

الميت، لأنه لما ضرب ولم يعلم بالولدين في بطنها كان الضرب خطأ.

بَابُ مَا يُخَيِّئُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ وَغَيْرِهِ

لما ذكر القتل مباشرة شرع فيه تسبيحاً فقال (أخرج إلى طريق العامة كنيهاً) بيت الخلاء (أو ميزاباً أو جرصناً كبرج وجذع وممر علو وحوض طاقة ونحوها. عيني. أو دكاناً جاز) إحدائه (إن لم يضرب بالعامة) ولم يمنع منه، فإن ضرراً لم يجل كما سيجيء (ولكل أحد من أهل الخصومة)

الولد الميت) لو أسقط تجب وغطف الغرة على الدية لكان أولى، ليفيد أنها على العاقلة أيضاً، وإنما لم تجب فيه الدية أيضاً لعدم التحقق بحياته كما مر. قوله: (لأنه لما ضرب النخ) تعليل لوجوب الدية على عاقلته لا في ماله، إذ لو كان الضرب بالنسبة للولد عمداً لم تجب على العاقلة، ومقتضاه لو علم بالولدين وقصد ضربهما أيضاً أنه تجب دية الحي في ماله في ثلاث سنين لسقوط القصاص بشبهة الأبوة، أما لو علم بهما ولم يقصد ضربهما بل قصد ضرب الأم فقط لا تجب دية الحي في ماله، كمن قصد رمي شخص فنفذ منه السهم إلى آخر. تأمل. والله تعالى أعلم.

بَابُ مَا يُخَيِّئُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ وَغَيْرِهِ

قوله: (إلى طريق العامة) أي النافذة الواقعة في الأمصار والقرى دون الطريق في المفاوز والصحارى لأنه يمكن العدول عنها غالباً كما في الزاهدي، وطريق العامة ما لا يحصى قومه، أو ما تركه للمرور قوم بنوا دوراً في أرض غير مملوكة فهي باقية على ملك العامة، وهذا مختار شيخ الإسلام والأول مختار الإمام الحلواني كما في العمادي. قهستاني. قوله: (أو جرصناً) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد المهملة، وهو دخيل: أي ليس بعربي أصلي، فقد اختلف فيه: فقيل البرج، وقيل مجرى ماء يركب في الحائط. وعن الإمام البزدوي: جذع يخرج الإنسان من الحائط ليبي عليه. مغرب. قال العيني: وقيل هو المر على العلو وهو مثل الرف، وقيل هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور، وقيل هو الذي يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها هـ. قوله: (كبرج النخ) حكاية للأقوال المارة في تفسير الجرصن. قوله: (ونحوها) هو في عبارة العيني بمعنى نحو الكيزان. قوله: (أو دكاناً) هو الموضع المرتفع مثل المصطبة. عيني. قوله: (فإن ضرراً لم يجل) كان عليه أن يقول «فإن ضرراً أو منع لم يجل» هـ. وفي القهستاني: ويجل له الانتفاع بها وإن منع عنه كما في الكرمانى. وقال الطحاوي: إنه لو منع عنه لا يباح له الإحداث ويأثم بالانتفاع والترك كما في الذخيرة. قوله: (من أهل الخصومة) هو الحرّ البالغ العاقل، بخلاف العبيد والصبيان المحجورين. وأفاد في الدر المنتقى أن لهم

ولو ذمياً (منعه) ابتداء (ومطالبته بنقضه) ورفع (بعده) أي بعد البناء، سواء كان فيه ضرر أو لا، وقيل إنما ينقص بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك وإلا كان تعنتاً. زيلعي (هذا) كله (إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام) زاد الصفار: ولم يكن للمطالب مثله (وإن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه) أو بنى بإذن الإمام (لا) ينقض (وإن كان يضرّ بالعمامة لا يجوز إحدائه) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار في

ذلك بالإذن. قوله: (ولو ذمياً) لأن له حقاً في الطريق. كفاية. وعبرة التاترخانية: ويدخل فيه الكافر خصوصاً إذا كان ذمياً اه. فتنبه. قوله: (سواء كان فيه ضرر أو لا) هذا هو الصحيح من مذهب الإمام. وقال محمد: له المنع لا الرفع. وقال أبو يوسف: لا ولا، وهذا إذا علم إحدائه، فلو لم يعلم جعل حديثاً للإمام نقضه. وعن أبي يوسف: إنما ينقضه إن ضرّ بهم. در منتقى. قوله: (وقيل الخ) قائله إسماعيل الصفار كما في الزيلعي. قوله: (وإلا كان تعنتاً) لأنه لو أراد إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه. كفاية. قوله: (بغير إذن الإمام) فإن أذن فليس لأحد أن يلزمه وأن ينازعه، لكن لا ينبغي للإمام أن يأذن به إذا ضرّ بالناس بأن كان الطريق ضيقاً، ولو رأى المصلحة مع ذلك وأذن جازاً اه. حموي عن مسكين. وفي الشمني أنه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف، أذن الإمام أو لم يأذن اه ط. ولعل المراد بأثم به. وإن لم يكن لأحد منازعته، لأن منازعة ما يوضع بإذن الإمام اقتيات على الإمام، فلا يخالف ما قبله. تأمل. قوله: (زاد الصفار الخ) هو القيل المتقدم المفصل فلا وجه لإعادته، وظاهر كلامهم اعتماد الإطلاق لحكايتهم، هذا القول منسوباً إلى الصفار بعد حكاية الحكم أولاً مطلقاً، فكأنه قول الجميع، والوجه: أن النهي عن المنكر لا يتقيد بكون الناهي متباعداً عن هذا المنكر كما سبق في الحظر ط.

