كعقد الاجارة وان كان بشرط ومعاقدة لايحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقا يدل على أن ما يأخذه مقدر بالكفاية وانه ليس باجر وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة على ما بيناه قال رحمه الله (وسفر الامة وأم الولد بلا محرم) أي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا من قبل فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة رحمه الله لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زماننا لغلبة أهل الصلاح فيه وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله (وشراء ما لابد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم) أي يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لابد له منه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده وليا كان أو لم يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعا ويحتمل أن يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون في أيديهم وهكذا ذكره في الكافي واستئجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند أبي حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (وتؤجره أمه فقط) معناه ان الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان في حجرها ولا يؤجره الاخ ولا العم ولا الملتقط والفرق أن الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير ولو آجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان الصغير في يد العم فآجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز

كتاب احياء الموات

قال رحمه الله (هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر) هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به وأما تفسير الحياة فظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فأحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة أي في الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا تكون مواتا ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والأموال الضائعة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه وقال القدوري رحمه الله فما كان منها عاديا أو كان مملوكا

(قوله وقيل هو على الاختلاف عند محمد خلافا لابي يوسف واليه أشار الخصاف في نفقاته والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الشهيد وفخر الدين قاضيخان اه غاية وكتب ما نصه وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول أبي يوسف لا يجب اه غاية (قوله وذلك مثل البيع الخ) سيجيء في الوصية أن الوصي لا يتجر في مال الصغير وتقدم في المزارعة أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير اه وأما اقراض مال اليتيم فذكور في مسائل شتى اه (قوله ولو آجر الصبي نفسه لا يصح) أي لا يلزم اه نهاية

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن أو لغلبته عليها) أي وما أشبه ذلك بأن تصير الارض سبخة أو يغلب عليها الرمال اه (قوله لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي) أي وصارت خرابا وانقطع الماء عنها وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب اه (قوله فلا يكون مواتا) أي حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا اه غاية (قوله ثم ان عرف المالك فهي له) أي أو لورثته ان عرف اه

(قوله لخرابه من عهدهم) أى لاأن يكون منسوبا الى عاد لان جميع أراضى الموات لم تكن لعاد اه غاية (قوله بحيث لو وقف انسان) أى جهورى الصوت اه غاية (قوله فلا يكون) أى القريب على مذهبه اه غاية (قوله وشمس الائمة اعتمد قول أبى يوسف) يعنى أخذ بقوله وهو أن ماقرب من العامر لايكون مواتا وعليه اعتمد القدورى أيضا اه غاية (قوله فى المتن ومن أحياه) أى

فى الاسلام لايعرف له مالك بعينه فمراده بالعادى ماقدم خرابه كأنه منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجعل المملوك فى الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف فى الموات لانه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول أبى يوسف رحمه الله وحد البعد أن يكون فى مكان بحيث لو وقف انسان فى أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعى مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لايجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء مالا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس الائمة السرخسى اعتمد قول أبى يوسف قال رحمه الله (ومن أحياه باذن الامام ملكه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملكه من أحياه ولايشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه أحمد والبخارى وقال عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له رواه أحمد والترمذى وصححه ولانه مباح سبقت يده اليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه ولان هذه الاراضى كانت فى أيدى الكفرة ثم صارت فى أيدى المسلمين فصارت فيأ ولايختص بالفيء أحد دون رأى الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله لانها لم تكن فى أيدى الكفرة فلم تكن فى حكم الفيء ومرويهما كان اذنا منه عليه الصلاة والسلام لانصب شرع كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لانصب شرع على ما بيناه فى موضعه ثم اذا أحياها فهل هى خراجية أو عشرية فهى على ما بيناه فى السير وبينا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثانى أحق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح أن الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحيط الاحياء بجوانبه الاربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول فى الارض الرابعة فى المروى عن محمد رحمه الله لانه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمى بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان فى سبب الملك قال رحمه الله (وان حجر لا) أى ان حجر الارض لايملكها بالتحجير لانه ليس باحياء فى الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر أو بحصاد مافيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها أو باحراق مافيها من الشوك وغيره وكل ذلك لايفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولاتؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة فى تركها فى يده وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار ينبغى أن تكون عامة حتى تشمل جميع المتحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المتحجر له أن يحجر أى موضع شاء من دار الاسلام وأقصى دار الاسلام يقطع فى سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغى لاحد أن يحيى ذلك الموضع حتى تمضى عليه ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة وأما فى الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها

