

كتاب ضمان إتلاف الإمام

وحكم الصيال وإتلاف البهائم

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : في ضمان يلزم الولاة بتصرفاتهم وفيه طرفان ، الأول في موجب الضمان ، والثاني في محله .

أما الأول فما يفضي إلى الهلاك من التصرفات المتعلقة بالولاة أنواع :

أحدها : التعزير ، فإذا مات منه المعزر ، وجب ضمانه ، لأنه تبين بالهلاك أنه جاوز الحد المشروع ، وحكي وجه أنه لاضمان إذا عزر لحق الآدمي بناء على أنه واجب إذا طلب المستحق فصار كالحد ، والصحيح الأول ، ويجب الضمان أيضاً في تعزير الزوج والمعلم إذا أفضى إلى الهلاك ، سواء ضربه المعلم بإذن أبيه ، أو دون إذنه ، لكن لو كان مملوكاً ، فضربه بإذن سيده ، قال البغوي : لاضمان ، لأنه لو أذن في قتله ، فقتله ، لم يضمنه ، ثم الضمان الواجب الدية على عاقلة الزوج والمعلم ، وفي حق الإمام هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ فيه خلاف سبق ويعود أيضاً إن شاء الله تعالى ، لكن لو أسرف المعزر ، وظهر منه قصد القتل ، تعلق به القصاص والدية المغلظة في ماله .

الثاني : الحد ، والحدود في غير الشرب مقدرة بالنص ، فمن مات منها ، فالحد قتلته ، فلا ضمان ، لكن لو أقيم الحد في حر أو برد مفترطين ، ففي الضمان خلاف سبق والمذهب أنه لاضمان أيضاً ، وأما حد الشرب ، فإن ضرب بالنعال وأطراف الثياب فسات منها ، ففي وجوب الضمان وجهان بناء على أنه هل يجوز أن يحد هكذا ؟ إن قلنا : نعم ،

وهو الصحيح فلا ضمان ، كسائر الحدود ، وإلا فيجب
لأنه عدل عن الجنس الواجب ، ولو ضرب أربعون جلدة ، فمات ، ففي
الضمان قولان ، ويقال : وجهان ، أحدهما : يضمن ، لأن تقديره بأربعين
كان بالاجتهاد ، والمشهور : لا ضمان ، كسائر الحدود ، لأن الصحابة
رضي الله عنهم أجمعوا على أن الشارب يضرب أربعين ، وفي الصحيح
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر أربعين ، فإن قلنا
بالضمان ، فهل يجب كل الضمان أم نصفه ، أم يوزع على التفاوت بين
أنم السياط ، والضرب بالنعال ، وأطراف الثياب ؟ فيه أوجه ، أصحها
الأول ، وإن ضربه أحداً وأربعين ، فهل يجب كل الضمان أم نصفه أم
جزء من أحد وأربعين جزءاً ؟ فيه أقوال ، أظهرها : الثالث ، وإن ضرب
اثنتين وأربعين وقلنا بالثالث ، وجب جزءان من اثنتين وأربعين ، وعلى
هذا القياس ، حتى إذا ضرب ثمانين استوى القول الثاني والثالث ،
ووجب النصف ، ولو جلد في القذف أحداً وثمانين ، فمات ، فهل يجب
نصف الدية ، أم جزء من أحد وثمانين جزءاً منها ؟ فيه القولان ، ثم إن
كانت الزيادة من الجلاذ ولم يأمره الإمام إلا بالثمانين ، فالضمان على
اختلاف القولين على الجلاذ ، وإن أمر الإمام بذلك ، فالضمان متعلق
بالإمام ، وكذا لو قال الإمام : اضرب وأنا أعد ، فغلط في العد ، فزاد
على الثمانين ، ولو أمر الإمام بثمانين في الشرب ، فزاد الجلاذ جلدة
واحدة ، ومات المجلود فأربعة أوجه ، أصحها : توزع الدية أحد وثمانون
جزءاً ، يسقط منها أربعون ويجب أربعون على الإمام ، وجزء على
الجلاذ ، والثاني : يسقط ثلث الدية ، ويجب على الإمام ثلث ، وعلى
الجلاذ ثلث ، والثالث : يسقط نصفها ، ويجب على الإمام ربع ، وعلى
الجلاذ ربع ، والرابع : يسقط نصفها ، ويوزع نصفها على أحد وأربعين
جزءاً : أربعون على الإمام ، وجزء على الجلاذ .

الثالث : الاستصلاح بقطع سلعة وبالاختان وفيه مسائل :

إحداها : في حكم قطع السلعة من العاقل المستقل بأمر نفسه ، والسلعة بكسر السين وهي غدة تخرج بين اللحم والجلدة نحو الحصاة إلى الجوزة فما فوقها ، وقد يخاف منها ، وقد لا يخاف ، لكن تشين . فإن لم يكن في قطعها خطر ، وأراد المستقل قطعها لإزالة الشين ، فله قطعها بنفسه ، ولغيره بإذنه ، وإن كان في قطعها خطر ، نظر إن لم يكن في بقائها خطر ، لم يجز القطع لإزالة الشين ، فإن كان في بقائها خوف أيضاً ، نظر إن كان الخطر في القطع أكثر ، لم يجز القطع ، وإن كان في الإبقاء أكثر ، جاز القطع على الصحيح ، وقيل : لا ، لأنه فتح باب الروح بخلاف الإبقاء ، وإن تساوى الخطر ، جاز القطع على الأصح ، إذ لا معنى لل منع مما لا خطر فيه ، وأما من عظمت آلامه ولم يطقها ، فأراد أن يريح نفسه بهلاك مذفق ، فيحرم ذلك ، فلو وقع في نار علم أنه لا ينجو منها ، وأمكنه أن يلقي نفسه في بحر ، ورأى ذلك أهون عليه من الصبر على لفحات النار ، فله ذلك على الأصح ، وهو قول الشيخ أبي محمد ، ولو تأكل بعض الأعضاء ، فهو كسلعة يخاف منها ، ولو قطع السلعة ، أو العضو المتأكل من المستقل قاطع بغير إذنه ، فمات ، لزمه القصاص ، سواء فيه الإمام وغيره ، لأنه متعد .

الثانية : المولى عليه لصغر أو جنون ، يجوز لوليه الخاص وهو الأب والجد أن يقطع من السلعة واليد المتأكلة ، وإن كان فيه خوف وخطر إذا كان الخطر في الترك أكثر ، وليس للسلطان ذلك ، لأن القطع يحتاج إلى نظر دقيق ، وفراغ تام ، وشفقة كاملة ، كما أن للأب والجد تزويج البكر الصغيرة دون السلطان ، قال الإمام : وقد ذكرنا عند استواء الطرفين في الخوف خلافاً في أن المستقل هل له القطع من نفسه ، والأصح

