عليه

علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا احتفر الرجل بئرا في طريق مكة او غيره في مكان من الفيافي فلا ضمان
في ذلك وليس هذا كالامصار لانه غير متعد فيما فعل لان الفيافي على الاباحة الاصلية لا حق لاحد فيها
ولا اختصاص فمن سبق بيده تصرفا فيه صار احق به ولهذا ايملك الحفرة فصار عند الفراغ
منه بمنزلة المملوك له قال الا ترى انه لو ضرب هناك فسطاطا او اتخذ تنورا او خبز فيه او ربط دابته
لم يضمن ما اصاب ذلك اشارة الى انه يتصرف في موضع هو سبيل منه فلا يوصف فعله بالتعدي وقالوا
هذا اذا حفر في غير ممر المسلمين اما اذا حفر في ممرهم ينبغي ان يضمن لانه متعد فيما فعل وصار
ذلك وطريق الامصار سواء قوله ولو جنح في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
ثم الضمان انما يجب على الحافر او على الآمر بالحفر اذا مات الساقط بالسقوط اما اذا مات فيه جوعا
او غما لم يذكر في الاصل هذا وابو يوسف يقول ان مات غما يجب فيضاف هو الى الحفر فصار ذلك مضافا
الى الحافر اما الجوع فلا نسبة له الى الحافر بوجه وفي ظاهر الرواية لا يجب لانه يضاف الى الحفر ما هو من
لوازمه والسقوط من لوازمه اما الجوع والغم فليس من لوازم السقوط وقوله غما اي اختناقا
بسبب العفونة ماخوذ من قولهم يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر قوله واذا استاجر
اجراء لحفروا له بئرا في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان كان استاجر عليها اجراء فحفروا
فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء اذا لم يعلموا انها في غير فنائه وان علموا ذلك فالضمان على
الاجراء دون الامر لانهم اذا لم يعلموا انها في غير فنائه او في غير ملكه كان امره صحيحا من حيث
الظاهر وذلك كان لنقل الفعل الى الآمر وهذا لانا لو قلنا ان نقل الفعل بتضمينه الاجراء فتعتمد
صحة الامر حقيقة ادى الى الضرر بالاجراء فيمتنعون من العمل لغيرهم مخافة لزوم العهدة
وبالناس حاجة فجعلنا الصحة من حيث الظاهر كصحة الامر من حيث الجميع لنقل الفعل الى المستاجر
واذا امرهم انه في غير فنائه فقد عرفوا انه امرهم بامر باطل فلا يضاف فعلهم اليه فكانت لهم ان
ينبغي ان يضمنوا ثم يرجعوا بالضمان على الآمر كالمودع اذا استحقت الوديعة في يده وقد هلكت فانه
يضمن ثم يرجع بذلك على المودع لانه امين لحقه العهدة بسبب عمل وقع له بامره قلنا لا يشبه هذا
فصل الوديعة لان ثمة سبب الضمان منعقد كما وجد من المودع وجد من المودع ولهذا اخيرناه
في التضمين ولكن لو ضمن المودع يرجع عليه لانه ضمنه لا بسبب الذي عمل فرجع عليه بحكم الكفالة
دلالة اما هاهنا سبب الضمان واحد فاما ان يقتصر في موضعه او ينتقل والقول بالنقل ممكن لانه بامر عمله

٣٢٤

اذا شرع عمله وقد سلمه الى من هو سبيل التسليم اليه فخرج من البين ولانا لو قلنا باتباع الاجراء ثم الرجوع
ادى الى ابطال حقوق الناس لان الاجراء قلما يعرفون بخلاف المودع قال وان كان في فنائه فهو على الآمر
دون الاجراء ان علموا او لم يعلموا يعني علموا انه ملكه او لم يعلموا اما اذا لم يعلموا فظاهر وكذا اذا علموا
لان الاشتباه قائم مع هذا لانه متى لا او هو ينتفع به انتفاع الملك من النزول عنده والركوب وربط الدابة
وحط الرحل فيجمع عنده انه له هذا النوع من التصرف وقد ذكرنا انه في موضع اشتبه الامر جاز نقل
فعل الاجير اليه لما ذكرنا ان صحة الامر ظاهرا كان لنقل الفعل الى الآمر قال في الكتاب وهذا مروي
عن شريح كذا في شرح الكافي وقال القدوري في شرحه اذا كان في فنائه فقد روي عن شريح انه ضمن
عمرو بن الحارث قيمة بغلة وقعت في بئر حفرها وقد كان عمرو بن الحارث احد الرؤساء وهو لا يحفر بئرا
بنفسه وانما استاجر من يحفرها وقد فتح شريح بحضرة السلف قوله وان قال لهم هذا فنائي
وليس له حق الحفر فيه فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا الفساد
الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر قال في الجامع الصغير ولو استاجر رجلا
ليحفر له بئرا في فناء داره فحفر بئرا او شرع من العمل ثم وقع فيه انسان ان كان اخبر المستاجر الاجير
ان له حق الحفر فالضمان على الآمر وان كان اخبره ان ليس له حق الحفر فالقياس ان يكون الضمان على
الاجير وفي الاستحسان يجب على الآمر ان كان بعد الفراغ من العمل بخلاف الامر بذبح الشاة واشراع
الجناح لان هناك اذا لم يعلم المامور بعيبه الآمر يضمن ثم يرجع على الآمر وهاهنا لا يضمن المامور اصلا
لان هناك كلاهما مباشران والمباشر يضمن متعديا كان او لم يكن لكن يرجع اذا كان مغرورا وهاهنا كل
واحد منهما مسبب والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا والمتعدي هاهنا الآمر دون المامور قوله
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة
وكذلك ان وضع خشبة على الطريق فتعمد رجل المرور عليها اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الذي
نصب القنطرة على نهر بغير اذن الامام متعد اذا لم يكن ثمة قنطرة في القديم ولكنه مسبب وانما
يضاف الحكم الى صاحب السبب اذا لم يكن صاحب العلة صالحا لاضافة الحكم اليه بان كانت مباحة فاما اذا
استويا في العدوانية فالاضافة الى صاحب العلة لانها بالاضافة اولى لكونها اقوى فلما تعمد المرور
على القنطرة او على الخشبة فقد تعدى وظلم نفسه فلا يضاف الى المسبب كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء
انسان فوقع فيه لا يجب الضمان على الحافر كذا هذا فصار كرجل اوقف دابته على الطريق
فجاء رجل فنخسها فرمحته او كدمته لا يجب الضمان على الموقف لان تخلل فعل فاعل مختار بين السبب والحكم

Copyright © King Saud University