بان كربه وسقاه اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة) وقد أخذ الطحاوى فى مختصره بقول أبى حنيفة اه غاية (قوله وقالا يملكه من أحياه الخ) والشافعى أخذ بقولهما اه غاية (قوله كان اذنا منه) أى لقوم معينين اه غاية (قوله لانصب شرع) حتى يكون عاما اه غاية قوله حتى يكون عاما أى كقوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ اه غاية كل ما نقل عن الشارع على وجهين شرع واذن بشرع فالاول قوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف وأنه كثير النظير والثانى قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لان السلب ليس للقاتل عندنا مالم يقل الامام من قتل قتيلا فله سلبه ثم قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له عندهما شرع وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذن بالشرع اه مشكلات خواهر زاده (قوله فى المتن وان حجر) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف لان المراد منع الغير من الاحياء وفى المبسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لانه اذا أعلم فى موضع الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء ذلك الموضع فسمى فعله تحجيرا اه مجتبى (قوله وهو المنع أى لامن الحجر بفتح الجيم لانه ليس بشرط اه مجتبى

(قوله ونظيره الاستيام) أي على سوم غيره فانه يكره ولو فعل يجوز العقد اه (قوله أو ضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لترد الماء اه غاية (قوله تحقيقا أو تقديرا) التحقيق عند محمد والتقدير عند أبي يوسف اه من خط الشارح (قوله على ما بينا) أي أول الباب اه (قوله وعلى هذا

قالوا الخ) هكذا قال في الكافي اه (قوله في المتن ومن حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب) قال الولوالجي والتقدير بأربعين في ديارهم لان أراضيهم صلبة أما أراضينا رخوة فيزاد على الاربعين متى احتاج اليه حتى لا تتعطل منفعة بئره لعل يحيى آخر فيحفر بئرا فوق الاربعين فيتحول الماء اليه لرخوه اه وكتب ما نصه قال الاتقاني قال الطحاوي في مختصره ومن حفر بئرا للعطن في أرض ميتة فلكها على ما ذكرنا من الاختلاف في الوجه الذي يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون له الى ما ينتهي اليه الحبل وان كان بئر الناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون له الى منتهى حبلها الى هنا لفظ الطحاوي اه وكتب على قوله فله حريمها ما نصه حريم البئر نواحيه اه غاية (قوله من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا) عطنا لماشيته اه غاية قال الاتقاني والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها اه (قوله شفير البئر) قال في المغرب وشفير البئر أو النهر حرفه اه (قوله ولا فرق والاصح في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح) والمراد من بئر العطن التي يستقى منها باليد ومن بئر الناضح التي يستقى منها بالبعير كذا قالوا اه غاية وسيأتي ذلك قريبا في كلام الشارح اه

لتحقق سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر لها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال رحمه الله (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا على ما بينا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقى منها الماء قال رحمه الله (ومن حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب) لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها لانه يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى أن يبني على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كانت للعطن فأربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشاء وفي بئر العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة ورجح أصحابنا كلهم قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما روى البئر للعطن بدليل سياقه عطنا لماشيته لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد به مثل قوله تعالى وذروا البيع وكقوله تعالى الذين يأكلون الربا يتناول جميع الاشتغال والمنافع والتقييد بالبيع أو الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار يثبت الاستحقاق فيه وما زاد على ذلك أخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك ولانه يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكنه أن يدير البعير حول البئر ولا يحتاج الى الزيادة قال رحمه الله (وحريم العين خمسمائة) أي خمسمائة ذراع لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري اليه ومن موضع يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا

