وان خيف وقوعه لكونه مشقوقا بالعرض فحكمه حكم المايل لانه يخاف منه التلف اشبه المايل فصل ولو بنى في ملكه
حايطا مايلا الى الطريق او الى ملك غيره او هوا مشتركه ولانه لا يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه اشبه ما لو نصب فيه
منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فصل اذا تقدم صاحب الحايط المايل بنقضه فباع ملكه
فسقط على شيء فتلف به فلا ضمان على البايع لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه واقبضه ولو
قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد واذا اوجب الضمان فكان التالف به آدميا فالدية على عاقلته فان انكر
العاقلة كون الحايط لصاحبهم لم يلزمهم الا ان تثبت ذلك ببينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان
اعترف صاحب الحايط فالضمان عليه دونهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبته بنقضه فالحكم على
ما ذكرنا وان كان الحايط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة
الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى مسئلة وما اتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها الا ان
تكون في يد انسان كالسايق والراكب والقايد فيضمن ما جنت يدها او فمها دون ما جنت برجلها اذا اتلفت البهيمة
شيئا فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد احد عليها كالراكب والسايق والقايد فانه يضمن وهذا قول شريح وابي حنيفة
والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها ولنا قول
النبي صلى الله عليه وسلم والرجل جبار رواه سعيد باسناده عن الهذيل ابن شرحبيل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابي
هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونها جبارا دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولانه يمكنه حفظها
من الجناية اذا كان راكبها او يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثهم محمول على من لا يد له عليها فصل ولا يضمن ما جنت
برجلها وبه قال ابو حنيفة وعن احمد رواية اخرى انه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جناية بهيمة يده عليها
فضمنها كجناية يدها ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولانه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما
لو لم تكن يده عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل ان كبحها او ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جنايتها برجلها
لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل ان نخسها او نفرها فالضمان على من فعل ذلك
دون راكبها وسايقها وقايدها لانه السبب في جنايتها فصل فان كان على الدابة راكبان فالضمان
على الاول منهما لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا ان يكون الاول منهما صغيرا او مريضا او نحوهما ويكون الثاني
هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قايد وسايق فالضمان عليهما لان كل واحد لو انفرد
ضمن فاذا اجتمعا ضمنا وان كان معهما او مع احدهما راكب فالضمان عليهم جميعا في احد الوجهين لذلك والثاني
فصل
الضمان على الراكب لانه اقوى يدا وتصرفا ويحتمل ان يكون على القايد لانه لا حكم للراكب مع
والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القايد فاما الجمل المقطور على الجمل
الثاني فينبغي ان لا يضمن جنايته الا ان يكون له سايق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية ولو كان مع الدابة
ولد لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد انه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد مسئلة
ويضمن ما افسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما افسدت من ذلك نهارا يعني اذا لم تكن يد احد عليها وهذا قول
مالك والشافعي واكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالكها ما افسدت ليلا ونهارا باقل الامرين من قيمتها او قيمة
ما اتلفته كالعبد اذا جنى وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العجماء جرحها جبار يعني
هدرا ولانها افسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار وكما لو اتلفت غير الزرع ولنا ما روى مالك عن الزهري
عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حايط قوم فافسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على اهل
الاموال حفظها بالنهار وما افسدت بالليل فهو مضمون عليهم قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث

به الايمة

به الايمة الثقاة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من اهل المواشي ارسالها بالنهار للرعي وحفظها ليلا
وعادة اهل الحوايط حفظها نهارا دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من اهلها بتركهم حفظها في وقت عادة
الحفظ وان اتلفت نهارا كان التفريط من اهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى
على كل انسان بالحفظ في وقت عادته فصل قال بعض اصحابنا انما يضمن مالكها ما اتلفته ليلا اذا فرط
بارسالها ليلا او نهارا ولم يضمها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما اذا ضمها فاخرجها غيره بغير اذنه او فتح
عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع
فيه مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين كساقية او طريق او طرف زرع فليس لصاحبها
ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي فصل فان
اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما اتلفته ليلا كان او نهارا ما لم تكن يده عليها وحكي عن شريح انه قضى
في شاة وقعت في غزل حايك ليلا بالضمان على صاحبها وقرا اذ نفشت فيه غنم القوم قال والنفش لا يكون الا بالليل
وعن الثوري يضمن وان كان نهارا لتفريطه بارسالها ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم العجماء جرحها جبار متفق
عليه اي هدر واما الاية فالنفش هو الرعي في الليل فكان هذا في الحرث الذي تفسده البهايم طبعا بالليل وتدعوها
الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه فصل اذا استعار بهيمة فاتلفت شيئا وهي في يد المستعير فضمانه
عليه وسواء كان المتلف لمالكها او لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي فاتلفت
زرعا او شجرا فالضمان على الراعي دون المالك كالمستعير وان كان الزرع للمالك وكان ليلا ضمن ايضا لان ضمان اليد اقوى
بدليل انه يضمن بالليل والنهار جميعا مسئلة ومن صال عليه ادمي او غيره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه اذا
صال عليه ادمي مكلف فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجايز فلم يجب ضمانه وان كان الصايل بهيمة
فلم يمكنه دفعها الا بقتلها جاز له قتلها اجماعا ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحق وقال
ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاحيا نفسه فضمنه كالمضطر اذا اكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكلف
من الادميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك اباحة نفسه وكذلك لو ارتد لم يقتل ولنا انه قتله بالدفع
الجايز فلم يضمنه كالعبد ولانه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالادمي المكلف ولانه قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك انه
اذا قتله لدفع شره كان الصايل هو القاتل لنفسه فاشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها وفارق
المضطر فان الطعام لم يلجيه الى اتلافه ولم يصدر عنه ما يزيل عصمته ولهذا لو قتل المحرم صيدا لصياله عليه لم يضمنه ولو قتله
لاضطراره اليه ضمنه ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا
وقولهم لا يملك اباحة نفسه قلنا والمكلف لا يملك اباحة نفسه ولو قال ابحت دمي لم يبح مع انه اذا صال فقد ابيح دمه بفعله
فلم يضمنه كالمكلف مسئلة وان اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الاخر وما فيها اذا اصطدمت
سفينتان متساويتان كالملتقيتين في بحر او ماء واقف فانه كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الاخر وما
فيها من نفس ومال كالفارسين اذا اصطدما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وقال الشافعي يضمن في احد القولين
لانهما في ايديهما فضمناهما كما لو اصطدم فارسان لغلبة الفرسين لهما ولنا ان الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما
ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فاشبه الصاعقة اذا نزلت فاحرقت سفينة ويخالف الفرسين فانه
يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان احدهما مفرطا وحده ضمن وحده وان اختلفا في تفريط القيم ولا
بينة فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو امين اشبه المودع وعند الشافعي انهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد

Copyright ... University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)