

٥٥ — كتاب: الصيال وضمأن الولاة

لَهُ دَفْعُ كُلِّ صَائِلٍ عَلَى نَفْسِ أَوْ طَرْفِ أَوْ بُضْعِ أَوْ مَالٍ؛

كتاب الصيال^(١)

هو والمصاولة: الاستطالة والثوب، والصائل الظالم (وضمأن الولاة) وأدرج المصنف في الباب حكم الختان وإتلاف البهائم، وعقد في الروضة لإتلاف البهائم باباً، وذكر حكم الختان في باب ضمأن إتلاف الإمام. والأصل في الباب قوله تعالى: «فَمَنْ أَخْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَخْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَخْتَدَى عَلَيْكُمْ»^(٢). وافتتحه في المحرر بخبر البخاري: «أَنْصُرُ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا»^(٣) والصائل ظالم فيمنع من ظلمه لأن ذلك نصره.

(له) أي الموصول عليه (دفع كل صائل) مسلماً كان أو كافراً عاقلاً أو مجنوناً بالغاً أو صغيراً قريباً أو أجنبياً آدمياً أو غيره (على) معصوم من (نفس أو طرف) أو منفعة (أو بضع أو مال) لخبر: «مَنْ قُتِلَ دُونَ ذِمِّهِ فَهُوَ شَهِيدٌ، وَمَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ، وَمَنْ قُتِلَ دُونَ أَهْلِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»^(٤) رواه أبو داود والترمذي وصححه. ووجه الدلالة أنه لما جعله شهيداً دل على أن له القتل والقتال، كما أن من قتله أهل الحرب لما كان شهيداً كان له القتل والقتال.

تنبيه: في معنى «البضع» من قصد الاستمتاع بأهله فيما دون الفرج كالقبة، وألحق الروياني الأخت والبنات بالزوجة. وشمل قوله «أو مال» الكثير والقليل كدرهم. فإن قيل: كيف يكون المقدر في السرقة أكثر وما فيه سوى قطع الطرف، وقد يؤدي الدفع إلى هلاك النفس وهو أعظم والمال فيه قليل؟ أجيب بأن قطع الطرف محقق، فاعتبر فيه ذلك بخلاف هلاك النفس ومال نفسه ومال غيره، ويستثنى من جواز الدفع عن المال ما لو صال مكرهاً على إتلاف مال غيره لم يجز دفعه، بل يلزم المالك أن بقي روحه بمال كما يناوله المضطر طعامه كما ذكره الرافعي قبيل الديات ولكل منهما دفع المكره، وتعبيره بالمال قد يخرج ما ليس بمال كالكلب المقتنى والسرجين، وقضية كلام الماوردي وغيره إلحاقه به وهو الظاهر، وله دفع مسلم عن ذمي ووالد عن ولده وسيد

(١) روضة الطالبين: ./، حاشية الجمل: ١٦٥/٥، التنبيه: ص.، حاشية الشرقاوي: ٤٤٠/٢، حاشية الباجوري: ٤١٦/٢، غاية البيان: ص ٣٠٤، المجموع: ./، فتح الوهاب: ١٦٧/٢، الإقناع: ١٩٩/٢، حاشية بجيرمي: ١٨٤/٤، السراج الوهاج: ص ٥٣٦، الأم: ./، كفاية الأخيار: ١٢٠/٢، حاشية الشرواني: ١٨١/٩، حاشية العبادي: ١٨١/٩، إعانة الطالبين: ٤/١٧٠، المهذب: ./.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم، باب: أعن أخاك ظالماً... (الحديث: ٢٤٤٣) و (الحديث: ٢٤٤٤)، وأخرجه أيضاً في كتاب: الإكراه، باب: يمين الرجل لصاحبه... (الحديث: ٦٩٥٢).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: السنة، باب: في قتال اللصوص (الحديث: ٤٧٧٢)، وأخرجه الترمذي في كتاب: الديات، باب: ما جاء في «من قتل دون ماله»... (الحديث: ١٤١٩) و (الحديث: ١٤٢٠).

فَإِنْ قَتَلَهُ فَلَا ضَمَانَ. وَلَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنِ مَالٍ، وَيَجِبُ عَنِ بُضْعٍ، وَكَذَا نَفْسٍ قَصَدَهَا كَافِرٌ أَوْ
بَهِيمَةً، لَا مُسْلِمًا فِي الْأَظْهَرِ.

عن عبده لأنهم معصومون، ولو صال قوم على النفس والبضع والمال قدّم الدفع عن النفس على الدفع عن
البضع والمال، والدفع عن البضع على الدفع عن المال، والمال الكثير على الحقيقير. ولو صال اثنان على
متساويين في نفسين أو بضعين أو مالين ولم يتيسر دفعهما معاً دفع أيهما شاء، ولو صال أحدهما على صبي
باللواط، والآخر على امرأة بالزنا ففيه احتمالان لبعض المتأخرين، أحدهما يبدأ بصاحب الزنا للإجماع على
وجوب الحدّ فيه، والثاني بصاحب اللواط، إذ ليس إلى حله سبيل. وقال بعضهم: يبدأ بأيهما شاء وهو أوجه
لعدم الأولوية.

(فإن قتله) أي الموصول عليه الصائل دفعا (فلا ضمان) بقصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة ولا إثم لأنه
مأمور بدفعه، وفي الأمر بالقتال والضمأن منافاة، حتى لو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكة فقتله
دفعاً لم يبرأ الغاصب ولا المستعير. ويستثنى من عدم الضمان المضطر إذا قتله صاحب الطعام دفعا فإن عليه
القيود، قاله الذبيلي في أدب القضاء.

تنبيه: دخل في كلامهم ما لو صالت حامل على إنسان فدفعها فألقت جينها ميتاً فالأصح لا يضمه،
وقاسه القاضي على ما إذا ترس الكفار حال القتال بمسلم، واضطر المسلمون إلى قتله.

(ولا يجب الدفع عن مال) لا روح فيه لأنه يجوز إباحته للغير قال الأذري: والظاهر أن هذا في الأحاد،
فأما الإمام ونوابه فيجب عليهم الدفع عن أموال رعاياهم وكذا إن كان ماله وتعلق به حق الغير كرهن وإجارة.
قال الغزالي: وإن كان مال محجور عليه أو وقف أو مالا مودعاً وجب على من هو بيده الدفع عنه اهـ. أما ما فيه
روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو بضع لحرمة الروح حتى لو رأى أجنبي شخصاً
يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً وجب عليه دفعه على الأصح في أصل الروضة (ويجب) الدفع (عن بضع) لأنه لا
سبيل إلى إباحته، وسواء بضع أهله أو غيره، ومثل البضع مقدماته ومحل ذلك إذا لم يخف على نفسه كما قاله
البعوي والمتولي (وكذا نفس) للشخص يجب الدفع عنها إذا (قصدها كافر) ولو معصوماً، إذ غير المعصوم لا
حرمة له والمعصوم بطلت حرمة بصياله، ولأن الاستسلام للكافر ذل في الدين، ومقتضى هذه العلة جواز
استسلام الكافر للكافر وبخه الزركشي.

تنبيه: محل منع جواز استسلام المسلم للكافر إذا لم يجوز الأسر، فإن جوزه لم يحرم كما سيأتي إن شاء
الله تعالى في السير.

(أو قصدها بهيمة) لأنها تذبح لاستيفاء الآدمي، فلا وجه للاستسلام لها، وظاهر أن عضوه ومنفعته
كنفسه (لا) إن قصدها (مسلم) ولو مجنوناً ومراهقاً أو أمكن دفعه بغير قتله فلا يجب دفعه (في الأظهر) بل يجوز
الاستسلام له، بل يسن كما أفهمه كلام الروضة لخبر أبي داود: «كُنْ خَيْرَ ابْنِي آدَمَ»^(١) يعني قابيل وهابيل، ولمنع
عثمان رضي الله تعالى عنه عبده وكانوا أربعمائة يوم الدار، وقال: من ألقى سلاحه فهو حر، واشتهر ذلك في

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/٨٤).

وَالدَّفْعُ عَنْ غَيْرِهِ كَهَوِّ عَن نَفْسِهِ، وَقِيلَ: يَجِبُ قَطْعاً.

الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه أحد. والثاني يجب، لقوله تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(١) وكما يجب عليه إصانة نفسه بأكل ما يجده، وأجاب الأول بأن في القتل شهادة بخلاف ترك الأكل.

تبييه: محل ذلك في المحقون الدم كما قيده القاضي الحسين والإمام والغزالي والبلقيني، ليخرج المهدر كالزاني المحصن وتارك الصلاة، ومن تحتم قتله في قطع الطريق، فإن حكمهم حكم الكافر كما صرح به في الترغيب. قال الأذري: ويظهر الدفع عن العضو عند ظن السلامة لأنه ليس هنا شهادة، وكذلك يجب عن النفس إذا أمكن عند غلبة الظن بأنه يحصل بقتله مفساد في الحريم والأطفال اه. وهو بحث حسن.

(والدفع عن) نفس (غيره) إذا كان آدمياً محترماً ولو رقيقاً (كهو عن نفسه) فيجب حيث يجب ويتنفي حيث يتنفي إذ لا يزيد حق غيره على حق نفسه. وقد أكثر المصنف في المتن من جر ضمير الغائب بالكاف وهو قليل.

تبييه: محل الوجوب إذا أمن الهلاك كما صرح به في أصل الروضة إذ لا يلزمه أن يجعل روحه بدلاً عن روح غيره، وقول البلقيني: نعم إن كان في قتال الحربيين أو المرتدين فلا يسقط الوجوب بالخوف ظاهر، إذا كان في الصف وكانوا مثليه فأقل وإلا فلا، ولا يلزم العبد الدفع عن سيده عند الخوف على نفسه، بل السيد في ذلك كالأجنبي، حكاه الرافعي عن الإمام، ويؤخذ منه كما قال الزركشي: أنه لا يلزم الابن الدفع عن أبيه أيضاً. قال: ولم يتعرضوا له، أي لوضوحه. أما لو صال شخص على غير محترم حربي فلا يجب على المسلم دفعه عنه، وإن وجب الدفع عن نفسه لعدم احترامه.

(وقيل يجب) الدفع عن غيره (قطعاً) لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره، وبه جزم البيهقي وغيره^(٢)، وفي مسند أحمد: «مَنْ أَدَّلَ هِنْدَةَ مُسْلِمٍ فَلَمْ يَنْصُرْهُ وَهُوَ قَائِرٌ أَنْ يَنْصُرَهُ أَذَلَّهُ اللَّهُ عَلَى رُؤُوسِ الْخَلَائِقِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٣).