والحالة هذه أنه لا يقطع من طفله ، وأما مالا خطر فيه ولا خوف غالباً ، كالفسد والحجامة وقطع سلعة بلا خطر ، فيجوز فعله للولي الخاص . وكذا للسلطان ، وفي « التهذيب » وجه أن القطع المخطر لا يجوز للولي الخاص . وفي « جمع الجوامع » للرويانى وجه أنه لا يجوز للسلطان الفصد والحجامة . والصحيح ما سبق ، وليس للأجنبي المعالجة ولا القطع المخطر بحال ، ولو فعل ، فسرى ومات به ، تعلق بفعله القصاص والضمان ، وأما السلطان إذا فعل بالصبي ما منعناه . فسرى إلى نفسه ، فعليه الدية مغلظة في ماله . لتعديه ، وقيل : في كونه في بيت المال ، أو على عاقلته القولان ، كما لو أخطأ ، لأنه قصد الإصلاح ، والمذهب الأول . وفي وجوب القصاص قولان ، أظهرهما : لا يجب ، لأنه قصد الإصلاح . واستبعد الأئمة وجوب القصاص . وقال صاحب « الافصاح » : القولان إذا كان للصبي أب أوجد ، فإن لم يكونا فلا قود بلا خلاف ، لأنه لا بد له ممن يقوم بشأته ، وهذا راجع إلى أن للسلطان قطع السلعة ، ولو قطع الأب والجد السلعة حيث لا يجوز ، فمات ، فلا قصاص للبعضية ، وتجب الدية في ماله ، وقيل : لاضمان على الأب أصلاً ، لأن ولايته أتم وإنما يقطعها للشفقة ، وأما ما يجوز للأب والسلطان من فصد الصغير وحجامته وقطع سلعته للأب إذا أفضى إلى تلف ، فلا ضمان فيه على الأصح ، وبه قال الجماهير ، لئلا يمتنع من ذلك ، فيتضرر الصغير بخلاف التعزير .

الثالثة : الختان واجب في حق الرجال والنساء . وقيل :

سنة ، وقيل : واجب في الرجل ، سنة في المرأة ، والصحيح المعروف هو الأول ، وختان الرجل : قطع الجلد التي تغطي الحشفة حتى تنكشف جميع الحشفة ، ويقال لتلك الجلد : القلفة ، قال الإمام : فلو بقي مقدار ينسبط على سطح الحشفة ، وجب قطعه ، حتى لا يبقى جلد

متجاف ، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب ، وقال ابن كج : عندي يكفي قطع شيء من الحشفة وإن قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها ، وأما من المرأة ، فتقطع من اللحم التي في أعلى الفرج فوق مخرج البول ، وتشبه تلك اللحمية عرف الديك ، فإذا قطعت ، بقي أصلها كالنواة ، ويكفي أن يقطع ما يقع عليه الاسم ، قال الأصحاب : وإنما يجب الختان بعد البلوغ ، ويستحب أن يختن في السابع من ولادته إلا أن يكون ضعيفاً لا يحتمله فيؤخر حتى يحتمله ، قال الإمام : ولو كان الرجل ضعيف الخلقة بحيث لو ختن خيف عليه ، لم يجز أن يختن ، بل ينتظر حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته ، وفي وجهه في تعليق القاضي حسين ، وهو مقتضى كلام البغوي : لا يجوز ختان الصغير حتى يبلغ عشر سنين •

قلت ولنا وجه في « البيان » وغيره أنه يجب على الولي ختان الصغير قبل بلوغه ، لأنه أرفق ، فعليه النظر له ، والصحيح أنه لا يجب حتى يبلغ ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة ؟ وجهان في « المستظهري » أصحهما : لا ، وحكاه عن الأكثرين ، وأما الخنثى ، فلا يختن في صغره ، فإذا بلغ فوجهان ، أحدهما : يجب ختان فرجه ليتوصل إلى المستحق ، وبهذا قطع في « البيان » وأصحهما : لا يجوز ختانه ، لأن الجرح لا يجوز بالشك ، وبه قطع البغوي ، فعلى الأول : إن أحسن الختان ، ختن نفسه ، وإلا اشترى جارية تختنه ، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة ، كالتطبيب ، ولو كان لرجل ذكران ، إن كانا عاملين ، ختناه ، وإن كان أحدهما ، ختن وحده ، وهل يعرف العمل بالجماع أو البول ؟ وجهان • والله أعلم

فرع

مؤنة الختان في مال المختون ، وفي وجهه : يجب على الوالد إذا ختن صغيراً .

فرع

إذا بلغ غير مختون ، أمره به الإمام ، فإن امتنع ، أجبره . فإن ختن المستنع ، فمات ، فلا ضمان ، لأنه مات من واجب . لكن لو وقع ختانه في حر أو برد شديدين . ففي الضمان خلاف سبق في الزنى ، والمذهب وجوبه ، وأجرى الإمام هذا الخلاف فيما لو ختنه الأب في حر أو برد شديدين ، وجعل الأب أولى بنفي الضمان ، لأن الأب هو الذي يتولى الختان غالباً ، فهو في حقه كالحد في حق الإمام . ومن ختن صبيّاً في سن لا يحتمله ، فمات منه ، لزمه القصاص . سواء الولي وغيره ، لكن لاقتصاص على الأب والجدة للبعضية ، وعليهما الدية . وإن كان في سن يحتمله ، فمات ، نظر إن ختنه أبوه أو جده ، أو الإمام إذا لم يكن له ولي غيره ، فلا ضمان على الأصح ، وإن ختنه أجنبي ، فقال البغوي : يحتمل أن يبنى على ختن الإمام في الحر الشديد ، إن ضنناه ، ضمن هنا . وإلا فلا ، وقال السرخسي : يبنى على أن الجرح اليسير هل فيه قصاص؟ وفيه وجهان ، إن قلنا : نعم ، فهو عمد ، وإلا فثبته عمد ، وإذا أوجبنا الضمان في الختان في حر شديد ، فالواجب نصف الضمان على الأصح . وقيل : كله .

الطرف الثاني في محل ضمان إتلاف الإمام

فما تعدى به من التصرفات ، وقصر فيه ، أو أخطأ لا يتعلق بالحكم ، بأن رمى صيداً ، فقتل إنساناً ، حكمه فيه حكم سائر الناس ، فيجب

في ماله ، أو على عاقلته ، وأما الضمان الواجب بخطئه في الأحكام وإقامة الحدود ، فهل هو على عاقلته ، أم في بيت المال ؟ قولان ، أظهرهما : على عاقلته وقد سبقا في باب العاقلة ، فإن قلنا : على العاقلة ، فالكفارة في ماله ، وإن قلنا : على بيت المال ، فهل الكفارة في بيت المال أم في ماله ؟ وجهان ، فلو ضرب الإمام في الخمر ثمانين ، ومات المجلود ، ففي محل الضمان القولان ، ولو جلد حاملاً حداً ، فألقت جنيناً ميتاً ، ففي محل الغرة القولان إن جهل حملها ، فإن علمه ، فقليل : بالقولين ، والمذهب أنها على عاقلته ، لأنه عدل عن الصواب عمداً ، ولو انفصل حياً ومات ، وجب كل الدية ومحلها على ما ذكرنا ، ولو ماتت الحامل ، فقد أطلق في « المختصر » أنه لا يضمنها ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : إن ماتت من الجلد وحده ، بأن ماتت قبل الإجهاض ، فلا ضمان وهو موضع النص ، وذكر ابن الصباغ أن فيه والحالة هذه الخلاف فيما لوحده في حر مفروط ، فمات ، وإن ماتت من الإجهاض وحده ، بأن أجهضت ، ثم ماتت ، وأحيل الموت على الإجهاض ، وجب كمال ديته ، وإن قيل : ماتت بالحد والإجهاض جميعاً ، وجب نصف ديته .