أقول: هذا الوجه إنما يظهر لو كان فيه ضرر لأنه حينئذ منكر، فتدبر. قوله: (وإن بنى للمسلمين) أي ولم يضرّ بهم كما في الكفاية والقهستاني. قوله: (أو بنى بإذن الإمام) ظاهره أنه لو بنى بإذنه فليس لأحد منازعته وإن ضرر وقدمناه صريحاً عن مسكين، ويدل عليه ما سيأتي من عدم الضمان لو بإذن الإمام، وفي الكفاية وغيرها: قال أبو حنيفة: لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع، وأن يكلفه الرفع بعد الوضع، سواء كان فيه ضرر أو لا إذا وضع بغير إذن الإمام، لأن التدبير فيما يكون للعمامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذي وضع بغير إذنه يفتات على رأي الإمام فيه فلكل أحد أن ينكره عليه اه. والافتيات السابق. صحاح. فافهم. قوله: (وإن كان يضر) مقابل قوله جاز إن لم يضر. قوله: (لا ضرر ولا ضرار) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، لأن الضرر بمعنى الضر ويكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضر من شرك. مغرب. والضرر في الجزاء هو أن يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص

الإسلام» (والقعود في الطريق لبيع وشراء) يجوز إن لم يضر بأحد، وإلا لا (على هذا التفصيل) السابق، وهذا في النافذ (وفي غير النافذ لا يجوز أن يتصرف بإحداث مطلقاً) أضر بهم أو لا (إلا بإذنتهم) لأنه كالمملك الخاص بهم، ثم الأصل فيما جهل حاله أن يجعل حديثاً لو في طريق العامة، وقديماً لو في طريق الخاصة. برجندي (فإن مات أحد) من الناس (بسقوطها عليه فديته على عاقلته) أي عاقلة المخرج

وغيره. كفاية. قوله: (والقعود) وكذا الغرس. قهستاني. قوله: (يجوز إن لم يضر بأحد) الأنسب في التعبير أن يضع هذه الجملة بعد قوله «على هذا التفصيل» ط. قوله: (وفي غير النافذ الخ) المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعله الملك فقد تنفذ، وهي مملوكة وقد يسدّ منفذها، وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالباً فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه. كفاية عن الجامع الصغير لفخر الإسلام. قوله: (لا يجوز أن يتصرف بإحداث) أقول في الخانية: قال أبو حنيفة: الطريق لو كان غير نافذ فلاصحابه أن يضعوا فيه الخشبة، ويربطوا فيه الدواب، ويتوضؤوا فيه، فلو عطب أحد لا يضمن، وإن بنى أو حفر بئراً ضمن اهـ.

وفي جامع الفصولين: أراد أن يتخذ طيناً فيه، فلو ترك من الطريق قدر المرور، ويتخذ في الأحيان مرة ويرفعه سريعاً فله ذلك، ولكل إمساك الدواب على باب داره، لأن السكة التي لا تنفذ كدار مشتركة، ولكل من الشركاء أن يسكن في بعض الدار لا أن يبني فيها، وإمساك الدواب في بلادنا من السكنى اهـ.

وفي التاترخانية: إن فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه، وإن من جملة السكنى فالقياس كذلك، والاستحسان لا يضمن شيئاً اهـ. ومثله في الكفاية.

أقول: وبه ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شيء مما كالميزاب والدكان ونحو ذلك مما يبقى كما أفاده السائحاني. قوله: (إلا بإذنتهم) أي كلهم حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن لما في الخانية رجل أحدث بناء أو غرفة على سكة غير نافذة ورضي بها أهل السكة فجاء رجل من غير أهلها واشترى داراً منها كان للمشتري أن يأمر صاحب الغرفة برفعها اهـ. سائحاني. قوله: (لأنه كالمملك) الأولى لأنه ملك بلا تشبيه كما فعل في الهداية، ودل عليه ما قدمناه عن الجامع. قوله: (ثم الأصل الخ) فائدته أن الحديث للإمام نقضه والقديم لا ينقضه أحد كما في القهستاني. قال السائحاني: فإن برهنا فبينة القدم في البناء تقدم، وفي الكافي بينة الحدوث فعلها في غير البناء كمسيل واستطراق. وقال الشيخ خير الدين عن الصغرى: يجعل أقصى الوقت الذي تحفظه الناس حدّ القديم، وهذا في غاية الحسن اهـ. قوله: (فديته على عاقلته) وكذا لو جرحه إن بلغ أرشه أرش الموضحة، وإن

لتسببه (كما) تدي العاقلة .

(لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً) أو تراباً أو طيناً . ملتقى (فتلف به إنسان) لأنه سبب (فإن تلف به) أي بواحد من المذكورات (بهيمة ضمن) في ماله (إن لم يأذن به الإمام، فإن أذن) الإمام (في ذلك أو مات واقع في بئر طريق جوعاً أو عطشاً أو غماً لا) ضمان، به يفتى . خلاصة . خلافاً لمحمد (ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلاً فقتله فلا ضمان) أصلاً لكونه في ملكه فلم يكن تعدياً (وإن أصاب الخارج) أو وسطه . بزازية (فالضمان على واضعه) لتعديه ولو مستأجراً أو مستعيراً وغاصباً ولا يبطل الضمان بالبيع لبقاء فعله وهو الموجب للضمان، بخلاف الحائض المائل كما بسطه الزيلعي (ولو أصابه الطرفان) من الميزاب

كان دونه ففي ماله كفاية، وأشعر بأنه لا تجب الكفارة، ولا يحرم من الميراث كما في الذخيرة . قهستاني . قوله : (ملتقى) زاد في الشرح : وكذا كل ما فعل في طريق العامة ا هـ . وفي الملتقى أيضاً : ويضمن من صب الماء في الطريق ما عطب به، وكذا إن رشه بحيث يزلق أو توضع به، وإن فعل شيئاً من ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قد فيها أو وضع متاعه لا يضمن، وكذا إن رش ما لا يزلق عادة أو رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه لا يضمن الراش، ووضع الخشبة كالمروور في استيعاب الطريق وعدمه، وإن رش فناء حانوت يأذن صاحبه فالضمان على الأمر استحساناً ا هـ . قوله : (في ماله) لأن العاقلة تتحمل النفس دون المال . هداية . قوله : (إن لم يأذن به) أي بما ذكر من إحداث الكنيف والجرصن والدكان، ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق . أفاده القهستاني . قوله : (الإمام) أي السلطان . قهستاني . قوله : (فإن أذن الخ) لأنه غير متعد حيثئذ، فإن للإمام ولاية عامة على الطريق إذ ناب عن العامة، فكان كمن فعله في ملكه . قهستاني . قال في الدر المنتقى : لكن إنما يجوز الإذن إذا لم يضر بالعامة وتامة فيه . فتنبه . قوله : (جوعاً أو عطشاً) لأنه مات بمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . زيلعي . قوله : (أو غماً) أي انخناًقاً بالعفونة . قال في الصحاح : يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر عناية . وضبطه في الشرنبلالية بالضم، ثم نقل عن شرح المجمع الفتح . قوله : (خلافاً لمحمد) فأوجب الضمان في الكل، ووافق أبو يوسف الإمام في الجوع لا الغم ط . قوله : (أو وسطه) المراد وسطه الذي هو خارج عن ملك الوضع، لأن العلة في الضمان هي التعدي بشغل هواء الطريق كما ذكره الزيلعي، وهو بهذا المعنى يشمله لفظ الخارج فلا حاجة إليه، ولعله أراد بالخارج الطرف الأخير، فصح له ذكر الوسط، ومحل الضمان فيه وفيما قبله إذا لم يأذن الإمام أو أرباب المحلة كما تقدم، ويدل عليه التعليل بالتعدي ا هـ . قوله : (فالضمان على واضعه) أي على عاقلته، وكذا يقال فيما بعد لأنه تسبب ط . قوله : (كما بسطه الزيلعي) حيث قال : ولو أشرع جناحاً إلى الطريق