تبييه: محل الخلاف بالنسبة إلى الآحاد، أما الإمام وغيره من الولاية فيجب ذلك عليهم قطعاً، وقضية الوجوب أو الجواز عدم الصمان وهو ظاهر، وإن قال الشيخ أبو حامد: من قتل غيره دفعاً عن مال غيره كان عليه الضمان. ومحله أيضاً إذا كان المصول عليه غير نبي، أما هو فيجب الدفع عنه قطعاً كما قاله الفوراني. قال الإمام: ولا يختص الخلاف بالصائل بل من أقدم على محرم من شرب خمر أو غيره فلبعض الآحاد منعه، ولو أتى على النفس كما قال الرافعي: إنه الموجود في كتب المذهب حتى قالوا: لو ظهر في بيت خمر يشرب أو طنبور يضرب أو نحوهما، فله الهجوم على متعاطيه لإزالته نهياً عن المنكر، وإن لم ينتهوا فله قتالهم، وإن أتى على النفس وهو مثاب على ذلك، والغزالي ومن تبعه عبروا هنا بالوجوب ولا ينافيه تعبير الأصحاب بالجواز إذ ليس مرادهم أنه مخير فيه، بل إنه جائز بعد امتناعه قبل ارتكاب ذلك وهو صادق الوجوب، وقضية كلام المصنف أنه لا يجب الدفع عن مال الغير، لكن قال الغزالي: مهما قدر على حفظ مال غيره من الضياع من غير أن يناله تعب في بدنه، أو خسران في ماله، أو نقصان في جاهه وجب عليه، وهو أقل درجات حقوق المسلم، وهو أولى بالإيجاب من رد السلام، ولا خلاف أن مال الإنسان إذا كان يضيع بظلم ظالم وكان عنده شهادة وجب عليه أداؤها ويعصى بتركها.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

(٢) بغوي وغيره.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٤٨٧/٣).

وَلَوْ سَقَطَتْ جِرَّةٌ وَلَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ إِلَّا بِكُسْرِهَا صَمِيَّتْ فِي الْأَصْحِ . وَيُدْفَعُ الصَّائِلُ بِالْأَخْفِ ، فَإِنْ أَمَكْنَ بِكَلَامٍ وَأَسْتَعَاثَهُ حَرَمَ الضَّرْبِ ، أَوْ يَضْرِبُ بِيَدِ حَرَمِ سَوْطٍ ، أَوْ بِسَوْطِ حَرَمِ عَصَا ، أَوْ يَقَطَعُ عُضْوِ حَرَمٍ قَتْلٌ ؛ فَإِنْ أَمَكْنَ هَرَبٌ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ وَتَحْرِيمُ قِتَالِ .

(ولو سقطت جرة) مثلاً وهي - بفتح الجيم - : إناء من فخر على إنسان (ولم تندفع عنه إلا بكسرها) جاز له، بل صرح البغوي بوجوبه صيانة لروحه، ولا ينافي ذلك الجواز كما مر، وإذا كسرها (ضمنها في الأصح) إذ لا قصد لها ولا اختيار حتى يحال عليها، فصار كالمضطر إلى طعام غيره يأكله ويضمونه. والثاني لا، لأنه دافع للضرر عن نفسه، وصححه البلقيني تنزيلاً لها منزلة البهيمة الصائلة، وفرق الأول بأن البهيمة لها نوع اختيار.

تنبيه: محل الخلافة أن تكون موضوعة بمحل غير عدوان، فإن كان موضوعة بمحل عدوان كأن وضعت برؤسَيْن، أو على معتدل لكنها مائلة أو على حالة يغلب فيها سقوطها لم يضمنها قطعاً، قاله الزركشي، لكن لو أبدل قوله «عدوان» بضمّن به كان أولى، ويضمن بهيمة لم يمكن جائعاً وصوله إلى طعامه إلا بقتلها وقتلها لأنها لم تقصده وقتله لها لدفع الهلاك عن نفسه بالجوع فكان كأكل المضطر طعام غيره فإنه موجب للضمان. فإن قيل: يمكن أن يجعل الأصح هنا نفي الضمان، كما لو عم الجراد المسالك فوطئها المحرم وقتل بعضها فإنه لا ضمان عليه. أجب بأن الحق ثم لله تعالى، وهنا للآدمي.

ثم بيّن كيفية دفع الصائِل بقوله (ويدفع الصائِل بالأخف) فالأخف إن أمكن، والمعتبر غلبة الظن (فإن أمكن) دفعه (بكلام واستعاثة). بغين معجمة ومثلثة - بالناس (حرم الضرب) أي الدفع به (أو) أمكن دفعه (بضرب بيد حرم سوط، أو) أمكن دفعه (بسوط حرم عصا، أو) أمكن دفعه (بقطع عضو حرم قتل) لأن ذلك جوز للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل ولو اندفع شزّه كأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله، أو حال بينهما جدار أو خندق لم يضربه كما صرح به في الروضة. وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن. ويستثنى من مراعاة الترتيب مسائل: الأولى: لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة. الثانية: ما سيأتي في النظر إلى الحرم أنه يرمي بالحصاة قبل الإنذار على خلاف فيه يأتي. الثالثة: لو كان الصائِل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلا السيف فالصحيح أن له الضرب به لأنه لا يمكنه الدفع إلا به، وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه. الرابعة: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل، وإن اندفع بدونه فإنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة كذا قاله الماوردي والرويانى وهو مردود لقول الشيخين في الروضة وأصلها: إذا وجد رجلاً يزني بامرأته أو غيرها لزمه منعه ودفعه، فإن هلك في الدفع فلا شيء عليه، وإن اندفع بضرب ونحوه ثم قتله لزمه القصاص إن لم يكن الزاني محصناً. فإن كان فلا قصاص على الصحيح، وقد سبق في الجنائيات اه. فهذا دليل على اشتراط الترتيب (فإن أمكن) المصول عليه (هرب) أو التجأ لحصن أو جماعة (فالمذهب وجوبه وتحريم قتال) لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون فالأهون، وما ذكر أسهل من غيره فلا يعدل إلى الأشد، والثاني لا يجب لأن إقامته في ذلك الموضوع جائزة فلا يكلف الانصراف والطريق الثاني إن يتقن النجاة بهرب وجب وإلا فلا حملاً للنصين المختلفين على هذين الحالين.

تنبيه: قضية المتن أنه لو قاتل مع إمكان الهرب لزمه القصاص، وقية كلام البغوي المنع، فإنه قال تلزمه الدية اه. والأول أوجه لما مر، وقضية إطلاق المتن وجوب الهرب أنه لا فرق بين أن يكون المقصود نفسه أو

وَلَوْ عُضَّتْ يَدُهُ خَلَصَهَا بِالْأَسْهَلِ مِنْ فِكَ لَحْيِيهِ وَضَرَبَ شِدْقِيهِ، فَإِنْ عَجَزَ فَسَلَّهَا فَتَدَرَّتْ أَسْنَانُهُ فَهَدَّرَ. وَمَنْ نُظِرَ إِلَى حُرْمِهِ فِي دَارِهِ مِنْ كَوَّةٍ أَوْ ثَقْبٍ عَمْدًا فَرَمَاهُ بِخَفِيفٍ كَحَصَاةٍ فَأَغَمَاهُ، أَوْ أَصَابَ قُرْبَ عَيْنِهِ فَجَرَحَهُ فَمَاتَ فَهَدَّرَ؛

ماله أو بضعه، وتعليل الرافي يقتضي تخصيصه بالدفع عن نفسه وهو الظاهر كما قاله الزركشي فلا يلزمه الهرب، ويدع ماله إذا كان الصيال عليه لأجل ما له ولم يمكنه لهرب، وأما إذا كان المقصود البضع فقضية البناء على وجوب الدفع أنه لا يلزمه الهرب، بل يثبت إن أمن على نفسه.

(ولو عضت يده) أو غيرها (خلصها بالأسهل من فك لحية) أي رفع إحداهما عن الأخرى بلا جرح (وضرب) أي أو ضرب (شديقه) بكسر المعجمة، وهما جانب الفم (فإن عجز) عن الأسهل (فسلها فتدرت) - بنون - أي سقطت (أسنانه فهدر) لما في الصحيحين: أن رجلاً عضن يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثناياه، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال «يَعِضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعِضُّ الْفَخْلُ! لَا دِيَةَ لَكَ»^(١)؛ ولأن النفس لا تضمن بالدفع فالإجزاء أولى، وسواء أكان العاض ظالماً أو مظلوماً لأن العض لا يباح بحال. قال ابن أبي عسرون: إلا إذا لم يمكن التخلص إلا به فهو حق له، نقله عنه الأذري وقال إنه صحيح وهو ظاهر.

تنبيه: اقتضى كلام المصنف أمرين: الأول التخيير بين فك اللحي والضرب، وليس مراداً بل الفك مقدم على الضرب كما علم مما مر، لأنه أسهل. والثاني الحصر فيما ذكر، وليس مراداً أيضاً، فالصحيح في أصل الروضة أنه إذا لم يمكنه التخلص إلا ببيع بطنه، أو فقه عينه، أو عصر خصيه جاز، وقضية كلام الشيخين مراعاة الترتيب فلو عدل عن الأخف مع إمكانه ضمن، وهو قضية كلام الجمهور. قال الأذري: وإطلاق كثيرين يفهم أنه لو سلّ يده ابتداء فتدرت أسنانه كانت مهددة وهو ظاهر الحديث اهـ. ولا يجب قبل ذلك الإنذار بالقول كما جزم به الماوردي وغيره، فإن اختلفا في إمكان التخلص بدون ما دفع به صدق الدافع بيمينه، جزم به في البحر. قال الزركشي تبعاً للأذري: وليكن الحكم كذلك في الصائل.

فائدة: العض بضاد معجمة إذا كان بجراحة، وبطاء معجمة إذا كان بغيرها: نحو عظت الحرب وعظ الزمان. قالت عتبة أم حاتم الطائي:

لعمري لقدما عظني الدهر عظة فإيا ليت أن لا أمنع الدهر جائعا
وقولا لهذا اللائم اليوم اعفني فإن أنت لم تفعل فعضّ الأصابع

(ومن نظر) بضم أوله (إلى حرمة) بضم أوله وفتح ثانيه المهملين وبهاء الضمير الراجع لمن، والمراد بهن الزوجات والإماء والمحارم (في داره) المختصة به بملك أو غيره (من كوة) أي طاقة، ومر في الصلح أنها بفتح الكاف، وحكي ضمها (أو ثقب) بفتح المثناة أوله، أي خرق في الدار، وقوله: (عمداً) قيد في النظر (فرماه) أي رمى صاحب الدار من نظر إلى حرمة حال نظره (بخفيف) نقصد العين بمثله (كحصاة فأغماه، أو) لم يعمه، بل (أصاب قرب عينه فجرحه) فسرى الجرح (فمات فهدر) لخبر الصحيحين: «لَوْ اطَّلَعَ أَحَدٌ فِي بَيْتِكَ وَلَمْ تَأْذَنْ لَهُ

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الديات، باب: إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه (الحديث: ٦٨٩٢)، وأخرجه مسلم في كتاب: القسامة والمحاربين، باب: الصائل على نفس الإنسان أو عضه... (الحديث: ٤٣٤٢).

فَحَدَّثْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأَتْ عَيْنَهُ مَا كَانَ عَلَيْكَ جُنَاحٌ^(١)، وفي رواية صححها ابن حبان والبيهقي: «فَلَا قَوْدٌ وَلَا دِيَةٌ»^(٢)، والمعنى فيه المنع من النظر وسواء أكانت حرمه مستورة أو في منعطف أم لا، لعموم الأخبار، ولأنه يريد سترها عن الأعين وإن كانت مستورة.

تنبيه: شمل قوله: «ومن نظر» الرجل والمرأة عند نظرها ما لا يجوز، والخشني والمراهق وهو كذلك. فإن قيل: المراهق غير مكلف، ولا يستوفى منه الحدود فكيف يجوز رميه؟ أجيب بأن الرمي ليس للتكليف بل لدفع مفسدة النظر فإذن لا فرق بين المكلف وغيره ممن يحصل به المفسدة، وخرج بقوله: «نظر الأعمى»، «ومن استرق السمع»، فلا يجوز رميهما، إذ ليس السمع كالبصر في الاطلاع على العورات ويقول: «حرمه» ما إذا كان فيها المالك وحده، فإن فيه تفصيلاً وهو إن كان مكشوف العورة فله الرمي، وإلا فلا في الأصح، وإن اختار الأذري الرمي مطلقاً لعموم الحديث المار، وما إذا كان فيها خشني مستور العورة فإنه لا يرميه كما قال البلقيني إنه الأقرب. وقال الزركشي: ينبغي تخريجه على جواز النظر إليه، وهذا أوجه، والضمير في قوله: «في داره» راجع لمن له الحرم، أما الناظر فلا فرق بين أن يكون الموضوع الذي يطلع منه ملكه أو شارعاً أو غيره، لأنه لا يحل له الاطلاع، ويقول: «من كوة أو ثقب» ما إذا نظر من الباب المفتوح فلا يرميه لتفريط صاحب الدار بفتحه، ولا بد من تقييد الكوة بالصغيرة، أما الكبيرة فكالباب المفتوح، وفي معناها الشباك الواسع العين لتقصير صاحب الدار إلا أن ينذر، فيرميه كما صرح به الحاوي الصغير وغيره. ويؤخذ من التعليل أنه لو كان الفاتح للباب هو الناظر ولم يتمكن رب الدار من إغلاقه جاز الرمي وهو ظاهر، وحكم النظر من سطح نفسه والمؤذن من المارة كالكوة على الأصح، إذ لا تفريط من صاحب الدار. ويقول: «عمداً» ما إذا لم يقصد الاطلاع كأن كان مجنوناً أو كان مخطئاً أو وقع نظره اتفاقاً فإنه لا يرميه إذا علم بذلك صاحب الدار، فإن رماه وادعى المرمي عدم القصد فلا شيء على الرامي لأن الاطلاع حصل والقصد باطن. قال الرافعي: وهذا ذهب إلى جواز الرمي من غير تحقق القصد. وفي كلام الإمام ما يدل على المنع وهو حسن اهـ. وظاهر كما قال شيخنا أن ما ذكر ليس ذهاباً لذلك إذ لا يمنع ذلك إن تحقق الأمر بقرائن يعرف بها الرامي قصد الناظر ولا يجوز رمي من انصرف عن النظر كالمسائل إذا رجع عن صياله. ويقول: «بخفيف الثقيل» كالحجر الكبير والشباب ويضمن إن رمي بذلك بالقصاص أو الدية. نعم لو لم يجد غير ذلك جاز كتنظيره في الصيال فيما إذا أمكنه الدفع بالعصا ولم يجد إلا السيف كما نبه عليه الزركشي، ولو لم يمكن رمي عينه أو لم يندفع برميه بالخفيف استغاث عليه فإن لم يكن في محل غوث استحب أن ينشده بالله تعالى ثم له ضربه بالسلاح وما يردعه.

ويستثنى من إطلاقهم الناظر صورتان: الأولى ما لو كان أحد أصوله الذين لا قصاص عليهم ولا حدّ قذف فلا يجوز رميه كما قاله الماوردي والرويانى، لأنه نوع حدّ، فإن رماه وفقأه ضمن. الثانية ما إذا كان النظر مباحاً له لخطبة ونحوها بشرطه كما قاله البلقيني وغيره، ولمستأجر الدار رمي المالك وهل يجوز للمستعير رمي

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الديات، باب: من اطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له (الحديث: ٦٩٠٢)، وأخرجه مسلم في كتاب: الآداب، باب: تحريم النظر في بيت غيره (الحديث: ٥٦٠٨).

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: الجنائيات، باب: القصاص (الحديث: ٦٠٠٤)، وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الأشربة والحد فيها، باب: التعدي والاطلاع (الحديث: ٣٣٨/٨).

بَشْرَطِ عَدَمِ مَحْرَمٍ وَزَوْجَةٍ لِلنَّاظِرِ، قِيلَ: وَأَسْتَتَارَ الْحَرَمِ، قِيلَ: وَإِنذَارٍ قَبْلَ رَمِيهِ.

المعير؟ وجهان في أصل الروضة بلا ترجيح. وقال الأذرعى وغيره: الأقوى الجواز ولو كان في دار مغسوبة أو مسجد أو شارع مكشوف العورة، أو هو وأهله فلا يجوز رميه، لأن الموضع لا يختص به. والخيمة في الصحراء كالبيت في البنيان وإنما يجوز رمي الناظر (بشروط عدم محرم وزوجة للناظر) فإن كان له شيء من ذلك حرم رميه لأن له في النظر شبهة كما لا يقطع بسرقة المال المشترك.

تنبيه: «الواو» في عبارته بمعنى «أو»، فإن أحدهما كاف ومثل الزوجة الأمة، ويرد على طرده ما لو كان له هناك متاع فإنه لا يجوز رميه كما جزما به في الشرح والروضة، وعلى عكسه ما لو كان له هناك محرم ولكن متجردة فإنه يجوز رميه إذ ليس له النظر إلى ما بين سرتها وركبتها.

ثم أشار لاعتبار شرطين آخرين على مرجوح أحدهما ما تضمنه قوله (قيل: و) بشروط عدم (استتار المحرم) فإن كن مستترات بالثياب، أو في منعطف لا يراهن الناظر لم يجز رميه لعدم اطلاعه عليهن، والأصح عدم اشتراط ذلك لعدم الأخبار، وحسماً لمادة النظر فقد يريد ستر حرمة عن الناس وإن كن مستترات. والشروط الثاني ما تضمنه قوله (قيل: و) بشرط (إنذار) بمعجمة (قيل رميه) على قياس الدفع بالأهون فالأهون، والأصح عدم اشتراطه للحديث المار، إذ لم يذكر فيه الإنذار. قال الإمام: ومجال التردد في الكلام الذي هو موعظة وتخجيل قد يفيد وقد لا يفيد. فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة مزعجة فلا يجوز أن يكون في وجوب البداءة خلاف. قال الرافعي: وهذا حسن اهـ. وهو ظاهر. فإن قيل تصحيح عدم وجوب الإنذار مخالف لما ذكره من أنه لو دخل شخص داره أو خيمته بغير إذنه فإن له دفعه، وإن أتى الدفع على نفسه لم يضمنه، لكن لا يجوز قبل إنذاره على الأصح. قال الرافعي: كسائر أنواع الدفع. أجبب بأن رمي المتطلع منصوص عليه كقطع اليد في السرقة، ودفع الداخل مجتهد فيه فلزم سلوك ما يمكن، وبهذا يفرق بين ما ذكره وما مر في تخليص اليد من عاضها من حيث أنه ﷺ لما أهدر ثنية العاض بنزع العضوض يده من فيه لم يفصل بين وجود الإنذار وعدمه. ولو قتل شخص آخر في داره وقال: إنما قتلته دفعاً عن نفسي أو مالي وأنكر الولي فعله البينة بأنه قتلته دفعاً، ويكفي قولها دخل داره شاهر السلاح، ولا يكفي قولها دخل بسلاح من غير شهر إلا إن كان معروفاً بالفساد، أو بينه وبين القاتل عداوة فيكفي ذلك للقرينة كما قاله الزركشي، ولا يتعين ضرب رجله وإن كان الدخول بهما لأنه دخل بجميع بدنه فلا يتعين قصد عضو بعينه. ولو أخذ المتاع وخرج فله أن يتبعه ويقاقله إلى أن يطرحه، ولا يجوز دخول بيت شخص إلا بإذنه مالكاً كان أو مستأجراً أو مستعيراً، فإن كان أجنبياً، أو قريباً غير محرم فلا بد من إذن صريح سواء أكان الباب مغلقاً أم لا، وإن كان محرماً فإن كان ساكناً مع صاحبه فيه لم يلزم الاستئذان، ولكن عليه أن يشعره بدخوله بتنحنح أو شدة وطء أو نحو ذلك ليستتر العريان، فإن لم يكن ساكناً فإن كان الباب مغلقاً لم يدخل إلا بإذن، وإن كان مفتوحاً فوجهان: والأوجه الاستئذان.

فروع: لو صال عبد مغسوب أو مستعار على المالك فقتله دفعاً لم يبرأ كل من الغاصب والمستعير من الضمان إذ لا أثر بقتله دفعاً، ولو قطع يد صائل دفعاً وولي فتبعه فقتله قتل به، لأنه حين ولي عنه لم يكن له أن يقتله ولا شيء له في اليد، لأن النفس لا تنقص بنقص اليد، ولهذا لو قتل من له يدان من ليس له إلا يد قتل به ولا شيء عليه، ولو أمكنه الهرب من فحل صائل عليه ولم يهرب فقتله دفعاً ضمن بناء على وجوب الهرب عليه إذا صال عليه إنسان. وفي حل أكل لحم الفحل الصائل الذي تلف بالدفع إن أصيب مذبحة وجهان: وجه منع الحل أنه لم يقصد الذبح والأكل والراجح كما قال الزركشي الحل كما دل عليه كلام الرافعي في الصيد والذبائح.