فرع

سنذكر في الشهادات إن شاء الله تعالى أن القاضي إذا حكم بشهادة اثنين ، ثم بانا عشرين أو ذميين ، نقض الحكم ، وإن بانا فاسقين ، نقضه على الأظهر ، فلو أقام الحد بشهادة اثنين ، ثم بانا ذميين أو عشرين أو امرأتين أو مراهقين أو فاسقين ، ومات المحدود ، فقد بان بطلان الحكم ، فينظر إن قصر في البحث عن حالهما ، فالضمان عليه لا يتعلق ببيت المال ولا بالعاقلة أيضاً إن تعمد ، قال الإمام : وإنما يتردد في وجوب القصاص ، والراجح الوجوب ، لأن الهجوم على القتل ممنوع

منه بالإجماع ، ويحتمل أن لا يجب بإسناده القتل إلى صورة البينة ، وإن لم يقصر في البحث ، بل بذل وسعه ، جرى القولان في أن الضمان على عاقلته أم في بيت المال ، ثم إذا ضمنت العاقلة أو بيت المال ، فهل يثبت الرجوع على الشاهدين ؟ فيه أوجه ، أحدها : نعم ، لأنهما غرا القاضي ، وأصحهما : لا ، لأنهما يزعمان أنهما صادقان ، ولم يوجد منهما تعد ، وقد ينسب القاضي إلى تقصير في البحث ، والثالث : يثبت الرجوع للعاقلة دون بيت المال ، فإن أثبتنا الرجوع ، طوب الذميان في الحال ، وفي العبدین يتعلق بذمتهما على الأصح ، وقيل : بالرقبة ، وأما المراهقان ، فإن قلنا : يتعلق برقبة العبدین نزلنا ما وجد منهما منزلة الإلتلاف ، وإلا فقول الصبي لا يصلح للالتزام ، فلا رجوع ، وإن بانا فاسقين ، فإن قلنا : لا ينقض الحكم ، فلا أثر له ، وإن قلنا : ينقض ، ففي الرجوع عليهما أوجه ، أحدها : نعم كالعبدین ، والثاني : لا ، لأن العبد مأمور بإظهار حاله بخلاف الفاسق ، وأصحها : إن كان مجاهرأً بالفسق ، ثبت الرجوع ، لأن عليه أن يمتنع من الشهادة ، ولأن قبول شهادته مع مجاهرته يشعر بتعزيزه ، وإن كان مكاتماً ، فلا .

فرع

قتل الجلاذ وضربه بأمر الإمام كمباشرة الإمام إذا لم يعلم ظلمه وخطأه ، ويتعلق الضمان والقصاص بالإمام دون الجلاذ ، لأنه آله ، ولو ضمنه لم يتول الجلاذ أحد ، وإن علم أن الإمام ظالم أو مخطيء ، ولم يكرهه الإمام عليه فالقصاص والضمان على الجلاذ دون الإمام ، لأنه إذا علم الحال لزمه الامتناع ، ويجيء على قولنا : أمر الإمام إكراه ، أن يكون هذا كما لو أكرهه ، وإن أكرهه ، فالضمان عليهما ، وإن اقتضى الحال القصاص ، وجب على الإمام ، وفي الجلاذ قولان ، ولو أمره بضربه

وقال : أنا ظالم في ضربه ، فضربه الجلاذ ومات ، قال البغوي : إن قلنا : أمر السلطان ليس بإكراه ، فالضمان على الجلاذ ، وإن قلنا : إكراه ، فإن قلنا : لا ضمان على المكره ، فالضمان على الإمام ، ولو قال : افعل إن شئت ، فليس بإكراه قطعاً ، ولو قال : اضرب ما شئت ، أو ما أحببت ، لم تكن له الزيادة على الحد ، فإن زاد ، ضمن ، ولو أمره بقتل في محل الاجتهاد ، كقتل مسلم بذي ، وحر بعد ، والإمام والجلاذ يعتقدان أنه غير جائز ، فقتله ، قال البغوي القود عليهما إن جعلنا أمر السلطان إكراهاً ، وأوجبنا القود على المكره والمكره جميعاً ، ولو اعتقد الجلاذ منعه ، والإمام جوازه ، أو ظن أن الإمام اختار ذلك المذهب ، ففي وجوب القصاص والضمان على الجلاذ وجهان ، أصحهما عند الأصحاب : الوجوب ، وبه قطع ابن الصباغ والبغوي وغيرهما ، لأن واجبه الامتناع ، فإن أكره فحكمه معروف ، والثاني : لا اعتبار باعتقاد الإمام ولو كان الإمام لا يعتقد جواز قتل حرب بعد ، فأمره به تاركاً للبحث ، وكان الجلاذ يعتقد جوازه ، فقتله عملاً باعتقاده ، فقد بني على الوجهين قتله ، فإن اعتبرنا اعتقاد الإمام ، وجب القصاص ، وإن اعتبرنا اعتقاد الجلاذ ، فلا ، قال الإمام : وهذا ضعيف هنا ، لأن الجلاذ مختار عالم بحال ، والإمام لم يفوض إليه ، النظر والاجتهاد بل القتل فقط ، فالجلاذ كالمستقل •

فصل

لا ضمان على الحجام إذا حجم أو فصد بإذن من يعتبر إذنه ، فأفضى إلى تلف ، وكذا لو قطع سلعة بالأذن للمعنى الذي ذكرناه في الجلاذ بخلاف من قطع يداً صحيحة بإذن صاحبها ، فمات منه ، حيث توجب الدية على قول ، لأن الإذن هناك لا يبيح القتل ، وهنا الفعل جائز

لغرض صحيح ، وأما إذا قطع بالإذن ، ووقف القطع فلم يسر ، فلا ضمان
بلا خلاف • وبالله التوفيق •

الباب الثاني في الصيال

هو متضمن لمعرفة الصائل وهو المدفوع ، والمصول عليه وهو
المدفوع عنه ، وكيفية الدفع وحكمه • أما الصائل ، فكل قاصد من مسلم
وذمي وعبد وحر وصبي ومجنون وبهيمة ، يجوز دفعه فإن أبى الدفع
على نفسه ، فلا ضمان بقصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة ، ولو
سقطت جرة من علو ، واستوت على رأس إنسان ، وخاف منها ونم
يمكنه دفعها إلا بإتلافها ، ففي الضمان وجهان ، أحدهما : يجب ، لأنه
قصد لها بخلاف الآدمي والبهيمة ، ولو حالت بهيمة بين جائع وطعامه
في بيت ، ولم يصله إلا بقتلها ، ففي الضمان الوجهان ، ويمكن أن يجعل
الأصح هنا نفي الضمان كما ذكرنا فيما لو عم الجراد المسالك فوطئه
المحرم •

أما المصول عليه ، فيجوز الدفع عن النفس والطرف ومنفعته ،
والبضع ومقدماته ، وعن المال وإن قل إذا كانت المذكورات معصومة ،
ويجوز لغير المصول عليه الدفع ، وله دفع مسلم صال على ذمي ، وأب
صال على ابنه ، وسيد صال على عبده ، لأنهم معصومون مظلومون ،
وحكى الإمام قولاً قديماً أنه لا يجوز الدفع عن المال إذا لم يحصل
الدفع إلا بقتل ، أو قطع طرف ، والمشهور الأول ، وبه قطع الجماهير ،
وفي الحديث الصحيح : « من قتل دون ماله فهو شهيد » فله الدفع
في كل هذه الصور ، وإن أتى الدفع على الصائل ، فلا ضمان فيه ، ولو
وجده ينال من جاريته مادون الفرج ، فله دفعه ، وإن أتى على نفسه
وللأجنبي دفعه كذلك حسبة ، ويجوز أن يكون المدفوع عنه ملك

