه ، فحفر جاره بئراً في ملكه فنقص ماء الأول ، فإنه يجوز . قال ابن الصباغ : والفرق أن الحفر في الموات ابتداءً تملك ، فلا يمكن منه إذا تضرر الغير ، وهنا كل واحد متصرف في ملكه . وعلى هذا ، فذلك الموضع داخل في حريم البئر أيضاً . واعلم أن ما حكنا بكونه حريماً ، فذلك إذا انتهى الموات إليه . فإن كان هناك ملك قبل تمام حد الحريم ، فالحريم إلى حيث ينتهي الموات .

فرع

كل ما ذكرناه في حريم الاملاك ، مفروض فيما إذا كان الملك محفوفاً بالموات ، أو متاخماً له من بعض الجوانب . فأما الدار الملاصقة للدار ، فلا حريم لها ، لأن الاملاك متعارضة ، وليس جمل موضع حريماً لدار ، أولى من جملة حريماً لأخرى ، وكل واحد من الملاك يتصرف في ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف . فإن تعدى ، ضمن . والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لا يجوز ، وبماذا يتعلق الضمان ، منه ما سبق في كتاب الصلح ، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الدييات .

فرع

لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً ، أو اصطبلأ ، أو طاحونة ، أو حانوته في صف المطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان . أحدهما : يُمنع ، للاضرار . وأصحها : الجواز ، لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به . وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يلبق بما يقصده ، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ، فالأصح : المنع ، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً تنزع (١) منه الحيطان ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندوة إلى حيطان الجار . ولو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد ، فإن قلنا : لا يُمنع في الصورة السابقة ، فهنا أولى ، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد . واختار الروياني في كل هذا ، أن يجتهد الحاكم فيها ، ويمنع إن ظهر له التعمش وقصد الفساد . قال : وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر .

فرع

لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره ، فهو مكروه ، لكن لا يُمنع منه ، ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح ، وخالف فيه القفال .

فرع

لا يُمنع من إحياء ما وراء الحرم ، قَرُب ، أم بعد ، وسواء أحياء أهل العمران ، أم غيرهم .

(١) في نسخ الظاهرية : تنزع .

فرع

موات الحرم يُملك بالاحياء، كما أن ميموره يُملك بالبيع والهبة. وهل تُملك أرض عرفات بالاحياء كسائر البقاع، أم لا، لتعلق حق الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تُملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان . إن قلنا : يبقى، فذاك مع اتساع الباقي ، أم بشرط ضيقه على الحجيج ؟ وجهان . واختار الغزالي ، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع ، أو ، لا ، فلا . والأصح : المنع مطلقاً، وهو أشبه بالمذهب، وبه قطع التولي ، وشبهها بما تعلق به حق المسلمين عموماً وخصوصاً ، كالمساجد والطرق والرباطات ، ومصلى العيد خارج البلد .

قلت : وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة، كعرفات، لوجود المعنى.
والله أعلم

فصل

الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للمارة، من نصب أحجار ، أو غرز خشبات، أو قصبات ، أو جمع تراب، أو خط "خطوط، وذلك لا يفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره. وحكى ابن القطان وجهاً : أنه يملك به ، وهو شاذ ضيف ، والتفريع على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : إذا مات المتحجّر ، انتقل حقه إلى ورثته. ولو نقله إلى غيره ، صار الثاني أحق به . والله أعلم

وينبغي للمتجبر أن لا يزيد على قدر كفايته ، وأن لا يتجبر مالا يمكنه القيام
بمهارته . فان خالف ، قال المتولي : فليمره أن يحيي مازاد على كفايته ، وما زاد
على ما يمكنه عمارته . وقال غيره : لا يصح تجبره أصلاً ، لأن ذلك القدر غير متعين .

قلت : قول المتولي أقوى . والله أعلم

وينبغي أن يشتغل بالمهارة عقيب التجبر . فان طالت المدة ولم يحيي ، قال له
السلطان : أحي أو ارفع يدك عنه . فان ذكر عذراً واستمهله ، أمهله مدة
قريبة يستمد فيها للمهارة . والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان ، ولا تقدر بثلاثة
أيام على الأصح ، فاذا مضت ولم يشتغل بالمهارة ، بطل حقه . وليس لطول المدة الواقعة
بعد التجبر حدٌ معين ، وإنما الرجوع فيه إلى العادة . قال الامام : وحق المتجبر
ببطل بطول الزمان وتركه المهارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء ،
لأن التجبر ذريعة إلى المهارة ، وهي لا تؤخر عن التجبر إلا بقدر تهيئة أسبابها ،
ولهذا لا يصح تجبر من لا يقدر على تهيئة الأسباب ، كمن يتجبر ليعمر في السنة القابلة ،
وكفقر يتجبر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخر وطال أن يعود موافقاً كما كان ،
هذا كلام الامام . وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق ، ثم قال : عندي
أنه لا يبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته .

فرع

لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق التجبر ، فأحيا ماتجبره ، ملكه المحيي على الأصح
المنصوص ، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالماً ، كما لو دخل في سوم أخيه
واشترى .

والثاني : لا يملك، الا يبطل حق غيره .

والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان ، لم يملك المحيي ، وإلا ، فيملك .