(وعلم ذلك وجب) على واضعه (النصف وهدر لنصف، ولو لم يعلم أيّ طرف) منهما (أصابه ضمن النصف استحساناً) زيلعي (ومن نحى حجراً وضعه آخر فعبط به رجل ضمن) لأن فعل الأول نسخ بفعل الثاني (كمن حمل على رأسه) أو ظهره (شيئاً في الطريق فسقط منه على آخر أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة في مسجد غيره) أي جعل فيه حصى أو بوارى. ابن كمال (أو جلس فيه لا للصلاة) ولو لقرآن أو تعليم (فعبط به أحد) كأعمى ضمن خلافاً لهما (لا) يضمن (من سقط

أو وضع فيه خشبة ثم باع الكل وتركه المشتري حتى عبط به إنسان، فالضمان على البائع لأن فعله لم يتسخ بزاول ملكه، بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الإشهاد عليه، حيث لا يضمن المشتري لأنه لم يشهد عليه، ولا البائع لأن الملك شرط لصحة الإشهاد، فيبطل بالبيع لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير، وهنا الضمان بإشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك، والإشغال باق فيضمن، كما لو حصل من مستأجر أو مستعير أو غاصب، وفي الحائط لا يضمن غير المالك اهـ ملخصاً. قوله: (استحساناً) لأنه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئاً فيضمن النصف، والقياس أن لا يضمن شيئاً للشك. وتامة في الزيلعي. قوله: (ومن نحى حجراً) أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر. قوله: (فسقط منه على آخر) وكذا إذا سقط فتعرّث به إنسان. هداية. لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد. زيلعي. قوله: (أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة النخ) أي فسقط الحصير أو القنديل على أحد أو سقط الظرف الذي فيه الحصاة على أحد. منح.

أقول: وعبرة الهداية: وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بوارى أو حصاة النخ، والظاهر منها أن حصاه فعل ماضٍ مشدد الصاد معطوف على جعل، ويدل على ذلك تفسير ابن كمال، وأما جعله مفرداً بتاء الوحدة فهو بعيد، وكذا إرادة الظرف أبعد. وفي منهوات ابن كمال: ومن وهم أن المراد الظرف الذي فيه الحصاة فقد وهم اهـ.

وقيد الشرنبلالي الخلاف في الضمان بما إذا فعل ذلك بلا إذن أهل المسجد، فلو يذنبهم فلا ضمان اتفاقاً، كما لو كان من أهل المحلة وعلق القنديل للإضاءة، فلو للحفظ ضمن اتفاقاً كما في شرح المجمع اهـ. وجعل في البزازية إذن القاضي كإذن أهل المحلة. قوله: (في مسجد غيره) أي مسجد غير حيه ويأتي مفهومه، والظاهر أن مسجد الجماعة حكمه في ذلك حكم مسجد حيه فلا يضمن بما ذكر ط. قوله: (ولو لقرآن أو تعليم) لأن المسجد بني للصلاة وغيرها تبع لها، بدليل أنه إذا ضاق فللمصلي إزعاج القاعد للذكر أو القراءة أو التدريس ليصلي موضعه دون العكس. قوله: (لا يضمن من سقط منه

منه رداء لبسه) عليه (أو أدخل هذه) الأشياء المذكورات (في مسجد حيه) أي محلته، لأن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم ففعل الغير مباح فيتقيد بالسلامة (أو جلس فيه للصلاة).

الحاصل: أن الجالس للصلاة في مسجد حيه أو غيره لا يضمن، ولغير الصلاة يضمن مطلقاً خلافاً لهما، واستظهر في الشرنبلالية معزياً للزيلعي وغيره قولهما، وقد حققته في شرح الملتقى.

وفيه: لو استأجره ليني أو ليحفر له في فناء حانوته أو داره فتلف به الأجير

رداء ألبسه) أي سقط على إنسان فعطب به أو سقط فتعثر به، أشار إليه في الهداية ثم قال: والفرق: أي بين المحمول والملبوس، أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقيد بوصف السلامة. واللابس لا يقصد حفظاً ما يلبسه فيتخرج بالتقيد بالسلامة، فجعل مباحاً مطلقاً. وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل، لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه اهـ. وكالرداء السيف والطلاسان ونحوهما كما في الغاية. قوله: (عليه) متعلق بقوله «لبسه» ولا يصح تعلقه بسقط لفساد المعنى، فافهم. قوله: (ففعل الغير مباح) يفيد أن فعل الأهل واجب مثلاً، وليس كذلك بل كلاهما مباح، غير أن فعل الأهل مباح مطلق غير مقيد بالسلامة، وفعل غير مباح مقيد بها ط. قوله: (الحاصل أن الجالس للصلاة الخ) ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة: أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث، وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث أو نام فيه لغير صلاة أو مر فيه مار ضمن عنده، وقالوا: لا يضمن، وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر، اختلف المتأخرون فيه على قولين بالضمان وعدمه. زيلعي ملخصاً. قوله: (مطلقاً) أي في مسجد حيه أو غيره. قوله: (معزياً للزيلعي) فإنه نقل عن الحلواني أن أكثر المشايخ أخذوا بقولهما، وعليه الفتوى اهـ. ونقل عن صدر الإسلام أن الأظهر ما قاله، لأن الجلوس من ضرورات الصلاة، فيكون ملحقاً بها. وفي العيني بقولهما قالت الثلاثة، وبه يفتى اهـ ط. قوله: (وقد حققته في شرح الملتقى) حاصله ما قدمناه. وذكر أيضاً أن الجلوس للكلام المحظور فيه الضمان اتفاقاً، وعليه يحمل ما أطلقه فخر الإسلام. قوله: (وفيه لو استأجره الخ) ذكر الزيلعي وغيره ما حاصله أنه لو استأجره ليشرع له جناحاً في فناء داره وقال له إنه ملكي أو لي فيه حق الإشراع من القديم ولم يعلم الأجير فظهر بخلافه فسقط على إنسان قبل الفراغ أو بعده، فالضمان على الأجير، ويرجع على الأمر قياساً واستحساناً، وإن أخبره بأن لا حق له في الإشراع أو لم يخبره حتى بنى فسقط فأتلف: إن قبل الفراغ ضمن ولا يرجع، وإن بعده فكذلك قياساً

وإن بعده فعلى شيء إن قبل فراغه فعلى الأمر، كما لو كان في غير فئاته ولم يعلم به الأجير، فإن علمه فعليه كما لو أمره بالبناء في وسط الطريق لفساد الأمر، ولو قال الأمر هو فئائي وليس لي حق الحفر فعلى الأجير قياساً: أي لعلمه بفساد الأمر فما أغره، وعلى المستأجر استحساناً اهـ.