القاصد ، فمن رأى إنساناً يتلف مال نفسه ، بأن يحرق كدسه ، ويفرق متاعه ، جاز له دفعه ، وإن كان حيواناً بأن رآه يشدخ رأس حماره ، وجب على الأجنبي دفعه على الأصح وبه قطع البغوي ، لحرمة الحيوان ، أما كيفية الدفع ، فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون ، فإن أمكنه الدفع بالكلام ، أو الصياح ، أو الاستغاثة بالناس ، لم يكن له الضرب ، وكذا لو اندفع شره ، بأن وقع في ماء أو نار ، أو انكسرت رجله ، لم يضربه ، وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم ، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه ، قال ابن الصباغ : فله رمية ومنعه العبور ، أما إذا لم يندفع الصائل إلا بالضرب ، فله الضرب ، ويراعى فيه الترتيب ، فإن أمكن باليد ، لم يضربه بسوط ، وإن أمكن بسوط ، لم يجز بالعصا ، ولو أمكن بقطع عضو ، لم يجز إهلاكه ، وإذا أمكن بدرجة ، فدفعه بما فوقها ، ضمن ، وكذا لو هرب فتبعه بضربه ، ضمن ، ولو ضربه ضربة فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى ، فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره ، فإن مات منهما ، لم يجب قصاص النفس ، ويجب نصف الدية ، لأنه هلك من مضمون وغيره ، ولو عاد بعد الجرحين ، فصال ، فضربه ثلاثة فمات منها ، لزمه ثلث الدية ، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده ، فله دفعه بما يمكنه ، وإن لم يضربه المقبل ، ولو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا ، ولم يجد المصول عليه إلا سيفاً أو سكيناً ، فالصحيح أن له الضرب به ، لأنه لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب سوط ، والمعتبر في حق كل شخص حاجته ، ولذلك نقول : الحاذق الذي يحسن الدفع بأطراف السيف من غير جرح يضمن إن جرح ، ومن لا يحسن ، لا يضمن بالجرح ، ولو قدر المصول عليه على الهرب ، أو التحصن بموضع حصين ، أو على

الالتجاء إلى فئة هل يلزمه ذلك ، أم له أن يثبت ويقاتل ؟ فيه اختلاف
نص ، وللأصحاب طريقان ، أصحابهما : على قولين ، أظهرهما : يجب
الهرب ، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون ، والطريق الثاني : حمل
نص الهرب على من تيقن النجاة بالهرب ، والآخر على من لم يتيقن •

فرع

عض شخص يده ، أو عضواً آخر ، فليخلصه بأيسر الممكن ، فإن
أمكن رفع لحييه ، وتخليص ما عضه ، فعل ، وإلا ضرب شدقه ليدعه ،
فإن لم يمكنه وسل يده ، فسقطت أسنانه ، فلا ضمان ، وسواء كان
العاض ظالماً أو مظلوماً ، لأن العض لا يجوز بحال ، ومتى أمكنه التخلص
بضرب فمه ، لا يجوز العدول إلى غيره ، فإن لم يمكنه إلا بعضو آخر ،
بأن يبعج بطنه ، أو يفقأ عينه ، أو يعصر خصييه ، فله ذلك على الصحيح ،
وقيل : ليس له قصد عضو آخر •

فصل

أما حكم الدفع ، فقد ذكرنا أنه جائز ، وهل يجب أم يجوز
الاستسلام وترك الدفع ، ينظر إن قصد أخذ المال ، أو إتلافه ولم يكن
ذا روح ، لم يجب الدفع ، لأن إباحة المال جائزة ، وإن قصد أهله ،
وجب عليه الدفع بما أمكنه ، لأنه لا مجال فيه ، وشرط البغوي للوجوب
أن لا يخاف على نفسه ، وإن قصد نفسه ، نظر إن كان كافراً ، وجب الدفع ،
وأشار الروياني إلى أنه لا يجب ، بل يستحب وهو غلط ، والصواب
الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وإن كان بهيمة ، وجب ، وإن كان مسلماً
فقولان ، وقيل : وجهان ، أظهرهما : لا يجب الدفع ، بل له الاستسلام ،
والثاني : يجب ، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله ،

وجب ، وإلا فلا ، والقائلون بجواز الاستسلام ، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب ، وهو ظاهر الأحاديث ، وإن كان الصائل مجنوناً ، أو مراهقاً ، فقليل : لا يجوز الاستسلام قطعاً ، لأنهما لا إثم عليهما ، كالبهيمة ، والمذهب طرد القولين لحرمة الآدمي ، ورضى بالشهادة . وهل يجب الدفع عن الغير ؟ فيه ثلاث طرق ، أصحها : أنه كالدفع عن نفسه ، فيجب حيث يجب ، ولا يجب حيث لا يجب ، والثاني : القطع بالوجوب ، لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره ، والثالث ونسبته الإمام إلى معظم الأصوليين : القطع بالمنع ، لأن شهر السلاح يحرك الفتن ، وليس ذلك من شأن آحاد الناس ، وإنما هو وظيفة الإمام ، وعلى هذا هل يحرم أم يجوز ؟ فيه خلاف عنهم ، فإن أوجبنا ، فذلك إذا لم يخف على نفسه ، ثم قال الإمام : الخلاف في أن آحاد الناس هل لهم شهر السلاح حسبة لا يختص بالصيال ، بل من أقدم على محرم ، من شرب خمر أو غيره ، هل لآحاد الناس منعه بما يجرح ويأتي على النفس ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم نهياً عن المنكر ، ومنعاً من المعصية ، والثاني : لا ، خوفاً من الفتن ، ونسب الثاني إلى الأصوليين ، والأول إلى الفقهاء ، وهو الموجود للأصحاب في كتب المذهب ، حتى قال الفوراني والبعوي والرويان وغيرهم : من علم خمرأ في بيت رجل ، أو ظنبوراً ، وعلم شربه ، أو ضربه ، فله أن يهجم على صاحب البيت ، ويريق الخمر ، ويفصل الطنبور ، ويمنع أهل الدار الشرب والضرب ، فإن لم ينتهوا ، فله قتالهم وإن أتى القتال عليهم ، وهو مثاب على ذلك ، وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي أن من رآه مكباً على معصية من زنى أو شرب خمر ، أو رآه يشدخ شاة أو عبداً ، فله دفعه ، وإن أتى الدفع عليه ، فلا ضمان .