(قوله والذراع هي المكسرة) أي وهي ذراع العامة وهي ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام وهذا هو اختيار خواهرزاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها ألبق بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان أصحاب المساحة ذكروا في كتبهم أن الذراع هي الهاشمية وهي ثمان قبضات والقبضة أربع أصابع والاصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون اه غاية (قوله بما ذكرنا) أي من الاربعين في البئر والخمسمائة في العين اه (قوله فاذا حفر رجل الخ) قال الاتقاني فلو احتفر آخر بئرا في حريم الاول فللاول أن يكبسها ثم يعاود ويصلح ما أفسد من الارض ولو أراد مؤاخذة الثاني بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل يأمر الحافر الثاني بكبس بئره حفرها ازالة لجناية حفره كما اذا ألقى كناسة في أرض غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمنه النقصان كما يكنسه بنفسه تقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم ينبيه بنفسه ذكره الخصاف في أدب القاضي ولفظ الخصاف في الباب الحادي والعشرين من أدب القاضي وان ادعى على رجل أنه حفر في أرضه حفرة أضر ذلك بحفره أراد استحلافه على ذلك فانما عليه النقصان في ذلك ويستحلفه القاضي على الحاصل بالله ماله عليك الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف ثم لا ضمان فيما عطب في البئر الاولى سواء أحياها باذن الامام أو بغير اذنه عندهم جميعا وهذا لا يشكل على قولهما لان له أن يحفر بدون اذن الامام ولهذا ملك البئر في الحالين فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر في داره وكذلك لا اشكال في قول أبي حنيفة ان كان حفر باذن الامام أما اذا كان حفرها بلا اذن الامام ففيه اشكال على قوله وحله أن يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحياء بغير اذنه فيجعل حفره بغير اذن الامام تحجيرا لا احياء فاذا كان كذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه وما عطب في البئر الثاني يضمنه هو عندهم جميعا لانه متعد في هذا الحفر فانه حفر في ملك الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق اه اتقاني (قوله كما اذا هدم جدار غيره) قال في القنية بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط هدم جدار غيره فيقوم جداره مع جدرانها ويقوم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما ثم رقم للاجناس وقال هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته واصلاحه وفي حائط الدار يضمن النقصان وعن محمد بن الفضل ان هدم حائطا متخذا من خشب أو عتيقا من رهص يضمن قيمته وان كان حديثا يؤمر باعادته كما كان وفي درر الفقه يؤاخذ في هدم الحائط بالبناء لا بالنقصان ثم رقم للمحيط وقال يؤاخذ بالقيمة وقيل بالبناء اه قال الامام قاضيخان رحمه الله في كتاب الحظر من فتاواه رجل حفر بئرا في فناء قوم روى ابن رستم أنه يؤمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط المسجد كذلك أمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط الدار رجل ملكاله أو حفر فيها بئرا يضمن النقصان ولا يؤمر بالتسوية ولا ببناء الحائط اه وكتب ما نصه اذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه والمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وقال بعض العلماء ان كان الحائط جديدا فعليه الاعادة وان كان خلقا عتيقا لا تجب عليه الاعادة لانه لو أعاده لكان أفضل من الاول وضمان العدوان مقيد بالمثل اه استروشني (قوله في المتن وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) يعني اذا أخرج قناة في أرض موات فهي بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر كذا قال في الاصل ولم يزد على هذا وقال في الشامل القناة لها حريم مفوض الى رأي الامام لانه لا نص في الشرع وقال المشايخ هذا

والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هي المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرنا الصلابتها وفي أراضينا يزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية فتتعطل الاولى قال رحمه الله (فمن حفر في حريمها منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره فاذا حفر رجل في حريمه كان للاول أن يكبسه لما ذكرنا أنه متعد فيه فكان له أن يمنعه ويزيل تعديه ولو أراد أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذه به قيل بكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيأ في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب في البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها أما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم البئر الاولى باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له الخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله (وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه وعن محمد رحمه الله أنه بمنزلة