والرابع : إن أخذ التحجر في العارة ، لم يملك المبادر ، وإلا ، فيملك .
وشبهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشى الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره ، هل يملكه؟

قلت : والأصح أيضاً أنه يملكه . وكذا لو توحل ظي في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ، ونحو ذلك ، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد . والله أعلم

فرع

لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لا يملك ، لم يصح بيعه عند الجمهور .
وقال أبو إسحاق وغيره : يصح ، وكأنه يبيع حق الاختصاص . وعلى هذا لو باع فأحياه في يد المشتري رجل ، وقلنا : يملك ، فهل يسقط الثمن ، أم لا ، لحصول التلف بعد القبض ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : الثاني . وإذا قلنا : لا يصح البيع ، فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع ، فهل يكون له ، أم للبائع ؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي ، والصحيح : الأول .

والله أعلم

فرع

لاقطاع الامام مدخل في الموات ، وفائدته مصير المقتطع أحق بأحيائه كالتحجر .

وإذا طالت المدة ، أو أحياء غيره ، فالحكم كما سبق في التحجير ، ولا يُفطع إلا لمن يقدر على الأحياء ، ويقدر ما يقدر عليه .

فصل

في بيان الأحياء

قال الأصحاب : المعتبر ما يعدُّ إحياءً في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به .
وتفصيله بمسائل .

إحداها : إذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالأجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضاً تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيها .

الثانية : إذا أراد زريبة للدواب ، أو حاضرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب سقف وأحجار من غير بناء ، لأن التملك لا يقتصر على مثله في العادة ، وإنما يفعله المجتاز . ولو حوط البناء في طرف ، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسقف ، حكى الامام عن القاضي ، أنه [يكفي] ، وعن شيخه : النع . ولا يشترط التسقيف هنا . وفي تعليق الباب ، الخلاف السابق .

الثالثة : إذا أراد مزرعة ، اشترط أمور .

أحدها : جمع التراب حواله لينفصل الحيا عن غيره . وفي منناه : نصب قصب وحجر وشوك ، ولا حاجة إلى التحويط . وقال الشيخ أبو حامد : عندي

إذا صارت الأرض مزرعة بما سبق إليها ، فقد تم الاحياء وإن لم يجمع التراب حولها .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وحرارتها وتلين ترابها ، فإن لم يتيسر ذلك إلا بما يساق إليها ، فلا بد منه لتتأهل للزراعة .

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها ، هل يشترط ذلك ؟ أطلق جماعة اشتراطه ، والأصح ما ذكره ابن كنج وغيره : أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء ، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح . وإن كانت تحتاج إلى ماء يساق إليها ، اشترط تهيئة ماء من عين أو بئر أو غيرها . وإذا هيا ، نظر ، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء ، كفي ، ولم يشترط الاجراء ، ولا سقي الأرض . وإن لم يحفر بعد ، فوجهان . وأما أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا بصيها إلا ماء السماء ، فقال صاحب « التقريب » ، إلى أنه لا مدخل للاحياء فيها ، وبه قال القفال وبنى عليه : أتت إذا وجدنا شيئاً من تلك الأرض في يد إنسان ، لم نحكم بأنه ملكه ، ولا نجوز يمه وإجارته . ومن الأصحاب من قال : يملك بالحراثة وجمع التراب على الأطراف ، واختاره القاضي حسين . ولا تشترط الزراعة ، لحصول الملك في المزرعة على الأصح ، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الاحياء ، وكما لا يشترط في الدار أن يسكنها .

[المسألة الرابعة: إذا أراد بستاناً أو كرمًا ، فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ، قاله ابن كنج . وقال : فإن كانت عادة البلد بناء جدار ، اشترط البناء . وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين ، اعتبرت عادتهم ، وحينئذ يكفي جمع التراب حوايه كالزراعة . والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة . ويعتبر غرس الأشجار على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وقيل : لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة . والفرق على المذهب ، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ، بخلاف البستان قبل الفرس ، ولأن الفرس يدوم فألحق بأبنية الدار ، بخلاف الزرع .

فرع

طرق الأصحاب متفقة على أن الأحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن وحظيرة وغيرهما . وذكر الامام شيئين .

أحدهما : أن الفصد إلى الأحياء هل يعتبر لحصول الملك ؟ فقال : ما لا يفعله في العادة إلا المملك كبناء الدار واتخاذ البستان ، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد . وما يفعله المملك وغيره ، كحفر البئر في الموات ، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء ، إن انضم إليه قصد ، أفاد الملك ، وإلا ، فوجهان . وما لا يكفي به المملك ، كتسوية موضع النزول ، وتنقيته عن الحجارة ، لا يفيد الملك . وإن قصده شبه ذلك بالاصطياد بنصب الأبقولة في مدارج الصيود يفيد ملك الصيد . وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد المملك ، يفيد الملك . ودونه وجهان . وتوحد الصيد في أرضه التي سقاها ، لا يفيد الملك وإن قصده .

الشيء الثاني : إذا قصد نوعاً وأتى بما يقصد به نوع آخر ، أفاد الملك ، حتى إذا حوِّط البقعة يملكها وإن قصد المسكن ، لأنه مما يملك به الزرية لو قصدها . قال الامام الرافعي رحمه الله تعالى : أما الكلام الأول ، فمقبول لا يلزم [منه] مخالفة الاصحاب ، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فصّله ، وإلا ، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره . وأما الثاني ، فمخالفته لهما ذكره الأصحاب صريحة ، لهما فيه من الاكتفاء بأدنى العاهرات أبدأ .