وَلَوْ عَزَّرَ وَلِيٌّ وَوَالٍ وَزَوْجٌ وَمُعَلِّمٌ فَمَضْمُونٌ، وَلَوْ حَدَّ مُقَدَّرًا فَلَا ضَمَانَ. وَلَوْ ضُرِبَ شَارِبٌ يَنْعَالٍ وَثِيَابٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذَا أَرْبَعُونَ سَوَاطِئَ عَلَى الْمَشْهُورِ.

(ولو عزَّر ولي) محجوره (ووال) من رفع زوجته إليه (وزوج) فيما يتعلق به من نشوز وغيره (ومعلم) صغيراً يتعلم منه ولو بإذن وليه (فمضمون) تعزيرهم. فإذا حصل به هلاك، فإن كان بضرب يقتل غالباً فالقصاص على غير الأصل وإلا فدية شبه العمد على العاقلة لأنه مشروط بسلامة العاقبة، إذ المقصود التأديب لا الهلاك، فإذا حصل به هلاك تبين أنه جاوز الحد المشروع. فإن قيل: لو ضرب الدابة المستأجرة أو الرائص لتعلم الرياضة الضرب المعتاد فهلكت فإنه لا ضمان فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن الدابة لا يستغنى عن ضربها، وقد يستغنى عن ضرب الآدمي بالقول والزجر فضمنه.

تنبيه: دخل في تعبيره ما لا مدخل له في الهلاك كتوبيخ غير الحامل والحبس والنفي والصفعة الخفيفة لذكره قبل ذلك أن التعزير يكون بالحبس والصفع والتوبيخ، ثم أطلق التعزير هنا مع أن هذا ليس بمضمون قطعاً. واقتصار المصنف على هذه الأربعة يخرج السيد في تعزير عبده فإنه غير مضمون، إذ لا يجب له شيء على نفسه، وكذا لو أذن السيد لغيره في ضرب مملوكه فضربه فمات فإنه لا ضمان كما نقلناه عن البغوي وأقره. واستثنى البلقيني من الضمان ما إذا اعترف بما يقتضي التعزير وطلب بنفسه من الوالي تعزيره فعززه فإنه لا يضمنه لأنه ينبغي كما قال ابن شهبة: أن يقيد بما إذا عين له نوع التعزير وقدره. والزرکشي: الحاكم إذا عزر الممتنع من الحق المتعين عليه مع القدرة على أدائه، وتسمية ضرب الولي والزوج والمعلم تعزيراً هو أشهر الاصطلاحين كما ذكره الرافي. قال: ومنهم من يخص لفظ التعزير بالإمام أو نائبه، وضرب الباقي بتسميته تأديباً لا تعزيراً.

(ولو حدّ) الإمام حيث كان الاستيفاء (مقدراً) بنص فيه كحد قذف فمات المحدود (فلا ضمان) بالإجماع كما حكاه ابن المنذر، لأن الحق قتله سواء في ذلك الجلد والقطع وسواء جلده في حر وبرد مفرطين أم لا كما مر في آخر حدّ الزنا، وسواء كان في مرض يرجى برؤه أم لا، فإن قيل لا معنى لوصف الحد بالتقدير فإنه لا يكون إلا مقدراً. أجيب بأنه احترز به عن حد الشرب إذا بلغ به ثمانين كما سيأتي (ولو ضرب شارب بنعال وثياب) فمات (فلا ضمان) فيه (على الصحيح) المنصوص كما في سائر الحدود، والثاني يضمن بناء على أنه لا يجوز أن يضرب هكذا بأن يتعين السوط (وكذا أربعون سوطاً) ضربها الشارب الحر فمات فلا ضمان فيه (على المشهور) لأن الصحابة أجمعت على أن يضرب بأربعين جلدة ولأنه جلد يسقط به الحد فلا يتعلق به ضمان كحد الزنا والقذف، والثاني فيه الضمان، وصححه البلقيني، لأن تقديره الأربعين كان باجتهاده، وكذا علله الرافي، واعترض بأن في صحيح مسلم عن علي رضي الله تعالى عنه: «جَلَدْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْبَعِينَ»^(١) فهو ثابت بالنص.

تنبيه: محل الخلاف إذا منعنا السياط، فإن جوزناه به وبغيره كما هو الأصح فلا ضمان قطعاً كما صرح به المصنف في تصحيحه، وإذا أوجبنا الضمان ضمن الجميع وقيل النصف.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحدود، باب: حدّ الخمر (الحديث: ٤٤٣٢).

أَوْ أَكْثَرَ وَجَبَ قِسْطُهُ بِالْعَدَدِ، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُ دِيَّةٍ، وَيَجْرِيَانِ فِي قَازِفِ جُلْدٍ أَحَدًا وَثَمَانِينَ. وَلِمُسْتَقِيلٍ قَطْعُ سِلْعَةٍ إِلَّا مَخُوفَةً لَا خَطَرَ فِي تَرْكِهَا، أَوْ الْخَطَرُ فِي قَطْعِهَا أَكْثَرُ؛ وَلَا يَبِ وَجَدَ قَطْعُهَا مِنْ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ مَعَ الْخَطَرِ إِنْ زَادَ خَطَرُ التَّرْكِ

(أو) جلد الإمام في حد الشرب (أكثر) من أربعين جلدة فمات (وجب قسطه) أي الأكثر (بالعدد) أي عدد الجلدات نظراً للزائد قط، ويسقط الباقي لأن الضرب يقع على ظاهر البدن، فهو قريب التماثل فيسقط الضمان على عده، ففي إحدى وأربعين جلدة جزء من إحدى وأربعين جزءاً من الدية، وفي عشرة خمس الدية وهكذا (وفي قول نصف دية) لأنه مات من مضمون وغيره، وجرى على هذا البلقيني وقال: لم أف على ترجيح الأول في كلام أحد من الأصحاب، ولكن من حفظ حجة على من لم يحفظ. واستشكل بعضهم الأول بأن حصة السوط الحادي والأربعين مثلاً لا تساوي حصة السوط الأول، لأن الأول صادف بدنأً صحيحاً قبل أن يؤثر فيه الضرب، بخلاف الأخير فإنه صادف بدنأً قد ضعف بأربعين، ولكن الأصحاب قطعوا النظر عن ذلك (ويجريان في قاذف جلد أحدًا وثمانين) فمات، ففي قول يجب نصف الدية، والأظهر جزء من أحد وثمانين جزءاً من الدية.

تنبية: قوله: «أحد» كذا هو في نسخة المصنف، وذكره لإرادة السوط، وفي المحرر إحدى لإرادة الجلدة وهو أولى لموافقة القرآن مائة جلدة، ثمانين جلدة ومحل الخلاف إذا ضربه الزائد مع بقاء ألم الضرب الأول، فإن ضربه الحد كاملاً وزال ألم الضرب، ثم ضربه الزائد فمات ضمن دية كلها بلا خلاف.

(ولمستقل) بأمر نفسه وهو الحر البالغ العاقل كما قال البغوي والماوردي وغيرهما ولو سفيهاً (قطع سلعة) منه وهو بكسر السين، وحكي فتحها مع سكون اللام وفتحها: خراج كهيئة الغدة يخرج بين الجلد واللحم يكون من الحمصة إلى البطيخة، وله فعل ذلك بنفسه وبنائبه لأن له غرضاً في إزالة الشين (إلا) سلعة (مخوفة) قطعها بقول اثنين من أهل الخبرة أو واحد كما بحثه الأذري (لا خطر في تركها) أصلاً (أو الخطر في قطعها أكثر) منه في تركها فيمتنع عليه القطع في هاتين الصورتين لأنه يؤدي إلى هلاك نفسه، قال تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(١) أما التي خطر تركها أكثر أو القطع والتترك فيها سيان فيجوز له قطعها على الصحيح في الأولى والأصح في الثانية كما في الروضة وأصلها كما يجوز قطعه لغير المخوفة لزيادة رجاء السلامة مع إزالة الشين، وإن نازع البلقيني في الجواز عند استوائهما، قال: لو قال الأطباء إن لم تقطع حصل أمر يفضي إلى الهلاك وجب القطع كما يجب دفع المهلكات ويحتمل الاستحباب اه. وهذا الثاني أوجه، ومثل السلعة فيما ذكر وفيما يأتي العضو المتأكل. قال المصنف: ويجوز الكي وقطع العروق للحاجة، ويسن تركه، ويحرم على المتألم تعجيل الموت وإن عظم ألمه ولم يطقه لأن برأه مرجو، فلو ألقى نفسه في محرق علم أنه لا ينجو منه إلا إلى مائع محرق ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات المحرق جاز لأنه أهون، وقضية التعليل أن له قتل نفسه بغير إغراق، وبه صرح الإمام في النهاية عن والده، وتبعه ابن عبد السلام (ولأب وجد) وإن علا (قطعها) أي السلعة (من صبي ومجنون مع الخطر) فيه (إن زاد خطر الترك) على خطر القطع لأنهما يليان صون مالهما عن الضياع فبدنهما أولى.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

لَا لِسُلْطَانٍ، وَلَهُ وَلِسُلْطَانٍ قَطْعُهَا بِلَا خَطَرٍ، وَفَصْدٌ وَحِجَامَةٌ، فَلَوْ مَاتَ بِجَائِزٍ مِنْ هَذَا فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ فَعَلَ سُلْطَانٌ بِصَبِيٍّ مَا مُنِعَ قَدِيَّةٌ مُعَلَّظَةٌ فِي مَالِهِ؛ وَمَا وَجِبَ بِخَطْلِ إِمَامٍ فِي حَدِّ أَوْ حُكْمٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ، وَفِي قَوْلٍ: فِي بَيْتِ الْمَالِ. وَلَوْ حَدَّهُ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا عَبْدَيْنِ أَوْ ذَمِّيَّيْنِ أَوْ مُرَاهِقَيْنِ فَإِنْ قَصَرَ فِي اخْتِيَارِهِمَا

تنبيه: أفهم كلامه المنع فيما إذا زاد خطر القطع، ولا خلاف فيه، وفيما إذا استوى الأمران وهو ما نقلا تصحيحه عن الإمام وأقراه. فإن قيل: قد مر في المستقل أنه يجوز له القطع حينئذ، فهلا كان هنا كذلك كما قال به في الكفاية؟. أجب بأن القطع ثم من نفسه، وهنا من غيره فاحتيط فيه.

(لا لسلطان) ولا لغيره ما عدا الأب والجد كالوصي، وذلك لأنه يحتاج إلى نظر دقيق وفراغ وشفقة تامين، وكما أن للأب والجد تزويج البكر الصغيرة دون غيرها.

تنبيه: قضية التعليل أنه لو كانت الأم وصية جاز لها ذلك وهو كما قال شيخنا ظاهر.