فصل

إذا وجد رجلاً يزني بامرأته أو غيرها ، لزمه منعه ودفعه ، فإن هلك في الدفع ، فلا شيء عليه ، وإن اندفع بضرب غيره ثم قتله ، لزمه القصاص إن لم يكن الزاني محصناً ، فإن كان ، فلا قصاص على الصحيح . وقد سبق في الجنايات ، وإذا قال : قتلته لذلك ، وأنكر وليه ، فعلى القاتل البينة ، وينظر إن ادعى أنه قصد امرأته ، فدفعه فأثى الدفع على نفسه . ثبت ذلك بشاهدين ، وإن ادعى أنه زنى بها وهو محصن . لم يثبت الزنى إلا بأربعة ، فإن لم يكن بينة ، حلف ولي القاتل على نفي العلم بما يقوله . وممكن من القصاص ، ولو كان للقتيل وارثان . فحلف أحدهما . ونكل الآخر ، حلف القاتل للآخر ، وعليه نصف الدية للحالف . وإن كان أحدهما بالغاً ، والآخر صغيراً ، وحلف البالغ . لم يقتض حتى يبلغ الصغير ، فيحلف ، أو يموت ، فيحلف وارثه ، وإن أخذ البالغ نصف الدية حكى الروياني أنه يؤخذ للصغير أيضاً ، فإذا بلغ ، حلف ، فإن نكل وحلف القاتل ، رد عليه ما أخذ ، ولو أقر الورثة أن مورثهم كان معها تحت ثوب يتحرك تحرك المجامع وأنزل ، ولم يقرؤا بما يوجب الحد ، لم يسقط القصاص ، وإن أقرؤا بما يوجب وقالوا : كان بكراً ، فالقول قولهم ، وعلى القاتل البينة بالحصان ، ولو أخرج سارق المتاع من حرزه ، ثم ألقاه وهرب ، لم يكن له أن يتبعه فيضربه ، فإن تبعه ، فقطع يده التي وجب قطعها بالسرقة ، فلا قصاص ، لأنها مستحقة الإزالة ، وكذا في قطع الطريق إذا قطع ما وجب قطعه منه لا قصاص ، لكن يعزر لاقتنائه ، ويجيء في وجوب القصاص الخلاف السابق في الزاني المحصن ، ولو وجب الجلد على زان ، فجلده واحد من الناس ، لم يقع حداً إلا بإذن الإمام بخلاف القطع ، وفي تعليق إبراهيم المروذي وجهان فيمن جلد رجلاً ثمانين ، وقال : كان قذفي ، وأقام بينة به ، هل يحسب ذلك عن

الحد؟ وبني على الوجهين أنه إن عاش هل يعاد الحد ، وإن مات هل يجب القصاص على الضارب ؟ •

فصل

إذا نظر إلى حرمة إنسان في داره من كوة ، أو ثقب ، أو شق باب ، فنهاه صاحب الدار ، فلم ينته ، فرماه بحصاة ونحوها ، فأصاب عينه فأعماه ، أو أصاب قريباً من عينه فجرحه ، فلا ضمان ، وإن سرى إلى النفس ، لم يضمن ، قال الشافعي رحمه الله : ولو ثبت المطلع ، ولم يندفع بعد رميه بالشيء الخفيف ، استغاث عليه صاحب الدار ، فإن لم يكن في موضع غوث ، قال : أحببت أن ينشده بالله تعالى ، فإن لم يندفع ، فله ضربه بالسلاح ويناله بما يردعه ، فإن أتى على نفسه ، فلا ضمان ، ولو لم نل منه صاحب الدار ، عاقبه السلطان ، وسواء كان وقوف الناظر في الشارع أو في سكة منسدة الأسفل ، أو في ملك نفسه ، إذ ليس للواقف في ملكه مد النظر إلى حرم الناس ، وعن القاضي حسين وجه ضعيف أنه ليس له قصد عينه إذا وقف في الشارع ، أو ملك نفسه ، وإنما يقصده إذا وقف في ملك المنظور إليه وليس بشيء ، ثم إنما يرمي عينه إذا قصد النظر والتطلع ، أما إذا كان مخطئاً ، أو وقع بصره اتفاقاً ، وعلم صاحب الدار الحال ، فلا يرميه ، فلو رماه ، وقال الناظر : لم أكن قاصداً ، أو لم أطلع على شيء ، فلا شيء على الرامي ، لأن الاطلاع حاصل ، وقصده أمر باطن لا يطلع عليه ، وهذا ذهاب إلى جواز الرمي من غير تحقق قصده ، وفي كلام الإمام ما يدل على أنه لا يرمي حتى يتبين الحال ، وهو حسن •

فرع

هل يجوز رميه قبل إنذاره ؟ وجهان ، أحدهما يحكى عن الشيخ أبي حامد والقاضي حسين : لا ، بل ينذره ويذرجه ويأمره بالانصراف ،

فإن أصر ، رماه ، جرياً على قياس الدفع بالأهون ، ولأنه قد يكون له عذر ، وأصحهما وبه قال الماسرجسي ، والقاضي أبو الطيب ، وجزم به الغزالي : يجوز رميه قبل الإنذار ، واستدل صاحب « التريب » بجواز الرمي هنا قبل الإنذار على أنه لا يجب تقديم الكلام في دفع كل صائل ، وأنه يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل ، قال الإمام : مجال التردد في كلامه هو موعظة قد تفيد وقد لا تفيد ، فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة مزعجة ، فيجب قطعاً ، وهذا أحسن ، وينبغي أن يقال : مالا يوثق بكونه دافعاً ، ويخاف من الابتداء به مبادرة الصائل لا يجب الابتداء به قطعاً .

فرع

ليكن الرمي بشيء خفيف تقصد العين بمثله ، كبنفقة وحصى خفيفة ، أما إذا رشقه بنشاب ، أو رماه بحجر ثقيل ، فيتعلق به القصاص والدية ، لكن لو لم يمكن قصد عينه ، أو لم ينزجر ، فيستغث عليه ويدفعه بما أمكنه كما سبق ، ولا يقصد رمي غير العين إذا أمكنه إصابتها ، فإن لم يمكن ، فرمى عضواً آخر ، ففي « التهذيب » حكاية وجهين فيه ، ونقل أنه لو أصاب موضعاً بعيداً عن عينه بلا قصد ، فلا يضمن على الأصح ، والأشبه ما ذكره الروياني أنه إن رماه ، فأصاب غير العين ، فإن كان بعيداً لا يخطئ من العين إليه ، ضمن ، وإن كان قريباً يخطئ إليه ، لم يضمن .

فرع

لو كان للناظر محرم في الدار ، أو زوجة ، أو متاع ، لم يجز قصد عينه ، لأن له في النظر شبهة ، وقيل : لا يكفي أن يكون في الدار محرم ، بل لا يمنع قصد عينه إلا إذا لم يكن في الدار إلا محارمه .

والصحيح الأول : ولو كان الناظر محرماً لحرم صاحب الدار ، فلا يرمى إلا أن تكون متجردة ، إذ ليس للمحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة .

فرع

لو لم يكن في الدار حرم ، بل كان فيها المالك وحده ، فإن كان مكشوف العورة ، فله الرمي ولا ضآن ، وإلا فوجهان . أحدهما : لا يجوز رميه ، والثاني : يجوز ، لأن من الأحوال ما يكره الاطلاع عليه ، ولو كان الحرم في الدار مستترات بالثياب ، أو في بيت ، أو منعطف لا يستد النظر إليهن ، فهل يجوز قصد عينه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لعموم الأحاديث ، ولأنه يريد سترهن عن الأعين وإن كن مستورات بثياب ، ولأن الحرم في الدار لا يدرى متى يسترن وينكشفن ، فيحسم باب النظر .