فرع

إذا حفر بئراً في الموات للتملك ، لم يحصل الأحياء ما لم يصل إلى الماء . وإذا وصل ، كفى إن كانت الأرض صلبة ، وإلا ، فيشترط أن تطوى . وقال الامام : لا حاجة إليه . وفي حفر القناة ، يتم الأحياء بخروج الماء وجريانه . ولو حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التملك ، فاذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم ، وجرى الماء فيه ، ملكه ، كذا قاله البغوي وغيره . وفي « التتمة » : أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه ، لأنه استيفاء منفعة كالكسوف في الدار .

قلت : هذا الثاني ، أقوى . والله أعلم

فصل

في الحمى

هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشي بعينها ، ويمنع سائر الناس الرعي فيها ، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي خاصة نفسه ، ولكنه لم يفعله ﷺ ، وإنما حمى النقيع لأبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين .

قلت : النقيع بالنون عند الجمهور ، وهو الصواب . وقيل : بالباء الموحدة ، وبقية الفرقة بالباء قطعاً . والله أعلم

وأما غير رسول الله ﷺ ، فليس للأحاد الحمى قطعاً ، ولا للأئمة لأنفسهم ، وفي حمام لمصالح المسلمين ، قولان . أظهرهما : الجواز . وقيل : يجوز قطعاً . فاذا

جوزناه ، فهل يختص بالامام الأعظم ، أم يجوز أيضاً لولائه في النواحي ؟ وجهان
حكاهما ابن كنج وغيره . أصحابها : الثاني . وسواء حمى لحيل المجاهدين ، أم لنعم
الجزية والصدقة ، والضوال ، ومال الضعفاء عن الإمداد في طلب النجاة ، ثم
لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على الناس ولا يضيّق الأمر عليهم ، ثم
ما حماه رسول الله ﷺ ، نص ، فلا ينقض ولا يغير بحال ، هذا هو المذهب .
وقيل : إن بقيت الحاجة التي حمى لها ، لم يغير . وإن زالت ، فوجهان . أصحابها :
المنع ، لأنه تغيير المقتوع بصحته باجتهاد . وأما حمى غيره ﷺ ، فإذا ظهرت
المصلحة في تغييره ، جاز نقضه ورده إلى ما كان على الأظهر رعاية للمصلحة .
وفي قول : لا يجوز كالمقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقض حماه ، ولا يجوز
لمن بعده من الأئمة ، وإذا جوزنا نقضه ، فأحياء رجل باذن الامام ، ملكه وكان
الاذن في الاحياء نقضاً . وإن استقل المحيي ، فوجهان . ويقال : قولان منصوستان .
أصحابها : المنع ، لا فيه من الاعتراض على تصرف الامام وحكمه .

قلت : بقيت من الحمى مسائل مهمة .

منها : لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع ، نقضت عمارته ، وقلع زرعه
وغرسه ، ذكره القاضي أبو حامد في « جامعه » .

ومنها : أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفظاً من جهة الامام أو نائبه ، وأن يمنع
أهل القوة من إدخال مواشيهم ، ولا يمنع الضعفاء ، ويأمره الامام بالتلطف بالضعفاء
من أهل الماشية ، كما فعل عمر رضي الله عنه . قال القاضي أبو حامد : فإن كان
للإمام ماشية لنفسه ، لم يدخلها الحمى ، لأنه من أهل القوة . فان فعل فقد
ظلم المسلمين .

ومنها : لو دخل الحمى من هو من أهل القوة ، فرعى ماشيته ، قال أبو حامد :

فلا شيء عليه ، ولا غرم ولا تعزير ، ولكن يمنع من الرعي ، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا غرم عليه ، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج ، أن من أتلف شيئاً من شجر التقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح . ومنها : أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد ، هل له أن يجمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد لبرعاها فيه؟ قال أبو حامد : قيل : له ذلك ، ولم يذكر خلافه . وقال ابن كج : إن منعنا حمى الامام ، فذا أولى ، وإلا ، فقولان .

ومنها : لا يجوز للامام أن يجمي الماء الممدّ لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والحزبية وغيرها بلاخلاف ، ذكره الشيخ نصر في تهذيبه . قال أصحابنا : إذا حمى الامام ، وقاننا : لا يجوز حماه ، فهو على أصل الإباحة ، من أحياء ، ملكه .

ومنها : أنه يحرم على الامام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات ، وهذا لاخلاف فيه ، وقد نص عليه الماوردي في الأحكام ، وقاله آخرون . والله أعلم

الباب الثاني

في المنافع المشتركة وغيرها

بقاع الأرض إما مملوكة ، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات ، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة ، وهي الموات . أما المملوكة ، فمنفعتا تتبع الرقبة . وأما الشوارع ، فمنفعتا الأصلية : الطرود . ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوهما ، بشرط أن لا يضيّق على المارة ، سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوها . وفي بناء الدكاك ، ما ذكرناه في كتاب الصلح . ولو سبق اثنان إلى موضع ، فهل يقرع بينهما ، أم يقدم الامام أحدهما ؟ وجهان .