(وله) أي من ذكر من أب وجد (ولسلطان) ولغيره من الأولياء لا الأجنبي (قطعها بلا خطر) فيه لعدم الضرر، ونازع الأذرع في تجوز ذلك للسلطان، وقال إنه من تصرف الإمام وجريا عليه، أم الأجنبي فليس له ذلك بحال، فإن فعل وسرى إلى النفس وجب عليه القصاص (و) يجوز له أيضاً ولبقية الأولياء (فصد وحجامة) ونحوهما بلا خطر عند إشارة الأباء بذلك للمصلحة مع عدم الضرر بخلاف الأجنبي لأنه لا ولاية له، ويؤخذ من ذلك أن الأب الرقيق والسفيه كالأجنبي كما بحثه الأذرع (فلو مات) الصبي المجنون (بجائز من هذا) المذكور (فلا ضمان في الأصح) لثلا يمتنع من ذلك فيتضرر الصبي والمجنون، والثاني يضمن كما في التعزير إذا أفضى إلى التلف (ولو فعل سلطان بصبي) أو مجنون (ما منع) منه في حقه فمات (فدية مغلظة في ماله) لتعديبه.

تنبيه: لا معنى للتقييد بالسلطان، بل الأب والجد كذلك، ولا قصاص على واحد منهم لشبهة الإصلاح وللبعضية في الأب والجد، ودخل في عبارة المصنف ما لو كان الخوف في القطع أكثر من الترك وهو كذلك، وإن قال الماوردي في هذه بوجوب القصاص على السلطان.

(وما وجب بخطأ إمام في حد أو حكم فعلى عاقلته) كغيره من الناس (وفي قول: في بيت المال) لأن خطأه قد يكثر لكثرة الوقائع فيضرب ذلك بالعاقل.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يظهر منه تقصير، فإن ظهر كما لو أقام الحد على الحامل وهو عالم به فألقت جنيناً فالغرة على عاقلته قطعاً، واحترز بخطئه عما يتعدى فيه فهو فيه كآحاد الناس، ويقول «في حد أو حكم» من خطئه فيما لا يتعلق بذلك فإنه فيه كآحاد الناس أيضاً كما إذا رمى صيداً فأصاب آدمياً فتجب الدية على عاقلته بالإجماع، ويرد على الصنف الكفارة فإنها في ماله على الأول قطعاً وعلى الثاني على الأصح، وقوله «في حكم» قد يشمل التعزير فإنه كالحد: وهذا كله إذا كان الخطأ في النفس. فإن كان في المال فقولان: أحدهما وهو الأوجه يتعلق بماله. والثاني بيت المال.

(ولو حده) أي الإمام شخصاً (بشاهدين فباننا عبيدين) أو عدوين للمشهود عليه أو أصلية أو فرعية أو فاسقين (أو ذميين أو مراهقين) ومات المحدود نظرت (فإن قصر) الإمام (في اختيارهما) بأن تركه جملة كما قاله

فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَالْقَوْلَانِ. فَإِنْ ضَمَّنَا عَاقِلَةً أَوْ بَيْتَ مَالٍ فَلَا رُجُوعَ عَلَى الذَّمِّيِّ وَالْعَبْدَيْنِ فِي الْأَصْحَ. وَمَنْ حَجَّمَ أَوْ فَصَدَ بِإِذْنٍ لَمْ يَضْمَنْ. وَقَتْلُ جَلَادٍ وَضَرْبُهُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ كَمُبَاشَرَةِ الْإِمَامِ إِنْ جَهِلَ ظَلْمُهُ وَخَطَأُهُ، وَإِلَّا فَالْقِصَاصُ وَالضَّمَانُ عَلَى الْجَلَادِ إِنْ لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهًا.

الإمام (فالضمان عليه) أي فيقتص منه إن تعمد، لأن الهجوم على القتل ممنوع منه بالإجماع، وإن وجب المال فهو عليه أيضاً لا على عاقلته ولا في بيت المال، وإن لم يتعمد فالضمان على عاقلته لا في بيت المال.

تنبيه: لو قال «غير مقبولي الشهادة» لشمل ما ذكر من الصور، ولو قال: «فبانا كافرين» لشمل الحريين والمستأمنين وإن لم يتعلق بهما ضمان.

(وإلا) بأن لم يقصر في اختبارهما بل بحث وبذل وسعه (فالقولان) في أن الضمان على عاقلته أو في بيت المال، وقد مر توجيههما وإن أظهرهما الأول. ثم فرع على القولين قوله: (فإن ضمنا عاقلة) على الأظهر (أو بيت مال) على مقابله (فلا رجوع على الذميين والعبدتين) والفاسقين والمراهقين من ذكر بعدهم (في الأصح) المنصوص، لأنهم يزعمون أنهم صادقون ولم يوجد منهم تعدد فيما أتوا به، والثاني له الرجوع عليهم لأنهم غروا القاضي، والثالث يثبت الرجوع للعاقله دون بيت المال، وعلى الأول له الرجوع على المتجاهر بالفسق بما غرمه، لأن حقه أن لا يشهد، ولأن الحكم بشهادته يشعر بتدليس منه وتغري، بخلاف غير المتجاهر بذلك، ولا يقال إن الذمي كالمجاهر لأن عقيدته لا تخالف ذلك.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لا ضمان على المزكين وهو ما في أصل الروضة عن العراقيين قبيل الدعاوى، لكن في أصلها في القصاص أن المزكى الراجع يتعلق به القصاص والضمان في الأصح، وهذا هو المعتمد كما قاله بعض المتأخرين.

(ومن حجيم) غيره (أو فصد) (بإذن) معتبر كقول حر مكلف لحاجم: احجمني أو افسدني ففعل وأفضى للتلغ (لم يضمن) ما تولد منه وإلا لم يفعله أحد، هذا إن لم يخطيء، فإن أخطأ ضمن وتحمله العاقلة كما نص عليه الشافعي في الخاتن، قال ابن المنذر. وأجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن (وقتل جلاذ وضربه بأمر الإمام كمباشرة الإمام) القتل والضرب (إن جهل) الجلاذ (ظلمه) أي الإمام (وخطأه) فيتعلق الضمان بالإمام قوداً ومالاً لا بالجلاذ لأنه آتة ولا بد منه في السياسة، فلو ضمنه لم يتول الجلاذ أحد لكن استحب الشافعي رضي الله عنه له أن يكفر لمباشرة القتل. قال الإمام: وهذا من النوادر لأنه قاتل مباشر مختار، ولا يتعلق به حكم في القتل بغير حق (وإلا) بأن علم ظلمه أو خطأه (فالقصاص والضمان على الجلاذ) وحده هذا (إن لم يكن) هناك (إكراه) من جهة الإمام لتعديه، إذا كان من حقه لما علم الحال أن يمتنع، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، نعم إن اعتقد وجوب الطاعة في المعصية فالضمان على الإمام لا عليه لأنه مما يخفى، نقله الأذري والزرکشي عن صاحب الروافي وأقره، فإن كان هناك إكراه فالضمان عليهما بالمال قطعاً وبالقصاص على الأظهر.

تنبيه: محل ما ذكر في خطأ في نفس الأمر، فإن كان في محل الاجتهاد قتل مسلم بكافر وحر بعبد، فإن اعتقد أنه غير جائز أو اعتقد الإمام جوازه دون الجلاذ، فإن كان هناك إكراه فالضمان عليهما وإلا فعلى الجلاذ في الأصح، وإن اعتقد الجواز فلا ضمان على أحد، وإن اعتقد الإمام المنع والجلاذ الجواز، فقبل بينائه على

وَيَجِبُ خَتَانُ الْمَرْأَةِ بِجُزْءٍ مِنَ اللَّحْمَةِ بِأَعْلَى الْفَرْجِ، وَالرَّجُلِ بِقَطْعِ مَا تُعْطَى حَشَفَتَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ؛

الوجهين في عكسه وضعفه الإمام لأن الجلاد مختار عالم بالحال والإمام لم يفوض إليه النظر والاجتهاد بل القتل فقط، فالجلاد كالمستقل كما في الروضة وأصلها، وما وضعفه جزم به جمه. ولو أسرف المعزر مثلاً أو ظهر منه قصد القتل تعلق به القصاص أو الدية المغلظة في ماله.

(ويجب ختان المرأة بجزء) أي قطعة (من اللحمة) الكائنة (بأعلى الفرج) وهي فوق ثقبه البول تشبه عرف الدليل، فإذا قطعت بقي أصلها كالتواة، ويكفي قطع ما يقع عليه الاسم. قال في التحقيق: وتقليله أفضل، لما روى أبو داود وغيره أنه ﷺ قال للختانة «أَسْمِي وَلَا تُنْهَكِي فَإِنَّ ذَلِكَ أَخْطَى لِلْمَرْأَةِ»^(١) أي أكثر لماء وجهها ودمه وأحب للبلع: أي أحسن في جماعها (و) ختان (الرجل بقطع ما) أي جلدة (تغطي حشفته) حتى تظهر كلها، فلا يكفي قطع بعضها، ويقال لتلك الجلدة القلفة، وقوله (بعد البلوغ) ظرف ليجب ويكون بعد العقل أيضاً واحتمال الختان. أما وجوبه فلوقوله تعالى ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾^(٢) وكان من ملته الختان، ففي الصحيحين: «أَنَّهُ اخْتَتَنَ وَعُمُرُهُ ثَمَانُونَ سَنَةً»^(٣) وفي صحيح ابن حبان والحاكم «مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً»^(٤) وقيل سبعون سنة. ولأنه قطع جزء من البدن لا يخلف تعبداً فلا يكون إلا واجباً كقطع يد السارق، واحترز بالقييد الأول عن الظفر والشعر، وبالثاني عن القطع للأكل، ولأنه يجوز كشف العورة له من غير ضرورة ولا مداراة. فلو لم يجب لما جاز، ولأنه ﷺ أمر بالختان رجلاً أسلم فقال له: «أَلَيْ عَنَّاكَ شَعْرُ الْكُفْرِ وَالْخَتْنَيْنِ»^(٥) والأمر للوجوب خرج إلقاء الشعر بدليل فبقي في الختان تقليداً لمخالفة الأمر، وقيل هو سنة لقول الحسن: قد أسلم الناس ولم يختنوا، وقيل واجب للذكور سنة للإناث. قال المحب الطبري: وهو قول أكثر أهل العلم، وأما كفيته فكما ذكره المصنف، ولو ولد مختوناً أجزأه.