قلت: وقد قدم هو وغيره القياس هنا، وظاهره ترجيحه سيما على دأب صاحب الملتقى من تقديمه الأقوى، فتأمل (ومن حفر بالوعة في طريق بأمر السلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها) أي الطريق (أو قنطرة بلا إذن الإمام) وكذا كل ما فعل في طريق العامة (فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن)

بفساد الأمر، كما لو أمره بالبناء في الطريق. وفي الاستحسان: يضمن الأمر لصحة الأمر، لأن فناءه مملوك له من حيث إن له الانتفاع بشرط السلامة، وغير مملوك له من حيث إنه لا يجوز له بيعه، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ، ومن حيث الفساد يكون على العامل قبل الفراغ. وإن استأجره ليحفر له في غير فئاته ضمن الأمر دون العامل، إذا لم يعلم أنه غير فئاته لصحة الأمر حيثئذ، فنقل فعله إلى الأمر لأنه غره فإن علم بذلك ضمن إذ لا غرور، فبقي الفعل مضافاً إليه. ولو قال إنه فئائي وليس لي فيه حق الحفر يضمن العامل قياساً إذ لا غرور. وفي الاستحسان: يضمن الأمر اهـ. زاد في البزازية: إن كان بعد الفراغ اهـ.

فقد أفاد أن التفصيل قبل الفراغ أو بعده جار في الحفر أيضاً كما ذكره الشارح، فافهم، ووجه الفرق بين الحفر والإشراع، فإن الأجير في الإشراع إذا لم يعلم ضمن ورجع على الأمر، وفي الحفر لم يضمن أصلاً هو أن الأمر متسبب ومشروع الجناح مباشر، بخلاف الحافر فإنه متسبب أيضاً، والمتسبب يضمن إذا كان متعدياً، والمتعدي هنا هو الأمر فقط. إيتقاني ملخصاً. وفي المغرب: الفناء سعة أمام البيوت، وقيل ما امتد من جوانبها. قوله: (فما أغره)، كذا وقع له في شرح الملتقى، والفعل متعد بنفسه من غير همز. قال في القاموس: غره: خدعه اهـ ط. قوله: (وظاهره) أي التقديم المأخوذ من قدم ترجيحه على الاستحسان أو هذا وإن ظهر في عبارة الملتقى لا يظهر في عبارة غيره خصوصاً صاحب الهداية فإنهما يؤخران دليل المعتمد، وقد أصر الاستحسان مع دليله. أفاده ط. قوله: (أو في ملكه) وكذا إذا حفر في فناء له فيه حق التصرف بأن لم يكن للعامة ولا مشتركاً لأهل سكة غير نافذة. ملتقى. قوله: (وكذا كل ما فعل في طريق العامة) أي من إخراج الكنيف والميزاب والجرحصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر وبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع: إن فعله بأمر من له ولاية الأمر لم يضمن، وإلا ضمن. أفاده في العناية. قوله: (فتعمد الخ) تفريع على قوله «أو وضع خشبة الخ»

لأن الإضافة للمباشر أولى من المتسبب، وبهذا تبين أن المتسبب إنما يضمن في حفر البئر ووضع الحجر إذا لم يتعمد الواقع المرور. كذا في المجتبى.

وفيه: حفر في طريق مكة أو غيره من الفياقي لم يضمن، بخلاف الأمصار.

قلت: وبهذا عرف أن المراد بالطريق في الكتب الطريق في الأمصار دون الفياقي والصحارى لأنه لا يمكن العدول عنه في الأمصار غالباً دون الصحارى (ولو استأجر) رجل (أربعة لحفر بئر له فوقعت البئر عليهم) جميعاً (من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقية ربع الدية ويسقط ربعها) لأن البئر وقع عليهم بفعلهم فقد مات من جنايته وجناية أصحابه فيسقط ما قابل فعله. خانية وغيرها.

زاد في الجوهرية: وهذا لو البئر في الطريق، فلو في ملك المستأجر فينبغي أن

قال الرملي: ويتعين حذفه لأن الضمان منتف بالتعمد المذكور، وإن كان الوضع بإذن الإمام اهـ. لكنه يعلم بالأولى، على أن هذا إنما يتأتى في قوله بلا إذن الإمام، أما قوله «فتعمد» فإنه يفسد المعنى بحذفه. تأمل. قوله: (لأن الإضافة الخ) تعليل للمسألتين الأخيرتين، وعلة الأوليين عدم التعدي كما في التبيين. قوله: (من الفياقي) قال في القاموس: الفيف: المكان المستوي، أو المفاز لا ماء فيها كالفيافة والنفقاء ويقصر، جمعه أفياف وفيوف وفياف اهـ. قوله: (لم يضمن) لأنه غير متعمد فيه لأنه يملك الارتفاق بهذا الموضوع نزولاً وربطاً للدابة وضرباً للفسطاط من غير شرط السلامة لأنه ليس فيه إيصال حق المرور على الناس، فكان له حق الارتفاق من حيث الحفر للطبخ أو الاستقاء فلا يكون متعمداً. بزازية. قوله: (قلت الخ) من كلام المجتبى، وقد نقل في المجتبى عن بعض الكتب تقييد الحفر في الفياقي بما إذا كان في غير ممر الناس، ثم نقل عن كتاب آخر بدون هذا القيد، ثم قال: قلت: وبهذا عرف الخ، فالإشارة إلى ما نقله ثانياً، وهو ما اقتصر عليه الشارح.