فرع

لو كان باب الدار مفتوحاً ، فنظر منه ، أو من كوة واسعة ، أو ثلثة في الجدار ، فإن كان مجتازاً ، لم يجز رميه ، وإن وقف ونظر متعمداً ، لم يجز رميه أيضاً في الأصح ، لتفريط صاحب الدار ، ولو نظر من سطح نفسه ، أو نظر المؤذن من المنارة ، جاز رميه في الأصح ، إذ لا تفريط من صاحب الدار ، ولو وضع الأعمى عينه على شق الباب ، فرماه . ضمن ، سواء علم عناه ، أم لا ، ولو نظرت المرأة أو المراهق ، جاز رميهما على الأصح ، ولو قعد في طريق مكشوف العورة ، فنظر إليه ناظر ، لم يجز له رميه ، لأنه الهاتك حرمة ، قال ابن المربان : لو دخل مسجداً ، وكشف عورته ، وأغلق الباب أو لم يغلقه ، فنظر إليه إنسان ، لم يكن له رميه ، لأن الموضع لا يختص به ، ولو كانت الدار ملكاً للناظر ، قال السرخسي :

إن كان من فيها غاصباً ، لم يكن له الرمي ، وإن كان مستأجراً ، فله ذلك ،
وفي المستعير وجهان •

فرع

لو انصرف الناظر قبل الرمي إليه ، لم يجز أن يتبعه ويرميه ،
كالصائل إذا أدبر •

فرع

لو دخل دار رجل بغير إذنه . فله أمره بالخروج ودفعه ، كما يدفعه
عن سائر أمواله ، والأصح أنه لا يدفعه قبل الإنذار ، كسائر أنواع
الدفع ، وبه قال الماسرجسي ، ثم هل يتعين قصد رجله لكون الدخول بها
كما يتعين قصد العين في النظر ، أم لا يتعين ، لأنه دخل بجميع البدن ؟
وجهان ، أصحهما : الثاني ، وهل يجوز قصد العين ؟ وجهان ، قال أبو
إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة والطبري : يجوز ، لأنه بأول الهجوم
متطلع ، ومنهم من منعه ، والأصح : أن له دفعه بما يتيسر ، ولا يتعين
قصد عضو بعينه ، ولا يستتبع قصد عضو • ودخول الخيمة في الصحراء ،
كالدار في البنيان ، ولو أخذ المتاع وخرج ، فله أن يتبعه ويقاتله إلى أن
يطرح متاعه ، ولو قتله وقال : قتلته ، لأنه كابر ولم يخرج ، وأنكر
الولي : فهو المصدق ، وعلى القاتل البينة ، وإن قال : قتلته ، لأنه
قصدني ، فكذلك ، وقد ذكر أنه يحتاج إلى بينة بأنه دخل داره مقبلاً
شاهراً سلاحه ، ولا تكفي بينة بأنه دخل داره بسلاح من غير شهر •

فرع

لو وضع أذنه على شق الباب ، أو وقف على الباب يتسمع ، لم يجز
رمي أذنه ، إذ ليس السمع كالبصر في الاطلاع على العورات ، وقال
الإمام : وفي بعض التعاليق عن شيخه وجه ، ولا أثق بالمعلق •

فصل في مسائل من الصيال

قال ابن كج : لو صال عليه فحل ، وأمكنه الهرب ، فلم يهرب وقتله دفعاً . هل يلزمه الضمان ؟ يبنى على أنه هل يجب الهرب إذا صال عليه إنسان ، إن قلنا : نعم ، ضمن ، وإلا فلا ، وأبدى تردداً في حل أكل لحم البهيمة التي تلفت بالدفع ، قال إبراهيم المروذي : إن لم يصب المذبح ، لم تحل . وإن أصابه ، فوجهان ، لأنه لم يقصد الذبح والأكل ، ولو صال العبد المبيع على البائع ، أو أجنبي قبل القبض ، فقتله دفعاً ، انفسخ العقد . ولو صال على المشتري فقتله ، ففي مصيره قابضاً وجهان . ولو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكه ، فقتله دفعاً ، لم يبرأ الغاصب والمستعير على الأصح ، وفي « البيان » أنه لو قطع يد الصائل دفعاً ، فلما ولى تبعه فقتله ، لزمه القصاص في النفس ، ثم حكى عن بعض الأصحاب أن لورثة المصول عليه أن يرجعوا في تركة الصائل بنصف الدية ، قال : والذي يقتضيه المذهب ، أنهم لا يرجعون بشيء ، لأن النفس لا تنقص بنقص اليد .

الباب الثالث

في ضمان ماتلفه البهائم

إذا اتلفت البهيمة ، فإما أن لا يكون معها أحد من مالك وغيره ، وإما أن يكون .

الحال الأول :

أن لا يكون أحد ، وأتلفت زرعاً أو غيره ، نظر إن أتلفته بالنهار ، فلا ضمان على صاحبها ، وإن أتلفته بالليل ، لزم صاحبها الضمان ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولأن العادة أن أصحاب الزروع والبساتين يحفظونها نهاراً ، ولا بد من إرسال المواشي للرعي ، ثم العادة أنها لا تترك

منتشرة ليلاً ، فإذا تركها ليلاً ، فقد قصر ، فضسن . ولو جرت العادة في ناحية بالعكس ، فكانوا يرسلون المواشي ليلاً للرعي ، ويحفظونها نهاراً ، وكانوا يحفظون الزرع ليلاً ، فوجهان ، أصحهما : ينعكس الحكم ، فيضن ما أتلفته بالنهار دون الليل اتباعاً لمعنى الخبر والعادة ، والثاني : لتأثير للعادة ويتعلق به فروع •

الأول : المزارع في الصحراء والبساتين التي لاجدار لها ، حكما ما ذكرنا ، أما إذا كان الزرع في محوط ، وكان للبساتين باب يغلق ، فتركه مفتوحاً فوجهان ، أحدهما : الحكم كذلك لإطلاق الحديث ولأن العادة حفظ البهائم وربطها ليلاً ، فأرسالها تقصير ، وأصحهما : لا ضسان وإن أتلقت بالليل ، لأن التقصير من صاحب الزرع بفتح الباب •

الثاني : إننا يعتاد إرسال المواشي إذا كان هناك مراعى بعيدة عن المزارع ، وحينئذ إن فرض انتشارها إلى أطراف المزارع ، لم يعد تقصيراً ، فأما إذا كانت المراعى متوسطة للمزارع ، أو كانت البهائم ترعى في حريم السواقي ، فلا يعتاد إرسالها بلا راع ، فإن أرسلها ، فقصر ضامن لما أفسدته وإن كان نهاراً ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور •

الثالث : لو ربط بهيمته ، وأغلق بابه ، واحتاط على العادة ، ففتح الباب لص ، أو انهدم الجدار ، فخرجت ليلاً ، فلا ضسان ، إذ لا تقصير ، ولو قصر صاحب البهيمه ، وحضر صاحب الزرع ، فإن قدر على تنفيرها ، فليفعل ، فإن تهاون فهو المقصر المضيع لزرعه ، فلا ضسان على الصحيح ، وينبغي أن لا يبالغ التنفير والإبعاد ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، فإن زاد ، فضاعت ، قال إبراهيم المروذي : لزمه الضسان وتصير داخله في ضسانه بالتباعد فوق قدر الحاجة . ولو أخرجها من زرع وأدخلها في زرع غيره ، فافسده ، لزمه الضسان . فإن كانت محفوفة بمزارع الناس ، ولم

يمكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة غيره ، لم يجز أن يقي مال نفسه بمال غيره ، بل يصبر ويغرم صاحبها .