فائدة: أول من اختن من الرجال إبراهيم صلى الله عليه وسلم، ومن الإناث هاجر رضي الله تعالى عنها. تنبيه: خلق آدم مختوناً وولد من الأنبياء مختوناً ثلاثة عشر: شيث ونوح وهود وصالح ولوط وشعيب

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الأدب، باب: ما جاء في الختان (الحديث: ٥٢٧١)، وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الأشربة والحد فيها، باب: السلطان يكره على الاختتان أو الصبي... (الحديث: ٣٢٤/٨)، وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١١١/١٢)، وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٤٤٦٤)، وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٤٥٣١١).

(٢) سورة النحل، الآية: ١٢٣.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: أحاديث الأنبياء، باب: قول الله تعالى: ﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا﴾ (الحديث: ٣٣٥٦، ٣٣٥٧)، وأخرجه أيضاً في كتاب: الاستئذان، باب: الختان بعد الكبر وتنف الإبط (الحديث: ٦٢٩٨)، وأخرجه مسلم في كتاب: الفضائل، باب: من فضائل إبراهيم الخليل (الحديث: ٦٠٩٣).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين (الحديث: ٥٥١/٢)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: التاريخ، باب: بدء الخلق (الحديث: ٦٢٠٤).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب: الطهارة، باب: في الرجل يسلم فيؤمر بالفصل (الحديث: ٣٥٦)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٤١٥/٣)، وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الطهارة، باب: الكافر يسلم فيغتسل (الحديث: ١٧٢/١)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب: أهل الكتاب، باب: ما يجب على الذي يسلم (الحديث: ٩٨٣٥)، وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٨٢/٤)، وذكره الزبيدي في «إتحاف السادة المتقين» (٤٠٨/٢) و (٤١٨/٢)، وذكره السيوطي في «الدر المشور» (١١٤/١)، وذكره المتقي في «كنز العمال» (الحديث: ١٣٢٢).

وَيُنْدَبُ تَعَجِيلُهُ فِي سَابِعِهِ، فَإِنْ ضَعُفَ عَنِ أَحْتِمَالِهِ أُخْرَ. وَمَنْ حَتَّنَهُ فِي سِنٍّ لَا يَحْتَمِلُهُ لَزِمَهُ قِصَاصٌ إِلَّا وَالِدًا،

ويوسف وموسى وسليمان وزكريا وعيسى وحنظلة بن صفوان ونبينا محمد ﷺ، لكن روى ابن عساكر عن أبي بكرة موقوفاً: «أَنَّ جَبْرِيلَ حَتَّنَ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ طَهَّرَ قَلْبَهُ»^(١) وروى أبو عمر في الاستيعاب عن عكرمة عن ابن عباس: «أَنَّ عَبْدَ الْمَطْلَبِ حَتَّنَ النَّبِيَّ ﷺ يَوْمَ سَابِعِهِ وَجَعَلَ لَهُ مَادِبَةَ وَسَمَاءَ مُحَمَّدًا»^(٢).

وخرج بالبالغ الصغير، وبالعاقل المجنون، وبمن يحتمله من لا يحتمله، لأن الأولين ليسا من أهل الوجوب، والثالث يتضرر به، ولا يجوز ختان ضعيف خلقة يخاف عليه منه فيترك حتى يغلب على الظن سلامته، فإن لم يخف عليه منه استحب تأخيره حتى يحتمله. قال البلقيني: وهذا شرط لأداء الواجب لا أنه شرط للوجوب، وبالمرة الرجل الخنثى المشكل، فلا يجوز ختانه مطلقاً، لأن الجرح لا يجوز بالشك، هذا ما صححه في زيادة الروضة. وقيل: يجب ختان فرجيه بعد بلوغه ليتوصل إلى المستحب. وقال ابن الرفعة: إنه المشهور. وعلى هذا قال المصنف رحمه الله: إن أحسن الختن ختن نفسه وإلا اتباع أمه تختنه فإن عجز عنها تولاه الرجال والنساء للضرورة كالطبيب، ومن له ذكران عاملان يجب عليه ختنتهما، وإن كان أحدهما عاملاً فقط وجب عليه ختنه فقط، وإن شك فالقياس أنه كالخنثى، وهل يعرف العمل بالجماع أو البول؟ وجهان: جزم في الروضة في باب الغسل بالثاني ورجحه في التحقيق.

(ويندب تعجيله) أي الختان (في سابعه) أي يوم الولادة، لما رواه الحاكم عن عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ ﷺ حَتَّنَ الْحَسَنَ وَالْحُسَيْنَ يَوْمَ السَّابِعِ مِنْ وِلَادَتِهِمَا»^(٣) وقال صحيح الإسناد، ولا يحسب يوم الولادة من السبعة كما صححه في الروضة، وإن صحح في شرح مسلم^(٤) أنه يحسب وإنما حسب يوم الولادة منها في العقيقة وحلق الرأس وتسمية الولد لما في الختن من الألم الحاصل به المناسب له التأخير المفيد للقوة على تحمله، وقيل لا يجوز في السابع لأن الصغير لا يطيقه ولأن اليهود يفعلونه فالأولى مخالفتهم، وجرى على ذلك في الإحياء، وعلى الأول يكره قبل السابع كما جزم به في التحقيق، وقال الماوردي: ولو أخره عن السابع استحب أن يختن في الأربعين، فإن أخره عنها، ففي السنة السابعة لأنه الوقت الذي يؤمر فيه بالطهارة والصلاة (فإن ضعف) الطفل (عن احتماله) في السابع (أخر) حتماً إلى أن يحتمله لزوال الضرر (ومن ختنه) من ولي أو غيره (في سن لا يحتمله) فمات (لزمه قصاص) إن علم أنه لا يحتمله لتعديه بالجرح المهلك لأنه غير جائز في هذه الحالة قطعاً، فإن ظن احتماله كأن قال له أهل الخبرة يحتمله فمات فلا قصاص، ويجب دية شبه العمد كما يحته الزركشي (إلا والداً) وإن علا ختنه في سن لا يحتمله فلا قصاص عليه للبضعية، ويجب عليه دية مغلظة في ماله لأنه عمد محض.

تنبيه: السيد في ختان رقيقه لا ضمان عليه، والمسلم في ختان كافر لا قصاص عليه.

(١) ذكره ابن عساكر في «مختصر تاريخ دمشق» (٣٢/٢).

(٢) ذكره ابن عبد البر في «الاستيعاب».

(٣) أخرجه الحاكم في كتاب: الذبايح (الحديث: ٢٣٧/٤).

(٤) ذكره مسلم في شرح النووي في كتاب: الطهارة، باب: خصال الفطرة (١٤٣/٣).

فَإِنْ أَحْتَمَلَهُ وَخَتَنَهُ وَلِيٌّ فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصْحِ، وَأَجْرَتُهُ فِي مَالِ الْمَخْتُونِ.

١ - فصل: في ضمان ما تتلفه البهائم

مَنْ كَانَ مَعَ دَابَّةٍ أَوْ دَوَابٍّ ضَمِنَ إِتْلَاقَهَا نَفْسًا وَمَالًا لَيْلًا وَنَهَارًا،

(فإن احتمله وختنه ولي) فمات (فلا ضمان) عليه (في الأصح) لأنه لا بد منه والتقديم أسهل من التأخير لما فيه من المصلحة، والثاني يضمن لأنه غير واجب في الحال فلم يبح إلا بشرط سلامة العاقبة.

تنبيه: يشمل قوله «ولي» الأب والجد والحاكم والقيم والوصي وهو كذلك، واقتضى كلامه أن من ليس بولي يضمن قطعاً. قال الأذري: وبه صرح الماوردي وغيره، ونص عليه في الأم لتعديه بالمهلك فيقتص منه. قال الزركشي: إلا إذا قصد بذلك إقامة الشعار فلا يتجه القصاص، لأن ذلك يتضمن شبهة في التعدي، ويؤيده ما ذكره البغوي في قطعه يد السارق بغير إذن الإمام اهـ. والبالغ المحجور عليه بسفه ملحق بالصغير كما صرح به صاحب الوافي، والمستقل إذا ختنه بإذنه أجنبي فمات فلا ضمان.

(وأجرته) أي الختن وباقي مؤنه (في مال المختون) الحر ذكر أو أنثى صغيراً أو كبيراً لأنه لمصلحة فاشبه تعليم الفاتحة، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته، وفي وجه أنها على الوالد، أما الرقيق فأجرته على سيده إن لم يمكنه من الكسب لها.

تنمة: يجبر الإمام البالغ العاقل على الختان إذا احتمله وامتنع منه، ولا يضمنه حينئذ إن مات بالختان لأنه مات من واجب، فلو أجبره الإمام فختن أو ختنه أب أو جد في حر أو برد شديد فمات وجب على الإمام دون الأب والجد نصف الضمان، لأن أصل الختان واجب والهلاك حصل من مستحق وغيره، ويفارق الحد بأن استيفاءه إلى الإمام، فلا يؤاخذ بما يفضي إلى الهلاك، والختان يتولاه المختون أو ولده غالباً، فإذا تولاه هو شرط فيه عليه غلبة سلامة العاقبة، وبذلك عرف الفرق بينه وبين الوالد في الختان، ومن مات بغير ختان لم يختن في الأصح، وقيل: يختن الكبير دون الصغير، وقطع السرة من المولود واجب على الولي ليمتنع الطعام من الخروج، قاله ابن الرفعة حكماً وتعليلاً ولم ينقله عن أحد وهو ظاهر، وفي كتاب المدخل لابن الحاج المالكي أن السنة في ختان الذكور إظهاره وفي ختان الإناث إخفاؤه.

فصل: في ضمان ما تتلفه البهائم (من كان مع دابة أو دواب) سواء أكان مالكاً، أم مستأجراً، أم مودعاً، أم مستعيراً، أم غاصباً (ضمن إتلافها) بيدها أو رجلها أو غير ذلك (نفساً ومالاً ليلًا ونهاراً) لأنها في يده وعليه تعهدا وحفظها، ولأنه إذا كان معها كان فعلها منسوباً إليه والأنسب إليها كالكلب إذا أرسله صاحبه وقتل الصيد حل، وإن استرسل بنفسه فلا فجائتها كجنايته، سواء أكان سائقها أم قائدها أم راكبها، ولو كان معها سائق وقائد فالضمان عليهما نصفين، ولو كان معها سائق وقائد مع راكب فهل يختص الضمان بالراكب أو يجب أثلاثاً؟ وجهان: أرجحهما الأول كما صرح به الروياني وغيره، واقتضاه كلام الرافي وجزم به ابن المقرئ، ولو كان عليها راكبان فهل يجب الضمان عليهما أو يختص بالأول دون الرديف؟ وجهان: أوجهما الأول، لأن اليد لهما.