وحاصله: أنه على الأول يضمن لو حفر في محجة الطريق بحيث يمرّ الناس والدواب عليها، لا إن حفر يمنية أو يسرة بحيث لا يمر عليها، وهو ما في البزازية عن المحيط. وعلى الثاني: لا يضمن مطلقاً لإمكان العدول من المارّ عن مكان الحفر. قال ط: ولكنه لا يظهر في نحو الظلمة والبهايم المارة فيحمل المطلق على المقيد. والله تعالى أعلم بالصواب. قوله: (من حفرهم) ومثله: ما لو كانوا أعواناً له، وأما لو كان الحافر واحداً فانهارت عليه من حفره قدمه هدر. ط عن الهندية عن المبسوط. قوله: (خانية) عبارتها: لأن البئر وقع بفعلهم، وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضاً الخ. قوله: (فينبغي أن لا

لا يجب شيء لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون اهـ.

قلت: ويؤخذ منه جواب حادثة: هي أن رجلاً له كرم وأرضه تارة تكون مملوكة وعليها الخراج كأراضي بيت المال وتارة تكون للوقف وتارة تكون في يده مدة طويلة يؤدي خراجها ويملك الانتفاع بها بغرس أو غيره فيستأجر هذا الرجل جماعة يحفرون له بئراً ليغرس فيه أشجار العنب وغيره فيسقط على أحدهم، هل لورثته مطالبته بديته؟ قال المصنف: والحكم فيها أو شبهها عدم وجوب شيء على المستأجر، وكذا على الأجراء كما يفيد كلام الجوهرة، ويحمل إطلاق الفتاوى على ما وقع مقيداً لاتحاد الحكم والحادثة. والله أعلم.

يجب شيء الخ) قد علمت التصريح بأن ذلك قتل مباشرة، فيستوي فيه الملك وعدمه، فهو بحث مخالف للمنقول. قوله: (قلت الخ) هو للمصنف في المنح. قوله: (له كرم) الكرم: العنب. قاموس. قوله: (وأرضه تارة تكون مملوكة الخ) المراد أن أرضه لا تخلو عن أحد هذه الأشياء، وليس المعنى أن هذه الأشياء تداولت على أرض واحدة ط. قوله: (كأراضي بيت المال) الكاف للتمثيل إن أريد بقوله «مملوكة» أي لعامة المسلمين، أو للتظهير إن أريد به ملكها لمن هي في يده: أي عليها الخراج نظير أراضي بيت المال فإن أغلبها خراجية. تأمل. قوله: (وتارة تكون في يده الخ) الذي رأيت في المنح: وتارة تكون للوقف وتكو في يده مدة طويلة الخ، وهذا أولى، لأن ما تكون في يده كذلك هي أراضي بيت المال أو الوقف. قوله: (يؤدي خراجها) المناسب أجرتها، ولو قلنا إنها لبيت المال لما في فتح القدير: إن المأخوذ الآن من أراضي مصر أجرة لا خراج؛ ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً بلا وارث فصارت لبيت المال اهـ. قوله: (على الأجراء) بمد آخره جمع أجير، وفي بعض النسخ «الأجر» بمد أوله، وهو الأجير لأنه أجر نفسه، والأولى أولى. قوله: (كما يفيد كلام الجوهرة) أي السابق وهو قوله «لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون». قوله: (ويحمل إطلاق الفتاوى) أي إطلاق الخاتية وغيرها الضمان على ما وقع مقيداً في عبارة الجوهرة بقوله: وهذا لو البئر في الطريق، لوجود الشرط الذي ذكره الأصوليون في حمل المطلق على المقيد، وهو اتحاد الحكم والحادثة، والحكم هنا هو الضمان والحادثة هي الحفر في الطريق، ونظيره صوم كفارة اليمين فإنه في الآية مطلق، وقيد بالتتابع في قراءة ابن مسعود فيحمل المطلق على المقيد لاتحاد الحكم وهو الصوم، والحادثة وهي كفارة اليمين ضرورة تعذر الجمع؛ وفي هذا الكلام نظر، فإنه لا نص هنا، وتقييد الجوهرة الضمان بما إذا كان في الطريق ينفيه تصريحهم له بضمان المباشر ولو في الملك، ولذا قال الرملي: الظاهر أنه قاله بحثاً لا نقلاً، ولا يخفى فساده لتصريحهم بأنه مباشرة لا تسبب، وفي المباشرة لا ينظر إلى كون الفعل في ملكه أولى، كمن رمى سهماً

فروع: لو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج جناح أو ظلة فوقع فقتل إنساناً: إن قبل فراغهم من عمله فالضمان عليهم، لأنه حيثئذ لم يكن مسلماً لربّ الدار، ويضمن لو رشّ الماء بحيث يزلق واستوعب الطريق، ولو رشّ فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الأمر استحساناً، وتماه في الملتقي. والله تعالى أعلم.

فَضْلٌ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ

(مال حائط إلى طريق العامة ضمن ربه) أي صاحبه (ما تلف) به من نفس إنسان أو حيوان أو مال (إن طالب ربه) حقيقة أو حكماً كالواقف والقيم ولو حائط المسجد فتضمن عاقلة الواقف، وكالقيم الولي

في ملكه فأصاب شخصاً، فإنه يضمن، وإذا فقد عرفت أن الحكم في الحادثة التي تكرر وقوعها وجوب الضمان على الكيفية المذكورة على الاجراء اهـ ملخصاً. قوله: (فروع الخ) ساقط من بعض النسخ، وقدمنا الكلام عليها. والله تعالى أعلم.

فَضْلٌ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ

قوله: (مال حائط) أي عما هو أصله من الاستقامة وغيرها فيشمل المتصدع والواهي. قهستاني. وكذا العلو إذا انصدع فأشهد أهل السفلى على أهل العلو، وكذا الحائط أعلاه لرجل وأسفله لآخر نص عليه في التاترخانية نقلاً عن النوازل. رملي. قوله: (إلى طريق العامة) أي والخاصة فهو من قبيل الاكتفاء. قهستاني. لكن بينهما فرق في بعض الأحكام كما يأتي. قوله: (أو مال) أي غير الحيوان لدخوله تحت النفس؛ ولو أراد بالنفس الكاملة: وهي نفس الإنسان، وبالمال ما يعم الحيوان لوافق قوله الآتي «ثم ما تلف به من النفوس فعلى العاقلة» فإن الحيوان غير مضمون عليهم بل هو في ماله. رحمتي. قوله: (إن طالب ربه) بنصب ربه مفعول طالب، وفاعله قول المصنف الآتي «مكلف» والمطالبة أن يقول له إن حائطك هذا مخوف، أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً، ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشورة. عناية. قوله: (أو حكماً) من حيث قدرته على رفع هذا الضرر. قوله: (فتضمن عاقلة الواقف) أي في صورتين، لأن القيم نائب عنه فيكون الإشهاد على القيم إسهاداً على الواقف، كما أن الإشهاد على الولي إسهاد على من تحت ولايته من صغير ومجنون. قال الرملي: ويؤخذ من عاقلة الواقف إن كان له عاقلة فيما تتحمله وإن لم تكن له عاقلة، أو كان مما لا تتحمله، فلا يؤخذ من القيم ولا يرجع في الوقف لأن الوقف لا ذمة له. قوله: (وكالقيم الولي) أي من له ولاية من أب أو جد أو وصي، وزاد في الهداية الأم، ثم قال: لأن فعل هؤلاء كفعله اهـ: أي فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه. عناية. تأمل.