الرابع : إذا أرسل دابة في البلد ، فأتلقت شيئاً ، ضمن على الأصح ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا تعلق إرسال الدابة وضبطها باختياره ، فإن انفلتت ، لم يضمن ما أتلفته بحال ، ولو ربط دابته في موات ، أو ملك نفسه ، وغاب عنها ، لم يضمن ما تتلفه ، وإن ربطها في الطريق على باب داره ، أو في موضع آخر ، لزمه الضمان ، سواء كان الطريق ضيقاً أو واسعاً ، لأن الارتفاق في الطريق إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة ، كإشراع الجناح ، وقيل : إن كان واسعاً ، فلا ضمان ، والصحيح المنصوص هو الأول ، ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه بإذن الإمام ودون إذنه .

فرع

إذا أرسل الحمام ، أو غيرها من الطير ، فكسرت شيئاً ، أو التقطت حباً ، فلا ضمان ، لأن العادة إرسالها ، ذكره ابن الصباغ .

الحال الثاني : إذا كان مع البهيمة شخص ، ضمن ما أتلفته من نفس ومال ، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً ، وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها ، وسواء أتلقت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها ، لأنها تحت يده وعليه تعهدها وحفظها ، وسواء كان الذي مع البهيمة مالِكها أو أجيره ، أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً ، لشمول اليد ، وسواء البهيمة الواحدة والعدد ، كالإبل المقطورة ، وحكى ابن كنج وجهاً أنه إن كانت الماشية ما تساق ، كالغنم ، فساقها ، لم يضمن ، وإن كانت ما يقاد ،

فساقها ، ضمن ، والصحيح أنه يضمن في الحالين وبه قطع الجماهير ، ولو كان معها قائد وسائق ، فالضمان عليهما نصفين ، وفي الراكب مع السائق أو القائد وجهان ، أحدهما : عليهما نصفين ، والثاني : يخص الراكب بالضمان لقوة يده وتصرفه ، ولو اجتمع راكب وسائق وقائد ، فهل يختص الراكب بالضمان أم يجب عليهم أثلاثاً ؟ وجهان ، ولو كان يسير دابة ، فنخسها إنسان ، فرمحت وأتلفت شيئاً ، فالضمان على الناحس على الصحيح ، وقيل : عليهما ، ولو انفلتت الدابة من يد صاحبها وأتلفت شيئاً ، فلا ضمان عليه من يده ، فلو أمسك على اللجام ، وركبت رأسها فهل يضمن ما تتلفه ؟ قولان ، وعن صاحب «التلخيص» طرد الخلاف ، وإن لم يكن معها الراكب ، كما إذا غلبت السفينتان الملاحين ، قال الإمام : والدابة النزقة التي لا تنضبط بالكبح ، والترديد في معاطف اللجام ، لا تركب في الأسواق ، ومن ركبها ، فهو مقصر ضامن لما تتلفه ، وإذا راثت الدابة ، أو بالت في سيرها في الطريق ، فزلق به إنسان ، وتلفت نفس أو مال ، أو فسد شيء من رشاش الوحل بمشائها وقت الوحول والأنداء ، أو مما يثور من الغبار ، وقد يضر ذلك بشباب البرازين والفواكه ، فلا ضمان في كل ذلك ، لأن الطريق لا يخلو عنه ، والمنع من الطرق لا سبيل إليه ، لكن ينبغي أن يحترز مما لا يعتاد ، كالركض المفرط في الوحل ، والإجراء في مجتمع الوحول ، فإن خالف ، ضمن ما يحدث منه ، وكذا لو ساق الإبل في الأسواق غير مقطورة ، لأنه لا يمكن ضبطها حينئذ ، وإذا بالت الدابة ، أو راثت في الطريق وقد وقفها فيه ، فأفضى المرور في موضع البول إلى تلف ، فعلى الخلاف السابق فيما لو أتلفت الدابة الموقوفة هناك شيئاً ، والمذهب : أنه لا ضمان وقيل : يفرق بين طريق واسع وضيق ، وعن ابن الوكيل وجه أنه يجوز أن تقف الدابة في الطريق مطلقاً ، كما يجوز أن يجربها ، فإذا بالت أو

رائت في وقوفها ، وتلف به إنسان ، فلا ضمان ، ولو كان يركض دابته ، فأصاب شيء من موضع السنايك عين إنسان ، وأبطل ضوءها ، فإن كان الموضع موضع ركض ، فلا ضمان ، وإلا فيضمن ، ولو كان يسوق دابة عليها حطب ، أو حملة على ظهره ، أو على عجلة ، فاحتك ببناء وأسقطه ، لزمه ضمانه ، وإن دخل السوق به ، وتلف منه مال أو نفس ، ففي « التهذيب » وغيره أنه إن كان ذلك وقت الزحام ، ضمن ، وإن لم يكن زحام ، وتمزق ثوبه بخشبة تعلقت به مثلاً ، فإن كان صاحب الثوب مستقبلاً للدابة ، فلا ضمان ، لأن التقصير منه إلا أن يكون أعمى ، فعلى صاحب الدابة إعلامه ، وإن كان يمشي قدام الدابة ، لزم صاحبها الضمان إذا لم يعلمه ، لأنه مقصر في العادة ، وإن كان من صاحب الثوب جذبه أيضاً بأن تعلقت الخشبة بثوبه فجذبه وجذبتها الدابة ، فعلى صاحبها نصف الضمان ، ولو كان يمشي ، فوقع مقدم مداسه على مؤخر مداس غيره وتمزق ، لزمه نصف الضمان ، لأنه تمزق بفعله وفعل صاحبه ، هكذا ذكره إبراهيم المروذي ، وينبغي أن يقال : إن تمزق مؤخر مداس السابق ، فالضمان على اللاحق ، وإن تمزق مقدم مداس اللاحق ، فلا ضمان على السابق ، وجميع ما ذكرنا في وجوب الضمان على صاحب الدابة هو فيما إذا لم يوجد من صاحب المال تقصير ، فإن وجد بأن عرضه للدابة ، أو وضعه في الطريق ، فلا ضمان على صاحب الدابة .