تنبيه: حيث أطلقوا للنفس في هذا الباب فهو على العاقلة كحفر البثر ونصب الحجر كما نقله في آخر الباب عن البغوي وأقره، وأفهم قول المصنف: «مع دابة» أنها إذا تلفت وأتلفت شيئاً لا ضمان وهو كذلك

وَلَوْ بَالَتْ أَوْ رَأَتْ بِطَرِيقٍ فَتَلَفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ فَلَا ضَمَانَ .
وَيَخْتَزِرُ عَمَّا لَا يُعْتَادُ كَرَكُضٍ شَدِيدٍ فِي وَحْلِ ، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ .

لخروجها عن يده، وأورد على قوله «من كان مع دابة» ما إذا كانت معه في مسكنه فدخل فيه إنسان فرمحته أو عضته فلا ضمان، فلو قال في الطريق لم يرد، وأورد على قوله «نفساً ومالاً» صيد الحرم والإحرام وشجر الحرم فإنه يضمنه وليس نفساً ولا مالاً، ورد بأنه لا يخرج عنهما وهو لم يقل لآدمي فلا يرد ذلك، ويستثنى من إطلاقه صور: إحداها لو أركبها أجنبي بغير إذن الولي صبيّاً أو مجنوناً فأتلّف شيئاً فالضمان على الأجنبي. ثانياً لو ركب الدابة فنحسها إنسان بغير إذنه كما قيد البغوي فرمحت وأتلّفت شيئاً فالضمان على الناحس، وقيل عليهما. فإن أذن الراكب في النخس فالضمان عليهما. ثالثاً لو غلبته دابته فاستقبلها إنسان فردها فأتلّفت في انصرافها شيئاً ضمنه الراكب. رابعاً لو سقطت الدابة ميتة فتلف بها شيء لم يضمنه، وكذا لو سقط هو ميتاً على شيء وأتلّفه لا ضمان عليه. قال الزركشي: وينبغي أن يلحق بسقوطها ميتة سقوطها بمرض أو عارض ريح شديد ونحوه. خامساً لو كان الراكب لا يقدر على ضبطها فعوضت للجمام وركبت رأسها فهل يضمن ما أتلفته؟ قولان. وقضية كلام أصل الروضة في مسألة اصطدام الراكبين ترجيح الضمان، نبه عليه البلقيني وغيره. سادساً لو كان مع الدواب راع فهاجت ريح وأظلم النهار فتفرقت الدواب ووقعت في زرع فأفسدته فلا ضمان على الراعي في الأظهر للغلبة كما لو نذبعيره أو انفلتت دابته من يده فأفسدت شيئاً، بخلاف ما لو تفرقت الغنم لنومه فيضمن، ولو ركب صبي أو بالغ دابة إنسان بلا إذنه فغلبته فأتلّفت شيئاً ضمنه. قال الإمام: ومن ركب الدابة الصعبة في الأسواق أو ساق الإبل غير مقطورة فيها ضمن ما أتلفته لتقصيره بذلك.

فروع: لو انتفخ ميت فتكسر بسببه شيء لم يضمنه، بخلاف طفل سقط على شيء، لأن له فعلاً بخلاف الميت.

(ولو بالّت أو راءت) بمثلثة (بطريق) ولو واقفة (فتلف به نفس أو مال فلا ضمان) لأن الطريق لا يخلو عن ذلك والمنع من الطريق لا سبيل إليه.

تنبيه: ما جزم به من عدم الضمان كذا هو في الشرح والروضة هنا، وخالفاه في كتاب الحج فجزما فيه بالضمان ونص عليه في الأم، لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة كإخراج الجناح والروشن إلى الطريق، وهذا ما عليه الأصحاب، والأول احتمال للإمام فإنه نقل في باب وضع الحجر أن من كان مع دابة ضمن ما تتلفه ببولها في الطريق لأنه سبب من جهته، ثم أبدى احتمالاً لنفسه بعدم الضمان، ثم إنه جرى على احتمالها هنا وجزم به فتبعه الغزالي والرافعي وغيرهما. قال الأذري: وما جزم به هنا تبعاً للإمام لا ينكر اتجاهه، ولكن المذهب نقل اه. ومن هنا قال البلقيني: عدم الضمان فيما تلف بركض معتاد بحث للإمام بناء على احتمال المذکور والذي يقتضيه قياس المذهب الضمان وإطلاق نصوص الشافعي والأصحاب قاضية به اه. ثم محل الضمان في الطريق إذا لم يقصد المار فلو مشى قصداً على موضع الرش أو البول فتلف به فلا ضمان ما ذكره الرافعي أيضاً هناك، واحترز بقوله «بطريق» عما لو وقع ذلك في ملكه فلا ضمان كما نص عليه في المختصر، وذكره الرافعي في باب موجبات الدية.

(ويحترز) راكب الدية (عما لا يعتاد) فعلة له (كركض شديد في وحل) بفتح الحاء (فإن خالف ضمن ما تولد منه) لتعديه، وفي معنى الركض في الوحل الركض في مجتمع الناس كما أشار إليه في البسيط، واحترز

وَمَنْ حَمَلَ حَطْبًا عَلَى ظَهْرِهِ أَوْ بَهِيمَةً فَحَكَ بِنَاءٍ فَسَقَطَ ضَمَنَهُ. وَإِنْ دَخَلَ سُوقًا فَتَلَفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ ضَمِنَ إِنْ كَانَ زِحَامًا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَتَمَزَّقَ ثَوْبٌ فَلَا، إِلَّا ثَوْبٌ أَعْمَى وَمُسْتَدْبِرُ الْبَهِيمَةِ فَيَجِبُ تَنْبِيهُهُ؛ وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا لَمْ يَقْصُرْ صَاحِبُ الْمَالِ، فَإِنْ قَصَرَ بِأَنْ وَضَعَهُ بِطَرِيقٍ أَوْ عَرَضَهُ لِلدَّابَّةِ فَلَا.

بالركض الشديد عن المشي المعتاد فيه فلا يضمن ما يحدث منه، فلو ركضها كالعادة ركضاً ومحلاً وطارت حصة لعين إنسان لم يضمن. قال الأذري: والظاهر أن هذا التفصيل إنما يأتي على طريقة الإمام، أما على طريقة الجمهور فيضمن في الحالين، وقد مر مثل ذلك عن البلقيني.

تنبيه: قول المصنف: «عما لا يعتاد» يقتضي أن سوق الأغنام لا يضمن بتلفها شيئاً، لأنه معتاد، وهو وجه حكاة ابن كج في الغنم دون الإبل والبقر، والمشهور كما قاله الرافعي إطلاق الحكم في البهائم من غير فرق بين حيوان وحيوان.

(ومن حمل حطباً على ظهره، أو على (بهيمة) ليلاً ونهاراً (فحك بناء) ليلاً أو نهاراً (فسقط ضمنه) لوجود التلف أو فعل دابته المسنوب إليه.

تنبيه: يستثنى من ذلك ما إذا كان مستحق الهدم ولم يتلف من الآلة شيء كما قاله الأذري. قال الزركشي: وقضية كلامهم تصوير المسألة بما إذا سقط في الحال، فلو وقف ساعة ثم سقط فكمن أسند خشبة إلى جدار الغير فلا يضمن اه. وهو ظاهر إذا لم ينسب السقوط إلى ذلك الفعل.

(وإن دخل سوقاً) مثلاً بذلك الحطب (فتلف به نفس أو مال ضمن) ما تلف به (إن كان) هناك (زحام) بكسر الزاي، سواء أكان صاحب الثوب مستقبلاً أو مستدبراً لإتيانه بما لا يعتاد (فإن لم يكن) زحام (وتمزق) به (ثوب) مثلاً (فلا) يضمنه، لأن التقصير من صاحب الثوب إذ عليه الاحتراز (إلا ثوب أعمى) ولو مقبلاً (و) إلا ثوب (مستدبر البهيمة فيجب تنبيهه) أي كل منهما، فإن لم ينبهه ضمنه لتقصيره، وإن نبهه وأمكنه الاحتراز ولم يحترز فلا ضمان. وألحق البغوي وغيره بما إذا لم ينبهه ما لو كان أصم، ويلحق بالأعمى معصوب العين لرمد ونحوه كما ذكر المصنف.

تنبيه: محل ضمان جميع الثوب إذا لم يكن من صاحب الثوب جذب، فإن علق الثوب في الحطب فجذبه صاحبه وجذبه البهيمة فعلى صاحب الدابة نصف الضمان كلاحق وطىء مداس سابق فانقطع فإنه يلزمه نصف الضمان، لأنه انقطع بفعله وفعل السابق. قال الرافعي: وينبغي أن يقال إن انقطع مؤخر السابق فالضمان على اللاحق، أو مقدم مداس اللاحق فلا ضمان على السابق، ولو دخل في غير وقت الزحام وتوسط السوق فحدث الزحام، فالمتجه كما قال الزركشي إلحاقه بما لم يكن زحام لعدم تقصيره، كما لو حدثت الريح وأخرجت المال من الثقب لا قطع فيه، بخلاف تعريضه للريح الهابة، وقيد الإمام والغزالي وغيرهما البصير المقبل بما إذا وجد منحرفاً، وقضيته أنه إذا لم يجده لضيق وعدم عطفة يضمن لأنه في معنى الزحام، نبه عليه الزركشي.

(و) صاحب البهيمة (إنما بضمنه) أي ما أتلفته بهيمته (إذا لم يقصر صاحب المال) فيه (فإن قصر بأن وضعه) أي المال (بطريق أو عرضه للدابة فلا) يضمنه فإنه المضيق لماله، وألحق به القفال في فتاويه ما إذا كان يمشي من جهة وحمار الحطب من أخرى فمر على جانب الحمار وأراد أن يتقدم الحمار فتعلق ثوبه بالحطب وتمزق فلا ضمان على السائق، لأنه جنى بمروره على الحطب.

وَأَنَّ كَانَتِ الدَّابَّةُ وَحَدَهَا فَأَتَلَفَتْ زَرْعاً أَوْ غَيْرَهُ نَهَاراً لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا، أَوْ لَيْلًا ضَمِنَ.

تنبیه: قسیم قول المصنف سابقاً من كان معه دابة قوله هنا (وإن كانت الدابة وحدها فأتلقت زرعاً أو غيره نهراً لم يضمن صاحبها، أو ليلاً ضمن) لتقصيره بإرسالها ليلاً بخلافه نهراً^(١) للخبر الصحيح في ذلك رواه أبو داود وغيره وهو على وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهراً والدابة ليلاً، ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلاً دون النهار انعكس الحكم فيضمن مرسلها ما أتلفت نهراً دون الليل اتباعاً لمعنى الخبر والعادة، ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني أنه لو جرت عادة بحفظها ليلاً ونهراً ضمن من مرسلها ما أتلفت مطلقاً.