البئر في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم له مالم يظهر على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة أذرع حتى لا يملك غيره أن يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه وروى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك قال رحمه الله (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات) لانه ليس في ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله (وان احتمل عوده اليه اليه لا يكون مواتا) لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه قال رحمه الله (ولا حريم للنهر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقى عليه الطين عند الكري كما في النقل الى أسفله وفيه من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه أصلا نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى أسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الاصل ألا ترى أن من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البئر لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتدأة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة رحمه الله ان الحريم أشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الآخر مركب على باب دار أحدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا له باستمساك مائه به كان صاحب الارض أيضا مستعملا له بدفع الماء به عن أرضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له أن يهدمه لان صاحب الارض تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولآخر عليه جذوع ليس له أن يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وأرض لآخر خلف المسناة ليس في يد أحدهما بان لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعاها صاحب النهر أيضا فهي لصاحب الارض عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما وان كان فيه أشجار ولا يدري من غرسها فهو على هذا الاختلاف أيضا وكذا قيل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة

الذي ذكره في الاصل قولهما وعند أبي حنيفة لا حريم لها اه غاية (قوله لان صاحب النهر) كذا هو في الكافي وفي خط الشارح لان صاحب الارض فتأمل اه (قوله وقالا) هي اه غاية قوله هي أي المسناة اه (قوله وغير ذلك) الى هنا لفظ الجامع اه

﴿ مسائل الشرب ﴾ (قوله والصواب الخ) أقول كان الشارح سامحه الله تعالى توهم أن الاضافة فى كلام المصنف بمعنى اللام كغلام زيد ونصيب زيد فبادر الى تخطئة المصنف لعدم ظهور استقامته حينئذ اذ الماء لا نصيب له وهذه غفلة عظيمة من الشارح فان الاضافة فى كلام المصنف ليست بمعنى اللام بل بمعنى من لصدق تعريفها عليه وهو أن يكون المضاف بعضا من المضاف اليه وصالحا لحمله عليه كخاتم حديد وباب ساج فالخاتم بعض الحديد والباب بعض الساج والنصيب بعض الماء ويجوز أن يخبر عن المضاف وهو الحديد والساج والماء بالمضاف اليه فيقال الخاتم حديد والباب ساج والنصيب ماء فظهر لك أن ما قاله المصنف هو الصواب وما قاله الشارح من الخطا العجاب والله الموفق اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء فى ثلاثة الخ) شركة اباحة لا شركة ملك فمن سبق الى أخذ شئ من ذلك فى وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون ما سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه ويجوز فيه وصاياه كما يجوز فى أملاكه اه اتقانى (قوله والمراد بالنار الاستضاءة والاصطلاء بها) قال الاتقانى رحمه الله فأما الشركة فى النار فبيانه ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح كتاب الشرب وهو أن الرجل اذا أوقد نارا فى مفازة فان هذه النار تكون شركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء انسان وأراد أن يستضيء بضوء هذه النار أو أراد أن يحيط ثوبه حول النار أو يصطلى بها فى زمان البرد أو يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه الا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له فان له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار فأما اذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيأ من الجمرة فان لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لانه ملكه ولو أطفئ للناس لم يبق له نار يصطلى بها ويخبز بها وهذا الوجه له اه * حكم الكلأ ذكره الشارح فى البيع الفاسد عند قوله والمراعى واجارتها اه (قوله بكسر ضفته) أى ضفة النهر وهى حافته ورواها

ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه وقال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عند أبى يوسف رحمه الله حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوى وعند محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخى وذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى فى كل حين أما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق والله أعلم

﴿ مسائل الشرب ﴾ قال رحمه الله (هو نصيب الماء) أى الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى نصيب قال رحمه الله (الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوك ولكل أن يسقى أرضه ويتوضأ به ويشربه وينصب الرحى عليه ويكرى نهرا منها الى أرضه ان لم يضر بالعامة) أما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل أحد أن ينتفع به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا أحرز فقد ملك فخرج من أن يكون مباحا كالصيد اذا أحرز فلا يجوز لاحد أن ينتفع به الا باذنه وشرط جواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة بأن يميله بالكرى أو ينصب الرحى فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلأ الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والارتفاق من لهبها وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك ان كانت فى الصحراء بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه الا اذا لم يكن له قيمة قال رحمه الله (وفى الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقى دوابه لا أرضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وانما كان له حق الشرب وسقى الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس فى أرض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه الى أن يرجع الى وطنه فيحتاج الى أن يأخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقى الاراضى حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا أرضه لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقى دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته قال رحمه الله (والمحرز فى الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز

فكان أخص به كالصيد اذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ماروينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض ألا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص كل واحد منهم بماله ولا يقال هم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم بشئ منه ولانه لو أورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود كلها حتى حد الزنا ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال له اما أن تخرج الماء اليه أو تتركه بشرط أن لا يكسر ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر في أرض مملوكة له أما اذا احتفر في أرض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل والاحياء لحق مشترك وهو العشر أو الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الكلا حكم الماء حتى اذا كان في أرض مملوكة قيل للمالك اما أن تقطع وتدفع اليه والا تتركه لتأخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لان عمر رضي الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك وان كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتله بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل من صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفي الكافي قيل في البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ماروينا وقال أكثرهم له أن يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الارض ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقال بعضهم يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه قلنا في ذلك حرج بين فيدفع ولو أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره وحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض أئمة بلخ ليس ذلك الا باذن صاحب النهر والاول أصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها وليس له أن يسقي نخيله وأرضه وشجره من نهر غيره وبئره وقنانه الا باذنه فلو أن له أن يمنع من ذلك لان الماء لما دخل في المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى أرضه فيفضي الى كسر ضفته والى الحفر في حريم بئره لتسييل الماء الى أرضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه أصلا فصار في الحاصل المياه ثلاثة أنواع الانهر العظام التي لم تدخل في ملك أحد والانهار التي هي مملوكة وما صار في الاواني فقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله (وكري نهر غير مملوك من بيت المال) لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكري منه قال رحمه الله (فان لم يكن فيه شئ يجبر الناس على كريه) أي ان لم يكن في بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما في تجهيز الجيوش قال رحمه الله (وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كريه) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل

صاحب المغرب بكسر الضاد وفتحها جميعا وفي الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس اه غاية (قوله حتى اذا كان في أرض مملوكة) نقول ان كان يجد المريد للكلا في موضع (٤٠) آخر غير مملوك لاحد قريب من ذلك الموضع يقال له خذ من ذلك وان لم يجد (٣)

اه اتقاني (قوله مباح غير مملوك) قال الاتقاني لان الماء في البئر والعين لم يصر ملكا لمالكها لانه لم يوجد منه احراز فبقي مشتركا بين الناس اه (قوله وقال بعضهم يتوضأ الخ) واختلفوا في التوضؤ بماء الساقية قال بعضهم يجوز وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يحمل ماء السقاية الى بيته للشرب كذا في الفتاوى اه اتقاني (قوله وبغض سفسافها) السفساف الامر الحقير والردىء من كل شئ وهو ضد المعالي والمكارم وأصله ما يطير من غبار الدقيق اذا نخل والتراب اذا أثير اه ابن الاثير (قوله والفاصل بين الخاص والعام الخ) قال الاتقاني وجعل محمد الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة واختلف المشايخ في تحديد ذلك ولكن أحسن ما قيل فيه من التحديد هو أن الشركاء في النهر ان كانوا مادون المائة فالشركة خاصة تستحق بها الشفعة وان كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل وانما تكون للجار اه