فرع

إذا كانت له هرة تأخذ الطيور ، وتقلب القدور ، فأتلقت شيئاً فهل على صاحبها ضمان ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً ، لأن مثل هذه الهرة ينبغي أن تربط ويكف شرها ، وكذا الحكم في كل حيوان تولع بالتعدي ، والثاني : لا ضمان ، سواء أتلقت ليلاً

أو نهاراً ، لأن العادة لا تربط ، أما إذا لم يعهد منها ذلك فوجهان ،
أصحهما : لاضمان ، لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها ، والثاني :
يفرق بين الليل والنهار كما سبق في البهيمة ، وأطلق الإمام في ضمان
ما تتلفه الهرة أربعة أوجه ، أحدها : يضمن ، والثاني : لا ، والثالث :
يضمن ليلاً لا نهاراً ، كالبهيمة ، والرابع : عكسه ، لأن الأشياء تحفظ
عنها ليلاً ، وإذا أخذت الهرة حمامة وهي حية ، جاز قتل أذننها وضرب
فمها لترسلها ، وإذا قصدت الحمام ، فأهلك في الدفع ، فلا ضمان ، فلو
صارت ضارية مفسدة فهل يجوز قتلها في حال سكونها ؟ وجهان ،
أصحهما وبه قال القفال : لا يجوز ، لأن ضراوتها عارضة والتحرز عنها
سهل ، وقال القاضي حسين : تلتحق بالفواسق الخمس ، فيجوز قتلها ،
ولا يختص بحال ظهور الشر ، قال الإمام : وقد انتظم لي كلام الأصحاب
أن الفواسق مقتولات لا يعصمها الاقتناء ، ولا يجري الملك عليها ، ولا
أثر لليد والاختصاص فيها •

فرع

لو كان في داره كلب عقور ، أو دابة رموح ، فدخلها إنسان ،
فرمحته ، أو عضه الكلب ، فلا ضمان إن دخل بغير إذن صاحب الدار ،
أو يذنه وأعلمه بحال الكلب والدابة ، وإن لم يعلمه فقولان ، كما لو
وضع بين يديه طعاماً مسموماً ، ومنهم من خص الخلاف بمن كان أعمى ،
أو في ظلمة ، وقطع بنفي الضمان إذا كان بصيراً يرى •

فرع

لو ابتلعت البهيمة في مرورها جوهرة ، ضمنها صاحبها إن كان
معها . أو وجد منه تقصير ، بأن طرح لؤلؤة غيره بين يدي دجاجة ، وإلا
فوجهان ، أحدهما : يفرق بين الليل والنهار ، كالزرع ، والثاني : يضمن

ليلاً ونهاراً ، وإذا أوجبنا الضمان ، فطلب صاحب الجوهرة ذبحها ورد الجوهرة ، فقد سبق بيانه في الغصب •

فصل

في مسائل منثورة من الباب ، وربما سبق بعضها فاعلمناه ، أو صح في فتاوى البغوي أن الراعي كالمالك يضمن ما أتلفته الدابة في يده ، ولو كان عنده دابة ودیعة ، فأرسلها فأتلفت ، لزمه الضمان ليلاً كان أو نهاراً ، لأن عليه حفظها ليلاً ونهاراً ، وفي هذا توقف ، ويشبه أن يقال : عليه حفظها بحسب ما يحفظ الملاك ، وأنه لو استأجر رجلاً لحفظ دوابه ، فأتلفت زرعاً ليلاً أو نهاراً ، فعلى الأجير الضمان ، لأن عليه حفظها في الوقتين ، وذكر أنه رأى المسألة كذلك في طريقة العراق •

قلت ينبغي أن لا يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت ليلاً كان أو نهاراً ، لأن على صاحب الزرع حفظه نهاراً ، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه • والله أعلم

وأنه لو دخلت دابة ملك رجل فأخرجها ، ضمن ، كما لو هبت الريح بشوب في حجره ، فألقاه ، ضمن ، بل عليه ردها إلى المالك ، فإن لم يجده سلمها إلى الحاكم إلا أن تكون مسيئة من جهة المالك ، كالإبل والبقر ، وعلى هذا فالذي سبق أنه يخرجها من زرعه إلا إذا كان زرعه محفوظاً بزرع الغير يحتمل على ما إذا كانت مسيئة من جهة المالك ، وأنها لو دخلت بهيمة أرضه ، فتلف زرعه ، دفعها كما يدفعها لو صالت ، فإن نجاها عن الزرع ، واندفع ضررها ، لم يجز إخراجها عن الملك ، لأن شغلها المكان وإن كان فيه ضرر بحيث لا يبيع إضاعة مال غيره ، ولو أن مالكا أدخلها في ملك صاحب الأرض بغير إذنه ، فأخرجها بعد غيبة

مالكها ، أو وضع إنسان متاعه في المفازة على دابة شخص بغير إذنه ، وغاب ، ألقاه صاحب الدابة ، فيحتمل وجهين في الضمان وعدمه ، وأنه لو كان يقطع شجرة في ملكه ، فسقطت على رجل أحد النظارة ، فانكسرت ، فإن عرف القاطع أنها إذا سقطت تصيب الناظر ، ولم يعرف الناظر ذلك ، ولا أعلمه القاطع ، ضمن القاطع ، سواء دخل ملكه بإذنه أو بغير إذنه ، وإن عرف الناظر ذلك ، أو عرفاه جميعاً ، أو جهلاه ، فلا ضمان ، وأنه لو دخلت بقرة ملكه ، فأخرجها من ثلثة ، فهلكت ، ضمن إن لم تكن الثلثة بحيث تخرج البقرة منها بسهولة ، وأنه لو دخلت دابة ملكه ، فرمحت صاحب الملك ، فمات ، فحكم الضمان كما لو أتلقت زرعه ، يفرق بين الليل والنهار ، وإذا أوجبنا الضمان ، فالدية على العاقلة ، كحفر البئر ، وأنه لو ركب صبي أو بالغ دابة رجل دون إذنه ، فغلبته الدابة وأتلقت شيئاً ، فعلى الراكب الضمان بخلاف ما لو ركب المالك ، فغلبته ، حيث لا يضمن في قول ، لأنه غير متعد ، وأنه إذا أهاجت الرياح وأظلم النهار ، ففترقت غنم الراعي ووقعت في زرع ، فأفسدته ، فالراعي مغلوب ، وفي وجوب الضمان عليه قولان ، أظهرهما : لا ضمان ، وكذا الحكم لو ند بعير من صاحبه ، فأتلقت شيئاً ، ولو نام وتفرقت الأغنام وأتلقت ، ضمن لتقصيره ، وأن الرجل لو كان على دابة ، فسقطت ميتة وأهلكت شيئاً ، أو مات الراكب وسقط على شيء ، لم يضمن ، وكذا لو انتفخ ميت ، وتكسر بسبب انتفاخه قارورة بخلاف الطفل يسقط على قارورة ، يضمن ، لأن للطفل فعلاً بخلاف الميت ، وأنه لو استقبل دابة فردها ، فأتلقت في انصرافها شيئاً ، ضمنه الراد ، ولو نخسها ، فأسقطت الراكب ، أو رمحت منه إنساناً ، فأتلقت ، فعلى الناحس الضمان ، فإن نخس بإذن الراكب ، تعلق الضمان بالراكب ،

ولو حل قيداً عن دابة ، فخرجت وأتلفت شيئاً ، لا يضمن ، كما لو أبطل
الحرز فأخذ المال ، وأنه لو سقطت دابة في وهدة ، فنفر من سقطها بعير
وهلك ، لا يجب ضمانه على صاحب الدابة ، وأنه إذا ابتاع بهيمة بثمن
في ذمته ، فأتلفت على المشتري مالا ، ضمنه البائع ، لأنها في يده ، كما
لو أتلفت المستعارة شيئاً على المعير ، يضمنه المستعير ، وأنه لو ألقى
نخاعته في الحمام ، فزلق بها حر أو عبد وانكسر ، لزمه الضمان إن
ألقاها على الممر وبالله التوفيق •

* * *