تنبیه: يستثنى من عدم الضمان نهراً صور: إحداها ما إذا ربط الدابة في الطريق على بابه أو غيره، فأتلقت شيئاً فيلزمه الضمان مطلقاً وإن كان الطريق واسعاً على الصحيح المنصوص، لأن الارتفاق به مشروط بسلامة العاقبة كإشراع الجناح. نعم إن ربطها في المتسع بأمر الإمام لم يضمن كما لو حفر بئراً فيه لمصلحة نفسه، قاله القاضي والبقوي. ثانيها ما إذا كانت المراعي متوسطة المزراع وكانت البهائم ترعى في حريم السواقي فيجب ضمان ما تفسده إذا أرسلها بلا راع على المذهب لاعتياد الراعي في مثل ذلك. ثالثها ما إذا أخرجها عن زرعه إلى زرع غيره فأتلقت ضمنه، إذ ليس له أن يقي ماله بمال غيره، فإن لم يمكن إلا ذلك بأن كانت محفوفة بمزارع الناس ولا يمكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة غيره تركها في زرعه وغرم صاحبها ما أتلفت. رابعها ما إذا أرسلها في البلد وأتلقت شيئاً فإنه يضمنه مطلقاً لمخالفة العادة. خامسها ما لو تكاثرت المواشي بالنهار حتى عجز أصحاب الزرع عن حفظها فحكى فيه الماوردي وجهين: رجح البلقيني منهما وجوب الضمان على أصحاب المواشي لخروج هذا عن مقتضى العادة وهي المعتمدة على الأصح. سادسها ما لو أرسل الدابة في موضع مغضوب فانتشرت منه إلى غيره فأفسدته كان مضموناً على من أرسلها ولو كان نهراً، قاله البلقيني واستشهد له بقول القاضي الحسين: أنه إذا خلاها في ملك الغير سواء كان ليلاً أم نهراً فهو مضمون، لأنه متعدد في إرسالها. سابعها لو أرسل الدابة المودعة فأتلقت ولو نهراً لزم المرسل الضمان إن لم يكن معها أجير يحفظها. ثامنها لو استأجر رجلاً يحفظ دوابه فأتلقت زرعاً ليلاً أو نهراً فعلى الأجير الضمان كما حكاه الرافعي عن فتاوى البقوي، وعلله بأن عليه حفظها في الوقتين. ثم قال: وفي هذا توقف، ويشبه أن يقال عليه حفظها بحسب ما يحفظه الملاك. قال المصنف في زيادة الروضة: ينبغي أن لا يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت نهراً، لأن على صاحب الزرع حفظه نهراً، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه اهـ. وحيث وجب الضمان فهو على مالك الدابة، قال الإمام: ولم يعلقوا الضمان برقبة البهائم كما علفوه برقبة العبد، لأن الضمان فيها تتلفه البهيمة يحال على تقصير صاحبها والعبد ذو ذمة يلزم. ويستثنى من الدواب الحمام وغيره من الطيور فلا ضمان بإتلافها مطلقاً كما حكاه في أصل الروضة عن ابن الصباغ وعلله بأن العادة إرسالها، ويدخل في ذلك النحل، وقد أفتى البلقيني في نخل لإنسان قتل جملأً لآخر بعدم الضمان، وعلله بأن صاحب النحل لا يمكنه ضبطه والتقصير من صاحب الجمل.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: المواشي تفسد زرع قوم (الحديث: ٣٥٦٩) و (الحديث: ٣٥٧٠)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: الحكم فيما أفسدت المواشي (الحديث: ٢٣٣٢).

إِلَّا أَنْ لَا يَفْرَطَ فِي رِبْطِهَا، أَوْ حَضَرَ صَاحِبُ الزَّرْعِ وَتَهَاوَنَ فِي دَفْعِهَا؛ وَكَذَا إِنْ كَانَ الزَّرْعُ فِي مَحْوِطٍ لَهُ بَابٌ تَرَكَهُ مَفْتُوحًا فِي الْأَصْحَحِ. وَهَرَّةٌ تُتْلِفُ طَيْرًا أَوْ طَعَامًا إِنْ عُهِدَ ذَلِكَ مِنْهَا ضَمِينَ مَالِكُهَا فِي الْأَصْحَحِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصْحَحِ.

ثم استثنى المصنف من تضمين المالك ليلًا ما تضمنه قوله (إلا أن لا يفرط) صاحب الدابة (في ربطها) ليلًا بأن أحكمه فأنحل، أو أغلق الباب عليها ففتح له، أو انهدم الجدار فخرجت ليلًا فأتلقت زرع الغير فلا ضمان لعدم التقصير منه، وكذا لو خلاها في موضع بعيد لم تجر العادة بردها منه إلى المنزل ليلًا كما حكاه البلقيني عن الدارمي والقاضي الحسين (أو فرط في ربطها لكن (حضر صاحب الزرع وتهاون في دفعها) عنه حتى أتلفته فلا يضمن على الصحيح وإن أشعر كلامه بالجزم به لتفريطه، فإن كان زرعه محفوظاً بمزارع الناس ولم يمكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة غيره لم يجز له أن يقي مال نفسه بمال غيره، بل يصبر ويغرم صاحبها كما مرت الإشارة إليه (وكذا إن كان الزرع في) مكان (محوط له باب تركه) صاحبه (مفتوحاً) فلا يضمن مالها ولو ليلًا (في الأصح) لأنه مقصر بعدم غلقه. والثاني يضمن لمخالفته للعادة في ربطها ليلًا.

فروع: لو ألتق الرياح في حجرة ثوباً مثلاً فألقاه ضمنه لتركه الواجب عليه فليسلمه إلى المالك ولو إلى نائبه، فإن لم يجده فالحاكم، ولو دخلت دابة الغير ملكه وجب عليه ردّها لمالكها إلا إن كان المالك هو الذي سببها فيحمل قولهم فيما مر أخرجها من زرعه إن لم يكن زرعه محفوظاً بزرع غيره على ما إذا سببها المالك، أما إذا لم يسببها فيضمنها مخرجها، إذ حقه أن يسلمها لمالكها، فإذا لم يجده فإلى الحاكم، ولو سقط شيء من سطح غيره يريد أن يقع في ملكه فدفعه في الهواء حتى وقع خارج ملكه لم يضمن كما قاله البغوي في فتاويه، ويدفع صاحب الزرع الدابة عن زرعه دفع الصائل، فإن تنحت عنه لم يجز إخراجها عن ملكه، لأن شغلها مكانه وإن كان فيه ضرر عليه لا يبيح إضاعة مال غيره، ولو دخلت دابة ملكه فرمحته فمات فكألتافها زرعه في الضمان وعدمه فيفرق بين الليل والنهار، ولو حمل متاعه في مفازة على دابة رجلاً بلا إذن منه وغاب فألقاه الرجل عنها، أو أدخل دابته زرع غيره بلا إذن منه فأخرجها من زرعه فوق قدر الحاجة فضاعت ففي الضمان عليه لهما وجهان: أحدهما وهو الأوجه لا لنعدي المالك وإن قال بعض المتأخرين الأوجه الثاني وهو الضمان لتعدي الفاعل بالتضييع.

(وهرة تتلف طيراً أو طعاماً) أو غيره (إن عهد ذلك منها ضمن مالها) أي صاحبها الذي يؤويها ما أتلفته (في الأصح ليلاً) كان (أو نهراً) كما يضمن مرسل الكلب العقور ما يتلفه، لأن مثل هذه ينبغي أن تربط ويكف شرها، وكذا كل حيوان مولع بالتعدي كالجمل والحمار الذين عرفا بعقر الدواب وإتلافها. والثاني لا يضمن ليلاً ولا نهراً، لأن العادة لم تجز بربطها. وقضية هذه العلة أنه لو كان الحيوان المفسد مما يربط عادة فتركه ضمن ما يتلفه قطعاً، وبه صرح الإصطخري والمراد تعهد المالك ونحوه ذلك منها لأنه حينئذ مقصر بإرسالها (وإلا) بأن لم يعهد منها إتلاف ما ذكر (فلا) يضمن (في الأصح) لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها. والثاني يضمن في الليل دون النهار كالدابة، ولو هلك في الدفع عن حمام ونحوه فهدر لصياليها، ولو أخذت حمامة وهي حية جاز قتل أذننها وضرب فمها ليرسلها فتدفع دفع الصائل بالأخف فالأخف، ولو صارت ضاربة مفسدة فهل يجوز قتلها في حال سكونها؟ وجهان: أحدهما وبه قال القفال لا يجوز، لأن ضراوتها عارضة والتحرز عنها سهل،

وجوز القاضي قتلها في حال سكنونها إلحاقاً لها بالفواست الخمس فيجوز قتلها، ولا يختص بحال ظهور الشر، ولا يجري الملك عليها، ولا أثر لليد والاختصاص فيها.

تنبيه: سكتوا عن ضبط العادة. قال الدميري: والظاهر أنه يأتي فيه الخلاف مرتين أو ثلاثة كما في الكلب المعلم.

خاتمة: لو دخلت بقرة مثلاً مسيبة ملك شخص فأخرجها من موضع يعسر عليها الخروج منه فتلفت ضمنها، ولو ضرب شجرة في ملكه ليقطعها وعلم أنها إذا سقطت تسقط على غافل عن ذلك ولم يعلمه القاطع به فسقطت عليه فأتلفته ضمنه وإن دخل ملكه بغير إذنه فإن لم يعلم القاطع بذلك أو علم به وعلم به ذلك الإنسان أيضاً أو لم يعلم به لكن أعلمه القاطع به أو لم يعلم به لم يضمه إذ لا تقصير منه، ولو حلّ قيد دابة غيره لم يضم ما تلفه كما لو نقب الحرز وأخذ المال غيره. وسئل المقلال عن حبس الطيور في أقفاص لسماع أصواتها وغير ذلك، فأجاب بالجواز إذا تعهدا مالكما بما تحتاج إليه، لأنها كالبهيمة تربط، ولو كان بداره كلب عقور أو دابة جموح ودخلها شخص بإذنه ولم يعلمه بالحال فعرضه الكلب أو رمحته الدابة ضمن، وإن كان الداخل بصيراً أو دخلها بلا إذن أو أعلمه بالحال فلا ضمان لأنه المتسبب في هلاك نفسه ولو أتلفت الدابة المستعارة أو المبيعة قبل قبضها زرعاً مثلاً لمالكها ضمنه المستعير والبائع، لأنها في يدهما أو أتلفت ملك غيرهما فإن كان الزرع للبائع لم يضمه وإن كان ثمناً للدابة لأنها ما أتلفت ملكه ويصير قابضاً للثمن بذلك كما مر في محله.