Obeikandl.com

بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق بينهما أن في العام دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعا فيدون الضرر أولى لان الآبي لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فامكن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركائه فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لانهما استويا ويمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بأمر القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدرى حصة كل واحد منهم ولا يقال في كري النهر الخاص احياء حقوق أهل الشفة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا جبر لاجل حق أهل الشفة ألا ترى أن أهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبرهم في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ولو كان حق الشفة معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام قال رحمه الله (ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فان جاوز أرض رجل برئ) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا مؤنة الكري عليهم جميعا من أول النهر الى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء على أرضه وأفسد زرعه قلنا بين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله الى آخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فاذا استووا في الغنم وجب أن يستووا في الغرم ولابي حنيفة رحمه الله ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الاراضي منهم فاذا جاوز الكري أرض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته وبانتفاعه في أسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه بسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من أسفل وزعم بعض أصحابنا أن الكري اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والاصح أن عليه مؤنة الكري الى أن يجاوز حد أرضه واليه أشار في الاصل لان له أن يتخذ الفوهة من أي موضع شاء من أرضه ان شاء من أعلى وان شاء من أسفل فكان منتفعا بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد أرضه قال رحمه الله (ولا كري على أهل الشفة) لانهم لا يحصون اذ أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكري لا تجب على قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقي الاراضي وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال رحمه الله (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدعى اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالنهر في حق المسلمين وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن أن يملك بغير أرض بالارث والوصية وقد يبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر فأراد رب الارض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه أو حق الاجراء باثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظيره في الشرب قال رحمه الله (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) وفي الخانية الفتوى على قوله اه ابن فرشتا (قوله في المتن ولا كري على أهل الشفة) أصل الشفة شفهة ولهذا تقول في تصغيرها شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكسير يردان الاشياء الى أصولها وحذفت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أي لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بها أنعامهم اه اتقاني (قوله والحاجة الى ذلك تختلف الخ) قال في الاصل واذا كان النهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختلفوا واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر أراضيهم قال في الاجناس وحكى عن أبي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة أجربة وللآخر عشرة الا أن أرضه لا تكتفي للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله الماء بينهم نصفان وعلى قول الدقاق له أخذ الماء زيادة اه اتقاني قوله ولا يعرف كيف أصله الخ فأما اذا علم يقسم على ما كان اه اتقاني

أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب أن يستووا في الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحدهم أن يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان في السكر احداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا ينكبس النهر به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بأهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضي الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الاعلى حتى يروا وهذا يوجب بداءة أهل الاسفل قال رحمه الله (وليس لاحد أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم) لان في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفي الكسر تغيير الماء عن سننه الا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شيء من ذلك فيجوز والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد الى الاضرار بغير دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفي القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون ذلك له الا برضاهم الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويسده من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان مقنطرا مسدودا من الجانبين فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو لغير علة فان كان ذلك لا يزيد في أخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه وان كان يزيد في أخذ الماء منع منه لحق الشركاء وانما لا يكون له أن يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته أكثر مما كان يدخل قبله وكذا اذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق في مكان حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع في العمق هو العادة فلا يؤدي الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون له أن يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس له فيها شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى

(قوله حيث يستوون في ملك رقبة الطريق) يعني يقسم على عدد الرؤس (قوله حيث يكون له ذلك في الصحيح) أي لان التسفيل تصرف في خالص ملكه فأما في توسيع فم النهر يتصرف في حافتي النهر الذي يأخذ منه الماء وانه مشترك بينه وبين أصحابه ويضر بشركائه أيضا لانه بتوسيع فم النهر يأخذ من الماء أكثر من حقه فيصير غاصبا شيأ من ماء أصحابه اه اتقاني (قوله هذا النهر مع الاولى) أي الارض الاولى اه

اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالحفور لاجراء الماء فيه اليها وكذا لو أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى تنتهي الى الاخرى لانه يستحق في زيادة على حقه اذ الارض الاولى تشف بعض الماء قبل أن تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور وتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنزلس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا الان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب السفل أن ينقض ذلك وكذا ورثته من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الاعارة وهذا الان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما أن ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو أو ورثته أي وقت شاء ولان العارية غير لازمة قال رحمه الله (ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرور أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن بعقد الوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا تملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القاتل الدية وللمدعي أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه دين لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء الى أن يقضي دينه من ذلك وقيل ينتظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل في معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقار الواجب بشبهة ينتظر الى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة وان لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال رحمه الله (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان في التسبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا في أرضه لا يضمن ما عطب فيها ما فلنا وان حفر في الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة وأما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فانه ان كان أوقد مثل العادة لا يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقي المعتاد اذا كان محقا فيه بان سقى أرضه في نوبته مقدار حقه وأما اذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب والله أعلم

(قوله اذا الارض الاولى تنشف بعض الماء) أي تتشربه اه غاية (قوله والوصية ببيعه وهبته) أي لو أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يوهب له أو يتصدق عليه به اه