أصحابها: الاول . وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان حكاهما ابن كعب، وهل لاقطاع الامام فيه مدخل؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : نعم ، وهو المنصوص ، لأن له نظراً فيه ، ولهذا يزعم من أضر جلوسه . وأما تملك شي من ذلك ، فلا سبيل إليه بحال . وحكي وجه في « الرقم » للمبادي ، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر ، أن للامام أن يملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق ، والمعروف الأول . قلت : وليس للامام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف . والله أعلم

فرع

من جلس في موضع من الشارع ، ثم قام عنه ، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها ، بطل حقه . وإن كان لحرفة ومعاملة ، فإن فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة ، أو لعوده في موضع آخر ، بطل حقه أيضاً . وإن فارقه على أن يعود ، فالذهب ما ضبطه الامام والغازلي : أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته ، بطل . وإن كان دونه ، فلا . وسواء فرق بمذر سفر ومرض ، أو بلا عذر ، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني ، وكذا الأسواق التي تقام في كل اسبوع ، أو في كل شهر مرة ، إذا اتخذ فيها مقعداً ، كان أحق به في النوبة الثانية . وقال الاصطخري : إذا رجع ليلاً ، فمن سبقه أحق . وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ : إن جلس باقطاع الامام ، لم يبطل بقيامه . وإن استقل وترك فيه شيئاً من متاعه ، بقي حقه ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالأول ، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيبتة القصيرة إلى أن يعود ، فإن كان لغيره معاملته ، لم يمنع قطعاً ، وإلا ، لم يمنع أيضاً على الأصح .

قلت : وإذا وضع الناس الأتمة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاعاً لينقلوها شيئاً بحد شيء ، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً ، وإلا ، فلا ، ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » . والله أعلم

فرع

يختص الجالس أيضاً بما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه ، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والعطاء .

قلت : وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة . والله أعلم

فرع

الجوال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق ، يبطل حقه بمفارقتة .

فصل

وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لأغراض .
منها : أن يجلس ليقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها ، أو ليستفتى .
قال أبو عاصم المبادي والغزالي : حكمه كقواعد الأسواق ، لأن له غرضاً في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس . وقال الماوردي : متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به ، والأول أشبه بماخذ الباب .

قلت : هذا المنقول عن الماوردي ، حكاه في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء . وعن مالك رضي الله عنه : أنه أحق ، فمقتضى كلامه : أن الشافعي وأصحابه ، من الجمهور رضي الله عنهم . والله أعلم

ومنها : أن يجلس للصلاة ، فلا اختصاص له في صلاة أخرى . وأما الصلاة الحاضرة ، فهو أحق . فإن فارق بغير عذر ، بطل حقه فيها أيضاً . وإن كان بعذر ، فإن فارق لقضاء حاجة ، أو تجديد وضوء ، أو رعا ، أو إجابة داع ونحوها ، لم يبطل اختصاصه على الصحيح ، للحديث الصحيح ، أن رسول الله ﷺ قال : « إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد - فهو أحق به إذا عاد إليه ^(١) ، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره ، أم لا ، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة ، أو قبله ، وإن اتسع الوقت .

ومنها : الجلوس للبيع والشراء والحرفة ، وهو ممنوع منه . قلت : ومنها : الجلوس للاعتكاف ، وينبغي أن يقال : به الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً . وإن نوى اعتكاف أيام ، فخرج لحاجة جائزة ، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال ، والظاهر بقاءه ، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر .

ومنها : الجالس لاستماع الحديث والوعظ ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر ، ويختص إن فارق بعذر على المختار . ويحتمل أن يقال : إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس ، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك ، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال .

(١) رواه أحمد في « المسند » ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والبخاري في « الادب المفرد » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد ، فالظاهر فيه دوام الاختصاص ، لا طراد العرف ، وفيه احتمال . والله أعلم

فرع

يمنع الناس من استطراد حِلَقِ القُرَّاء والفقهاء في المسجد توقيراً لها .

فرع

قال الامام : لاشك في انقطاع تصرف الامام وإقطاعه عن بقاع المسجد ، فان المساجد لله تعالى ، ويحدثه شيثان .

أحدهما : ذكر الماوردي ، أن الترتب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للامامة ، فلا يمتبر إذن الامام في مساجد المحال ، ويمتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان ، فيجعل لاذن الامام أثر .

الثاني : عد الشيخ أبو حامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيع والشراء ، وهذا كما يقدر في نفي الاقطاع ، يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء ، إلا أن يراد بالرحاب : الألفية الخارجة عن حد المسجد .

قلت : قال الماوردي في « الأحكام » : إن حريم الجوامع والمساجد ، إن كان الارتفاق به مضرراً بأهل المساجد ، منع منه ، ولم يجوز للسلطان الاذن فيه ، وإلا ،

جاز . وهل يشترط فيه إذن السلطان ؟ وجهان . والله أعلم

فصل

الرباطات المسئلة في الطرق وعلى أطراف البلاد ، من سبق إلى موضع منها صار أحق به ، وليس لغيره إزعاجه ، سواء دخل باذن الامام ، أم بغيره ، ولا يبطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه ، ولا يشترط تخليفه نائباً له في الموضع ، ولا أن يترك متاعه ، لأنه قد لا يجد أميناً . فان ازدحم اثنان ولا سبق ، فعلى ماسبق في مقاعد الأسواق ، وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو [من] أهلها . وإذا سكن بيتاً منها مدة ، ثم غاب أياماً قليلة ، فهو أحق إذا عاد . وإن طالت غيبته ، بطل حقه .

قلت : والرجوع في الطول إلى العرف . ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول ، فينبغي أن يجوز قطعاً ، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع . ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والموام دخولها ، والجلوس فيها ، والشرب من مياهها ، والاتكاء والنوم فيها ، ودخول سقايته ، ونحو ذلك مما جرى العرف به . وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها ، فان كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات ، اتبع ، وإلا ، فالظاهر منعه ، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة . والله أعلم

فرع

النازلون في موضع من البادية ، أحق به وبما حو اليه بقدر ما يحتاجون إليه لمراقبتهم ، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرحوا إليه مواشيتهم ، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع ، وإذا رحلوا ، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها .

قلت : ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان ، قال الماوردي : إن كان نزولهم مضرراً بالسابلة ، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده . وإن لم يضر ، راعى الأصلاح في نزولهم ومنعهم ونقل غيرهم إليها . فان نزلوا بغير إذنه ، لم يمنعهم ، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه ، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم ، وبيناهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه . والله أعلم

فصل

المرتفق بالشارع والمساجد ، إذا طال مقامه هل يزعج؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق . والثاني : نعم . لتمييز المشترك من المملوك . وأما الرُّبُطُ الموقوفة ، فان عين الواقف مدة المقام ، فلا مزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . وإن أطلق الواقف ، نظر إلى الغرض الذي بنيت له ، وعمل بالمتاد فيه ، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها ، أو لخوف يمرض ، أو أمطار تتواتر ، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم ، يمكن من الإقامة إلى إتمام غرضه . فان ترك التعلُّم والتحصيل ، أزعج . وفي الخانقاه ، لا يمكن هذا الضبط ، ففي الأزعاج إذا طال مقامه ماسبق في الشوارع .

الباب الثالث

في الاعيان الخارجة من الأرض

فيه طرفان .

[الطرف الأول] : في المادن ، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من

الجواهر المطلوبة ، وهي قسبان ، ظاهرة ، وباطنة .

فالظاهرة : هي التي يبدو جوهرها بلا عمل ، وإنما السمي والعمل لتحصيله . ثم تحصيله قد يسهل ، وقد يكون فيه تعب ، وذلك كالتفقط وأحجار الرُحى ، والبيرام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحد بالاحياء والمهارة ، وإن زاد بها الثَّيْل . ولا يختص بها أيضاً المتحجر ، وليس للسلطان إقطاعها ، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية ، والكلا ، والخطب . ولو حوِّط رجل على هذه المعادن وبنى عليها داراً أو بستاناً ، لم يملك البقعة ، لفساد قصده . وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمروف ، الأول . وإذا ازدحم اثنان على معدن ظاهر ، وضاق المكان ، فالسابق أولى . ثم قال الجمهور : يقدم بأخذ قدر حاجته ، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة . قال الامام : والرجوع فيه إلى العرف ، فيأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله . وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق ، فهل يزعج ، أم يأخذ ما شاء ؟ وجهان . أصحابها عند الأصحاب : يزعج . فأما إذا جاء معاً ، فالأصح أنه يُقرع بينهما . والثاني : يجتهد الامام ويقدم من يراه أحوج وأحق . والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما . وقال المراقبون : الأوجه فيما إذا كانا يأخذان للحاجة . فإن كانا يأخذان للتجارة ، يهايأ بينهما . فإن تشاحا في الابتداء ، أقرع بينهما . والأشهر : إطلاق الأوجه . وعلى مقتضى قول المراقبين : إذا كان أحدهما تاجراً والآخر محتاج ، يشبه أن يقدم المحتاج .

فرع

[من] المعادن الظاهرة ، الملح الذي ينمقد من الماء ، وكذا الجبلي إن كان ظاهراً لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب ، والجص ، والمدر ، وأحجار النورة . وفي بعض شروح « المفتاح » ، عُدَّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة . وفي « التهذيب » ،

عد الكحل والجص منها ، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر . ولو كان بقرب الساحل بقمة ، لو حفرت وسبق الماء إليها ظهر فيها الملح ، فليست هي من المادن الظاهرة ، لأن المقصود منها يظهر بالعمل ، فللام إقطاعها ، ومن حفرها وساق الماء إليها ، وظهر الملح ، ملكها كما لو أحيأ مواتاً .

القسم الثاني : المادن الباطنة ، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة ، كالذهب ، والفضة ، والفيروزج ، والياقوت ، والرصاص ، والنحاس ، والحديد ، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض . وتردد الشيخ أبو محمد ، في أن حجر الحديد ونحوه ، من الباطنة ، أم الظاهرة ، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ ؟ والمذهب أنه باطن ، لأن الحديد لا يستخرج منه إلا بعلاج ، وليس البادي على الحجر عين الحديد ، وإنما هو في مخيلته . ولو أظهر السيل قطعة ذهب ، أو أتى بها ، التحقت بالمادن الظاهرة . إذا ثبت هذا ، فالمادن الباطن هل يملك بالحفر والعمل ؟ قولان ، لتردده بين الموات والمعدن الظاهر ، أظهرهما : لا ، رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . فإن قلنا : يملك ، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر الثَّيْل . فأما قبل الظهور ، فهو كالتحجر ، وهذا كما إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ، ملكها إذا وصل إلى الماء . وإذا اتسع الحفر ولم يوجد الثَّيْل إلا في الوسط ، أو في بعض الأطراف ، لم يقصر الملك على موضع الثَّيْل ، بل يملك أيضاً مما حواليه مما يليق بحريمه ، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب . ومن جاوز ذلك وحفر ، لم يمنع وإن وصل إلى العروق . ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات . وإن قلنا : لا يملك ، فالسابق إلى موضع منه أحق به ، لكن إذا طال مقامه ، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المادن الظاهرة . وقيل : لا يزجج هنا قطعاً ، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الاطالة ، وهنا لا يحصل إلا بمشقة فقدم السابق . ولو ازدحم اثنان ، فعلى الأوجه التي هناك . وفي جواز إقطاعها على هذا القول ،

قولان . أحدهما : المنع كالمعادن الظاهرة . وأظهرها : الجواز ، ولا يقطع إلا قدرأ
يتأشئ للمقاصح العمل عليه والأخذ منه . وعلى القولين ، يجوز العمل في المعدن الباطن
والأخذ منه بغير إذن الامام ، فانه إما كالمعدن الظاهر ، وإما كالموات .