والراهن والمكاتب والعبد والتاجر وكذا أحد الشركاء، ولو الورثة استحساناً نعم. في الظهيرية: لو مات ربه عن ابن فقط ودين مستغرق صح الإشهاد على الابن وإن لم يملك الدار. برجندي وغيره (بنقضه مكلف مسلم أو ذمي) يعني من أهل الطلب فيشترط في الصبي والعبد إذن وليه ومولاه بالخصومة. زيلعي (حرّ أو مكاتب وإن لم يشهد) ولا يصح الطلب قبل الميل لعدم التعدي (و) الحال أنه (لم ينقضه) وهو يملك

وفي الدر المنتقى: فلو سقط حائط الصغير بعد الطلب من وليه كان الضمان في مال الصبي، فلو بلغ أو مات الولي بعد الطلب فلا يضمن بالتلف بعده كما في العمادية وغيرها ا هـ. قوله: (والراهن) فإنه مالك لا المرتهن والراهن قادر على الهدم: يعني بفك العين وإعادتها إلى يده، وكذا التقدم إلى المؤجر لأن الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذرا هـ. ط عن الجوهرة. قوله: (والمكاتب) للملكه نقضه، فإن تلف به آدمي سعى في أقل من قيمته ودية المقتول، أو مال سعى في قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بالجناية الحقيقية كما في القهستاني عن الكرمانى، وهذا لو التلف حال بقاء الكتابة؛ فلو بعد عتقه فعلى عاقلة المولى، ولو بعد العجز لا يجب شيء على أحد، ويهدر الدم لعدم قدرة المكاتب، وعدم الإشهاد على المولى كما في المنح وغيرها. وفي البرجندي عن قاضيخان: فإن أشهد على المولى صح الإشهاد أيضاً. در منتقى. قوله: (والعبد التاجر) فإن له ولاية نقضه مديوناً أو لا، فإن تلف به آدمي فعلى عاقلة المولى أو مال ففي رقبته حتى يباع فيه. در منتقى. قوله: (وكذا أحد الشركاء) أي بالنسبة إليه فيضمن بقدر حصته فقط كما سيأتي متناً. قوله: (استحساناً) لتمكنه منه بمباشرة طريقه وهو المرافعة إلى القاضي بمطالبة شركائه، فصار مفترطاً فيضمن بقسطه وفي القياس: لا يضمن لعدم تمكنه من النقض وحده. إتقاني. قوله: (نعم في الظهيرية الخ) قيل هو استدراك على قوله «طالب ربه» واعترض بأنه داخل تحت قوله «أو حكماً» لأن الدار للبيت ولذا تقضى بها ديونه والوارث خليفته، ولذا له أخذها وقضاء الدين من ماله، وقد يقال: هو استدراك على قوله «أحد الشركاء» فإن التقييد بقوله «عن ابن فقط» يفهم أنه لو تعددت الورثة لا يصح الإشهاد. تأمل. ولعل القيد اتفاقي. قوله: (صح الإشهاد) أي والدية على عاقلة الأب لا الابن كما في المنح. قوله: (بنقضه) متعلق بطالب ومكلف فاعله. قوله: (يعني من أهل الطلب) أشار إلى أن المراد بالمكلف من له حق الطلب ولو صبياً لا من كان بالغاً، لكن في الزيلعي أن العبيد والصبيان بالإذن التحقوا بالحر البالغ. تأمل. قوله: (وإن لم يشهد) أي على طلب النقض. قال الزيلعي: وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط ا هـ. قوله: (ولا يصح الخ) سيأتي متناً. قوله: (والحال الخ) صاحب الحال فاعل ضمن أو مفعول طالب. قوله: (وهو يملك

نقضه في مدة يقدر على نقضه فيها، لأن دفع الضرر العام واجب، ثم ما تلف به من النفوس فعلى العاقلة، ومن الأموال فعليه لأن العاقلة لا تعقل المال، ولا ضمان إلا بالإشهاد على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه، وعلى الهلاك بالسقوط عليه، وعلى كون الجدار ملكاً له من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط.

ولذا قال: (ولو تقدم إلى من) لا يملك نقضه ممن (يسكنها بإجارة أو إعارة أو إلى المرتهن أو إلى المودع لا يعتدّ به) لعدم قدرتهم على التصرف، وحينئذ فلو سقط بعد التقدم لمن ذكر (وأتلف شيئاً فلا ضمان أصلاً) لا على ساكن ولا مالك (كما لو خرج) الحائط (عن ملكه ببيع) أو غيره كهبة. حاوي قدسي.

وكذا لو جنّ مطبقاً أو ارتد ولحق وحكم بلحاظه ثم عاد أو أفاق. خانية (بعد

الإشهاد ولو قبل القبض)

نقضه) مستغنى عنه بما بعد ويقول «ولو تقدم الخ». قوله: (في مدة يقدر على نقضه فيها) فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدمه، وكان في ذلك حتى سقط الحائط، لم يضمن، لأن مدة التمكّن من إحضار الأجراء مستثنى في الشرع. قهستاني. قوله: (لأن دفع الضرر العام واجب) علة لقول المصنف سابقاً «ضمن ربه» أي فإننا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع من التفريغ، وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام. قوله: (من النفوس) أي الأحرار بقريئة قوله «لأن العاقلة لا تعقل الأموال» ط. وأراد بالنفوس ما قابل الأموال فخرج الحيوان ودخل ما دون النفس. قوله: (فعلى العاقلة) أي عاقلة رب الحائط. قوله: (ولا ضمان الخ) أي على العاقلة، فلو أنكرت العاقلة واحداً من الثلاثة وأقرّ بها رب الدار، لزمه في ماله. طوري ملخصاً. قوله: (على التقدم إليه) أي على طلب النقص ممن يملكه. قوله: (عليه) أي على لهالك. قوله: (وعلى كون الجدار ملكاً له) لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به حق على الغير. غاية. قوله: (ولذا) أي لاشتراط كون الدار ملكاً له الخ ط. قوله: (ولا مالك) لعدم الإشهاد عليه ط. قوله: (عن ملكه) أي عن ولايته ليشمل قوله «وكذا لو جنّ» تأمل. قوله: (كهبة) الظاهر أنه لا بد فيها من التسليم، حتى يبطل الإشهاد، إذ لا حكم لها قبل التسليم ط. قوله: (وكذا لو جنّ) أي بعد الإشهاد. قوله: (مطبّقاً) قيد به لإخراج المقطع، وظاهره أنه لا يبطل الإشهاد، فإذا أتلف بعده وبعد الإشهاد شيئاً يكون مضموناً ط. قوله: (ثم عاد) أي مسلماً وردت عليه الدار. خانية. أو أفاق: أي من جنونه، ففيه لفّ ونشر مشوش: أي فلا يضمن إلا بإشهاد مستقبل. قوله: (ولو قبل القبض) أي قبض المشتري المبيع، فلا يشترط القبض كما في عامة الكتب، وما في الهداية من التقييد به