فرع

لو أحياء مواتاً ، ثم ظهر فيه معدن باطن ، ملكه بلا خلاف ، لأنه بالأحياء ملك
الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدناً . فان علم واتخذ عليه داراً ، فطريقان .
أحدهما : على القولين السابقين . والثاني : القطع بالملك . وأما بقعة الحياة ، فقال
الامام : ظاهر المذهب ، أنها لا تملك ، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ، فالقصد
فاسد . وقيل : يملكها . وكان ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن
« الوسيط » مأخوذ من هذا .

فرع

مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن ، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية ، هل
يملك ؟ وهل يجوز إقطاعه ؟ إن قلنا : يملك بالحفر والعمل ، فهو ملك للغانين ،
وإلا ، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان .

فرع

مالك المعدن الباطن ، لا يصح منه بيعه على الصحيح ، لأن مقصوده الثَّيْل ، وهو
متفرق في طبقات الأرض ، مجهول القدر والصفة ، فهو كبيسج قدر مجموع من تراب

المدن وفيه النّيل، وهو باطل . وحكى الامام وجهاً في جوازه ، لأن المبيع رقبة
المدن والنّيل فائده .

فرع

لو تملك معدناً باطناً ، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلاً بغير إذنه ، لزمه رده ،
ولا أجره له . ولو قال المالك : اعمل فيه واستخرج النيل لي ، ففعل ، ففي استحقاقه
الأجرة الخلاف فيمن قال : اغسل ثوبي ففسل . ولو قال : اعمل فما استخرجته
فهو لك ، أو قال : استخرج لنفسك ، فالحاصل لمالك المدن ، لأنه هبة مجهول .
وكان يمكن تشبيهه باباحة ثمار البستان ، ولكن المنقول الأول . وفي استحقاقه
الأجرة ، وجهان ، لكونه عمل لنفسه ، لكن لم يقع له ، ولا هو متبرع ، وبذوتها
قال ابن سريج .

قلت : ثبوتها أصح . والله أعلم

ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة ، أو قال : فلك منه عشرة
دراهم ، لم يصح ، لأن الأول أجره مجهولة ، والثاني : قد لا يحصل هذا القدر .
الطرف الثاني : في المياه ، وهي قسنان .

أحدهما : الباحة النابغة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صنّع للآدميين في إنباطه
وإجرائه كالقنات ويجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار ،
فالناس فيها سواء ، فان حضر اثنان فصاعداً ، أخذ كل ما شاء . فان قلّ الماء
أو ضاق المشرع ، قدّم السابق . فان جاء معاً ، أفرع . وإن أراد واحد السقي
وهناك محتاج للشرب ، فالشارب أولى . قاله التولي ، ومن أخذ منه شيئاً في إناء
أو جملة في حوض ، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمة فيه ، كما لو احتطب . وفي « النهاية »

وجه : أنه لا يملكه ، لكنه أولى به من غيره . والصحيح : الأول ، وبه قطع الجمهور . وإن دخل شيء منه ملك لإنسان بسبيل ، فليس لغيره أخذه مادام فيه ، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه . فلو فعل ، فهل يملكه ، أم للمالك استرداده ؟ وجهان . أصحابها : الأول . فإذا خرج من أرضه ، أخذه من شاء .

فرع

إذا أراد قوم سقيَ أرضيهم من مثل هذا الماء ، فإن كان النهر عظيماً يفي بالجميع ، سقى من شاء متى شاء . وإن كان صغيراً ، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة ، بأن انخرقت بنفسها ، سقى الأول أرضه ، ثم يرسله إلى الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث . وكل يحبس الماء في أرضه ؟ وجهان ، الذي عليه الجمهور : أنه يحبس حتى يبلغ الكمين . والثاني : يرجع في قدر السقي إلى العادة والحاجة . وقد قال الماوردي : ليس التقدير بالكمين في كل الأزمان والبُلدان ، لأنه مقدر بالحاجة ، والحاجة تختلف باختلاف الأرض ، وباختلاف ما فيها [من] زرع وشجر ، وبوقت الزراعة ، ووقت السقي . وحكي وجه عن الداركي : أن الأعلى لا يقدم على الأسفل ، لكن يسقون بالحصص ، وهذا غريب باطل . ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً ، وبعضها منخفضاً ، ولو سقيها مما ل زاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق ، أفرد كلُّ بعض بالسقي بما هو طريقه .

قلت : طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكمين ، ثم يسده ، ثم يسقي المرتفع . والله أعلم

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى، مسكين منه على الصحيح
فلو تنازع اثنتان أرضهما متحاذيتان ، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين
يميناً وشمالاً ، فهل يقرع ، أو يقسم بينهما ، أو يقدم الامام من يراه ؟ فيه ثلاثة
أوجه حكاه المبادي .

قلت : أصحابها : يقرع . والله أعلم

ولو أراد رجل إحياء موات وسقيه من هذا النهر ، نظر ، إن ضيق على
السابقين ، منيع ، لانهم استحقوا أرضهم بمراقفها ، والماء من أعظم مراقفها ، وإلا ،
فلا منع .

فرع

عمارة حافات هذه الانهار، من وظائف بيت المال .

فرع

يجوز أن يبني عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً . وأما
[ما] بين العمران ، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين . ويجوز بناء
الرحى عليها إن كان الموضع ملكاً له أو مواتاً محضاً . وإن كانت بين الارض
المملوكة ، وتضرر الملاك ، لم يجوز ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع كالتصرف
في سائر مرافق العمارات . وأصحابها : الجواز ، كاشراع الجناح في السكة النافذة .

فصل

هذا الذي سبق ، إذا لم تكن الانهار والسواقي مملوكة . أما إذا كانت مملوكة ،
بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم ، أو من النهر المنخرق منه ،
فالماء باقٍ على إباحته ، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه ، فليس
لأحد مزاحمته لسقي الارضين . وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب ، فقال
الشيخ أبو عاصم والمتولي : ليس له المنع ، ومنهم من أطلق أنه لا يبدي أحد فيه
دلوأ ، ويمجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهراً إن لم يضيّق عليه . وإن ضيق ، فلا ،
فإن اشترك جماعة في الحفر ، اشتركوا في الملك على قدر عملهم ، فإن شرطوا أن
يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الارض ، فليكن عمل كل واحد على قدر
أرضه . فإن زاد واحد متطوعاً ، فلا شيء له على الباقيين . وإن زاد مكرهاً ، أو
شرطوا له عوضاً ، رجع عليهم بأجرة ما زاد ، وليس للأعلى حبس الماء على الأسفل ،
بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكاً . وإذا اقتسموا الماء بالايام والساعات ، جاز ،
ولكل واحد الرجوع [متى شاء] ، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن
يستوفي الشريك ، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء .
وإن اقتسموا الماء نفسه ، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة . ولو أرادوا قسمة
النهر وكان عريضاً ، جاز ، ولا يجري فيها الاجبار كما في الجدار الحائل . ولو أراد
الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر ، أثلاً يقصر الماء عنهم ، لم يجز إلا برضى
الاولين ، لأن تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضى الشريك ، ولأنهم قد
يتضررون بكثرة الماء . وكذا لا يجوز للأولين تضيق فم النهر إلا برضى الآخرين ،
وليس لأحد منهم بناء قنطرة أو رحي عليه ، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضى

الشركاء . ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه ، أو تأخيرها ، لم يجوز ، بخلاف ما لو قدم باب داره إلى رأس السكة المنسدة ، لأنه يتصرف هناك في الجدار المملوك ، وهنا في الحافة المشتركة . ولو كان لاحدم ماء في أعلى النهر ، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الاسفل ويسقي به أرضه ، فلم الرجوع متى شاؤوا ، لأنه عارية ، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك . وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفل عن أرضه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ ، لأن المنفعة فيه للباقيين . والثاني : نعم ، وهو الاصح عند المبادي ، لاشتراكهم واتفاقهم به .

فرع

كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر ، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر ، حكمتنا عند التنازع بأن لها شرباً منه . ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصائبهم ، فهل يجعل على قدر الارضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك ، أم بالسوية لأنه في أيديهم ؟ وجهان ، وبالاول قال الاصطخري رحمه الله تعالى .

قلت : هو أصحابها . والله أعلم

فرع

لو صادفنا نهراً تُسقى منه أرضون ، ولم ندر أنه حفر أم انخرق ، حكمتنا بأنه

مملوك ، لانهم أصحاب يد وارتفاع ، فلا يقدم بعضهم على بعض . وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب « المياه » للعبادي رحمه الله تعالى .

القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات .
واعلم أن البئر يتصور حفرها على أوجه . أحدها : الحفر في النازل للمارة .
والثاني : الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك ، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب . والثالث : الحفر بنية التملك . والرابع : الحفر الخالي عن هذه القُصود . فأما المحفورة للمارة ، فمأواها مشترك بينهم ، والحافر كأحدهم ، ويجوز الاستقاء منها للشرب ، وسقي الزروع ، فإن ضاق عنها ، فالشرب أولى . وأما المحفورة للارتفاق دون التملك ، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل ، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه ، وله منع غيره من سقي الزرع به . وفيه احتمال للإمام ، لأنه لم يملكه ، والاختصاص يكون بقدر الحاجة ، وبهذا قطع المتولي ، فحصل وجهان .

قلت : الأول هو الصحيح المعروف . والله أعلم

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله ، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه . قال

الإمام : وفي المزارع احتمال على بُعد .

قلت : المراد : الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره . أما الواجب بذله لمطش آدمي محترم ، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية . والله أعلم

وإذا ارتحل المرتفق ، صارت البئر كالمحفورة للمارة ، فإن عاد ، فهو كغيره .

وأما المحفورة للتملك وفي ملك ، فهل يكون مأواها مُلكاً ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، وبه قال ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في القديم ، وحرملة ، لأنه نماء ملكه ،

كالثمرة واللبن ، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه . فان قلنا : لا يملك ، فنبع وخرج منه ، ملكه من أخذه . وإن قلنا بالأصح : لا يملكه الآخذ ، ولو دخل رجل ملكه وأخذه ، ففي ملكه الوجهان . وسواء قلنا : يملك ، أم لا ، فلا يجب على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح ، ويجب بذله للماشية على الصحيح . وللوجوب شروط . أحدها : أن لا يجد صاحب الماشية ماءً مباحاً . والثاني : أن يكون هناك كلاً يُرعى ، وإلا ، فلا يجب على المذهب . وقال المتولي : فيه وجهان . الثالث : أن يكون الماء في مستقره ، فأما الماء الموجود في إناء ، فلا يجب بذل فضله على الصحيح . ثم عابرو السبيل ، يُبذل لهم ولو اشبههم . وفيمن أراد الإقامة في الموضع وجهان ، لأنه لا ضرورة [به] إلى الإقامة .