لزوال ولايته بالبيع ونحوه، وإن عاد ملكه بعده. حاوي وخانية. بخلاف الجناح لبقاء فعله كما مر (وإن مال إلى دار إنسان) من مالك أو ساكن بإجارة أو غيرها فالإضافة لأدنى ملابسة. قهستاني (فالطلب إليه) لأن الحق له (فيصح تأجيله وإيراءه منها) أي من الجناية (وإن مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من طلب) النقض (لا) يبرأ لأنه بحق العامة وتصرف القاضي في حق العامة نافذ فيما ينفعهم لا فيما يضرهم. ذخيرة. بخلاف تأجيل من بالدار.

ولو مال بعضه للطريق وبعضه للدار فأبى طلب صح الطلب، لأنه إذا صح الإشهاد في البعض صح في الكل. برجندي (فإن بنى مائلاً ابتداء ضمن بلا طلب كما في إشراع الجناح ونحوه) كميزاب لتعديه به (حائظ بين خمسة أشهد على أحدهم

اتفاقي. أفاده القهستاني. قوله: (لزوال ولايته) أي عن ملك النقض، وهو علة لعدم الضمان المفهوم من قوله «كما لو خرج عن ملكه» وما بعده. قوله: (ونحوه) أي من الهبة والجنون والارتداد، فافهم. قوله: (وإن عاد ملكه) أي ولايته بعوده مسلماً أو إفاقته، وكذا في البيع.

قال القهستاني: وإطلاق البيع يدل على أنه لو ردّ على البائع بقضاء أو غيره أو بخيار شرط أو رؤية للمشتري لم يضمن إلا إذا طوّل بعد الرد اهـ. وإذا كان الخيار للبائع. فإن نقض البيع ثم سقط الحائظ وأتلف شيئاً كان ضامناً، لأن خيار البائع لا يبطل ولاية الإصلاح فلا يبطل الإشهاد؛ ولو أسقط البائع خياره بطل الإشهاد، لأنه أزال الحائظ عن ملكه. منح. قوله: (بخلاف الجناح) فلا يزول الضمان بزوال ملكه عنه، لأن الجناية فيه بنفس الوضع وهو باق، وفي الحائظ بترك النقض ولا قدرة له عليه بعد زوال الملك فزالت الجناية. قوله: (فالإضافة لأدنى ملابسة) أي أدنى تعلق وارتباط، ككوكب الخرقاء في قول الشاعر:

إِذَا كَوَّكِبُ الْخَرْقَاءِ لَاحَ بِسُخْرَةٍ سُهَيْلٍ أَذَاعَتْ عَزَلَهَا فِي الْأَقَارِبِ

قوله: (فالطلب إليه) الأولى له: أي للمالك أو الساكن، ولو مال إلى سكة غير نافذة فالخصومة لواحد من أهلها. إتقاني. قوله: (وإن مال إلى الطريق الخ) ظاهر التعليل الآتي أن المراد بها العامة، والظاهر أن الخاصة كذلك فلا بد من تأجيل كل أهلها أو إيرائهم. تأمل. قوله: (ولو مال الخ) قال في الخانية: حائظ لرجل بعضه مائل إلى الطريق وبعضه مائل إلى دار قوم، وأشهد عليه أهل الدار، فسقط ما مال إليها ضمن، لأن الحائظ واحد فصح الإشهاد من أهل الدار فيما مال إليهم، وفيما مال إلى الطريق، فإن أهل الدار من جملة العاملة، وإن كان المشهد من غيرهم صح فيما مال إلى الطريق، وإذا صح

فسقط على رجل ضمن) عاقلته (خمس الدية) أي خمس ما تلف به من مال أو نفس لتمكنه من إصلاحه بمرافعته للحاكم.

(دار بين ثلاثة، حفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية) لتعديه في الثلثين، وقد حصل التلف بعلة واحدة فيقسم بالحصة، وقالوا: أنصافاً، لأن التلف قسمان: معتبر، وهدر.

(الإشهاد على الحائط إشهاد على النقض) بالكسر ما ينقض من الجدار وحينئذ (فلو وقع الحائط على الطريق بعد الإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات ضمن) لأن النقض ملكه فتفريغه عليه (وإن عشر) رجل (بقتيل مات بسقوطها) أي الحائط (لا يضمنه) لأن تفريغه للأولياء لا إليه، بخلاف الجناح حيث يضمن ربه القاتل الثاني أيضاً لبقاء جنائته فيلزمه تفريغ الطريق عن القاتل أيضاً،

الإشهاد في البعض صح في الكل اهـ ملخصاً. قوله: (أي خمس ما تلف به) تعميم للمتن، لكن كان على الشارح إسقاط قوله «عاقلته» اهـ ح: أي لأن ضمان الأموال في ماله كما سلف ط. قوله: (بمرافعته للحكام) مصدر مضاف إلى فاعله: أي بمرافعة المشهد عليه بقية شركائه بمطالبة نقضه، والمذكور وجه الاستحسان، وفي القياس: لا يضمن أحد كما قدمناه. قوله: (حفر أحدهم) أي بلا إذن البقية. قوله: (ضمن ثلثي الدية) أي على عاقلته، ويضمن ثلثي المال في ماله كما مر. قوله: (بعلة واحدة) وهي الثقل المقدر في الحائط والعمق المقدر في البئر، لأن القليل من الثقل والعمق ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك. وتمامه في العناية. قوله: (وقالوا أنصافاً) أي في هذه المسألة والتي قبلها، لأن التلف ينصيب المشهد عليه معتبر، وينصيب غيره هدر، وفي الحفر والبناء باعتبار ملكه غير متعدد، وباعتبار ملك شريكه متعدد، فكانا قسامين فانقسم عليهما نصفين. ابن كمال. قوله: (إشهاد على النقض) لأن المقصود إزالة الشغل. منح. قوله: (مات بسقوطها) صفة قاتل، وتأنيت الضمير يحتاج إلى نقل في أن الحائط قد يؤنث ولم أره، فليراجع. قوله: (لبقاء جنائته) لأن إشراع الجناح في نفسه جنابة، وهو فعلة فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القاتل في الطريق كحصول نقض الجناح في الطريق، ومن ألقى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجنابة وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القاتل، فلذلك جعل فاعلاً في حق القاتل الأول لا

يؤيده أنه لو باع الحائط أو النقض برىء ولو باع الجناح لا. زيلعي (ولا يصح الإشهاد قبل أن يبي الحائط) لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء (وتقبل فيه شهادة رجل وامرأتين) لأنه شهادة على التقدم لا على القتل.

فروع: حائط بعضه صحيح وبعضه واه فأشهد عليه فسقط كله وقتل إنساناً ضمنه، إلا أن يكون الحائط طويلاً فيضمن ما أصاب الواهي فقط لأنه حينئذ كحائطين، فالإشهاد يصح في الواهي لا في الصحيح.

حائطان أحدهما مائل والآخر صحيح، فأشهد على المائل فسقط الصحيح فأتلف شيئاً كان هدرأ. خانية.

مسجد مال حائطه فالإشهاد على من بناه والدية على عاقلة من بناه، وحائط الوقف على المساكين على عاقلة الوقف، وحائط العبد التاجر على عاقلة مولاه ولو مستغرقاً استحساناً.

قال وليّ القتل: إذا جاء غد عفوت عن القصاص، لا يصح لأنه تمليك دل عليه مسألة الأصل.

في حق القتل الثاني. عناية. قوله: (يؤيده) أي يؤيد أن الجناية باقية في الجناح دون الحائط. قوله: (قبل أن يبي) يقال: وهى الحائط يبي وهياً: إذا ضعف وهم بالسقوط صحاح. قوله: (لا في الصحيح) أي لا يصح الإشهاد في البعض الصحيح فلا يضمن ما أصابه كما لو كانا حائطين حقيقة. قوله: (على من بناه) أي إن كان حياً، وتقدم أن القيم كالواقف فالإشهاد عليه عند عدمه. تأمل. قوله: (والدية على عاقلة من بناه) وأما جنيات الأموال، فليست على العاقلة، فالظاهر أنها في مال الباني والواقف فيحرر ط. وقدمنا عن الرملي: أنه لا يؤخذ من مال الوقف لأنه لا ذمة له. قوله: (على عاقلة الواقف) أي تجب الدية فيه عليهم. قوله: (على عاقلة مولاه) وأما المال ففي رقبته كما قدمناه، وقدمنا أيضاً حكم المكاتب. قوله: (قال ولي القتل الخ) المسألة بتمامها في المنح. قوله: (لأنه تمليك) أي وهو لا تصح إضافته، وهذا مخالف لما قدمه في الفروع قبيل باب القود فيما دون النفس من أن القصاص لا يجري فيه التمليك. تأمل. قوله: (دل عليه الخ) أي على أن العفو تمليك للقصاص، ولم يظهر لي وجه الدلالة، لأن غاية ما أفاد أن الأمة صارت ملكه فلا يدل على أنه تمليك لا تصح إضافته، على أن كونها صارت ملكه له مشكل.

وقال بعض المحشين: عبارة الولوجية: ولو قتلت أمة رجلاً عمداً فزنى بها الولي عمداً لم يحد، وإن لم يدع الشبهة لأن من العلماء من قال: للولي ولاية تملكها من غير

جارية قتلت رجلاً عمداً فزنى بها وليّ القَتيل قبل أن يقتص لا يجد لأنها صارت مملوكة. ولو الجنية. والله تعالى أعلم.

بَابُ جِنَابَةِ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَابَةِ عَلَيْهَا

الأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز

عنه.

(ضمن الراكب في طريق العامة ما وطئت دابته وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت) بضمها (أو خبطت) بيدها أو صدمت (فلو حدثت) المذكورات (في السير في ملكه لم يضمن ربها إلا في الوطء وهو راكبها

رضا مولاهما إن شاء، وإن شاء قتلها فصار ذلك شبهة في درء الحد اهـ. فقد جعل علة الدرء أن له ولاية تملكها على قول البعض، لا أنها صارت مملوكة له، وفرق بين العبارتين اهـ ملخصاً. قوله: (جارية) بدل من مسألة الأصل، وقوله «قبل أن يقتص» تصريح بمعلوم ط. والله تعالى أعلم.

بَابُ جِنَابَةِ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَابَةِ عَلَيْهَا

ذكره عقيب جنابة الإنسان، والجنابة عليه مما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمه ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل، ذكره بعد ما يحدثه الرجل في الطريق قبل جنابة الرقيق، ونسبة الجنابة إليها المشاكلة الجنابة عليها. قوله: (الأصل) أي في مسائل هذا الباب، وكذا الأصل أيضاً أن المتسبب ضامن إذا كان متعدياً، وإلا لا يضمن، والمباشر يضمن مطلقاً كما يظهر من الفروع. رحمتي. قوله: (بشرط السلامة الخ) لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه، لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا بالإباحة مقيداً بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن، لأنه يؤدي إلى المنع من التصرف. زيلعي ملخصاً. قوله: (ما وطئت دابته) أي من نفس أو مال. در منتقى. فتجب الدية عليه وعلى عاقلته، وإن كان العاطب عبداً وجبت قيمته على العاقلة أيضاً لأن ديبته قيمته، وإن مالاً وجبت قيمته في ماله، وإن ما دون النفس: فما أرشه أقل من نصف عشر الدية ففي ماله، وإن نصف العشر فصاعداً فهو على العاقلة. جوهره ملخصاً. قوله: (وما أصابت بيدها أو رجلها) أي في غير حالة الوطء كأن أتلفت في حال رفعها أو قتل وضعها ط. قوله: (أو كدمت الخ) الكدم: العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط: الضرب باليد، والصدم: الدفع وأن تضرب الشيء بجسلك. مغرب. قوله: (في ملكه) أي الخاص أو المشترك، لأن لكل واحد من الشركاء السير والإيقاف فيه. زيلعي. قوله: (لم يضمن) لأنه متسبب لا مباشر،