قلت : الأصح : الوجوب كغيره . وإذا وجب البذل ، مكّن الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية . فان لحقه ضرر بورودها ، منعت ، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها ، قاله الماوردي .

والله أعلم

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية ؟ وجهان حكاهما ابن كعب . أصحها : يجب ، لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم ، أولى من البذل للماشية ، على أن الامام نقل في المنع من الشرب على الاطلاق وجهين إذا قلنا : مملوك . وإذا أوجبنا البذل ، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضاً كاطعام المضطر ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، للحديث [الصحيح] ان النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء (١) .

قلت : قال الماوردي : لو كان هناك ماء ان مملوكان لرجلين ، لزماها البذل . فان اكتفت الماشية ببذل أحدها ، سقط الفرض عن الآخر ، قال : وإذا لم توجد شروط

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

بيع فضل الماء .

وجوب البذل ، جاز للمالكة أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن ، ولا يجوز بيعه مقدراً بريّ الماشية ولا الزرع . والله أعلم

وأما المحفورة بلا قصد ، ففيها وجهان . أصحها : لا اختصاص له بمائها والناس كلهم فيه سواء . والثاني : يختص بقدر حاجته ، كما أن الأحياء يفيد الملك وإن لم يقصده .

فصل

حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياها وفي وجوب البذل وغيرها ، إلا أن حفرها لجرد الارتفاق لا يكاد يقع . ومتى اشترك المملكون في الحفر ، اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك ، ثم لهم قسمة الماء بأن تُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر ، ويفتح فيها ثقب متساوية ، أو متفاوتة على قدر حقوقهم ، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق ، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبه ، والآخر ثقبين ، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه ، وله أن يدير رحى بما صار له ، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم ، ولا ينصب عليه رحى ، وإن اقتسموا بالمهاياة ، جاز أيضاً . وقد يكون الماء قليلاً لا ينتفع به إلا كذلك ، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر ، هذا هو الصحيح المعروف . وقيل : تنزم المهاياة ليشق كل واحد بالانتفاع . وقيل : لا تصح القسمة بالمهاياة ، لأن الماء يقل ويكثر ، وتختلف فائدة السقي بالأيام . قلت : لو أراد أحد أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر ، مُنْع منه ، لأنه يجعل شرباً لم يكن . والله أعلم

فرع

الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة ، لو تراضوا بمهاياه ، وجعلوا للأولين أياماً ، وللآخرين أياماً ، فهذه مساحة من الاولين بتقدم الآخرين ، وليست بلازمة والظاهر : أن من رجع من الأولين ، مُكّن من سقي أرضه .

فصل

في بيع الماء

أما المحرز في إناء أو حوض ، فبيمه صحيح على الصحيح ، وقد سبق فيه الوجه ، وليكن عمق الحوض معلوماً ، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيها ، لأنه مجهول ، ويزيد شيئاً فشيئاً فيختلط فيتمدّر التسليم . وإن باع منه آصماً ، فإن كان جارياً ، لم يصح ، إذ لا يمكن ربط العقد بمقدار . وإن كان راكداً وقلنا : إنه غير مملوك ، لم يصح . وإن قلنا : مملوك ، فقال القفال : لا يصح أيضاً ، لأنه يزيد فيختلط المبيع . والاصح : الجواز كبيع صاع من صبرة . وأما الزيادة ، قليلة ، فلا تضر ، كما لو باع القت في الأرض بشرط القطع ، وكما لو باع صاعاً من صبرة وصب عليها صبرة أخرى ، فإن البيع بحاله ، ويبقى المبيع ما بقي صاع من الصبرة . ولو باع الماء مع قراره ، نظر ، إن كان جارياً فقال : بتك هذه القناة مع مائها ، أو إن لم يكن جارياً وقلنا : إن الماء لا يملك ، لم يصح البيع في الماء ، وفي القرار قولاً تفريق الصفقة ، وإلا ، فيصح . ولو باع بئر الماء وأطلق ، أو باع داراً فيها بئر ماء ، جاز . ثم إن قلنا : يملك ، فالوجود حال البيع يبقى للبائع ، وما يحدث ، للمشتري . قال البغوي : وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر للمشتري ، لا يختلط بالماء . وإن قلنا : لا يملك ،

فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء. وليحمل على ما نبع بعد البيع ، فأما ما نبع قبله ، فلا معنى لصرفه إلى المشتري .

قلت : هذا التأويل الذي قاله الامام الرافعي فاسد ، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر ، لثبوت يده على الدار ، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص [به] . والله أعلم

ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة ، جاز ، وما يبيع مشترك بينها ، إما اختصاصاً مجرداً ، وإما ملكاً .

فرع

سقى أرضه بما مملوك لغيره ، فالغلة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء . ولو استحل صاحب الماء ، كان الطعام أطيب .

قلت : وما يتعلق بالكتاب ، ما ذكره صاحب « العدة » : أنه لو أضرمت ناراً في حطب مباح بالصحرَاء ، لم يكن له منع من يتنفع بتلك النار ، فلو جمع الحطب ، ملكه ، فإذا أضرمت فيه النار ، فله منع غيره منها . والله أعلم