

## بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

فصل : مسائل الإتلاف .

وأما مسائل الإتلاف فالكلام فيها أن الإتلاف لا يخلو إما إن ورد على بني آدم وإما إن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فإن ورد على بني آدم فحكمه في النفس وما دونها نذكره في كتاب الجنائيات إن شاء الله تعالى و إن ورد على غير بني آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه .

في ثلاثة مواضع : في بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفي بيان شروط وجوب الضمان وفي بيان ماهية الضمان الواجب .

أما الأول فلا شك أن الإتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لأن إتلاف الشيء إخراجة من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء وإضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى : { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } . وقال E : [ لا ضرر ولا إضرار في الإسلام ] وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى لأنه في كونه اعتداء وإضرارا فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلأن يجب بالإتلاف أولى سواء وقع إتلافا له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحا للانتفاع أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لأن كل ذلك اعتداء وإضرار وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف أو تسببا بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة لأن كل واحد منهما يقع اعتداء و إضرارا فيوجب الضمان .

وبيان ذلك في مسائل : إذا قتل دابة إنسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة إنسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه ضمن سواء كان المتلف في يد المالك أو في يد الغاصب لتحقق الإتلاف في الحالين غير أن المغصوب إن كان منقولاً وهو في يد الغاصب يخير المالك إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فإن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لأنه ملك المغصوب بالضمان فتبين إن الإتلاف ورد على ملكه وإن ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وإن كان عقارا ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عندهما وعند محمد C الجواب فيه وفي المنقول سواء بناء على أن العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما في المنقول .

وكذلك إذا نقص مال إنسان بما لا يجري فيه الربا ضمن النقصان سواء كان في يد المالك أو في يد الغاصب لأن النقص إتلاف جزء منه وتضمينه ممكن لأنه لا يؤدي إلى الربا فيضمن قدر

النقصان بخلاف الأموال الربوبية على ما مر غير أن النقصان إن كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وإن شاء ضمن الذي نقص وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبدا قيمته ألف درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته ألفين فقتله إنسان خطأ فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وإن شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل ألفين لأنه وجد .

سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب ألفا والقاتل ألفين فإن ضمن القاتل فإنه لا يرجع على أحد و إن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقله القاتل بألفين ويتصدق بالفضل على الألف . وأما الرجوع عليهم بألفين فلأنه ملك المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته .

وأما التصديق بالفضل على الألف فليتمكن الخبث فيه لاختلال الملك وينبغي أن يكون هذا على أصل أبي حنيفة و محمد رحمهما الله أظهر .

فأما على أصل أبي يوسف C فالفضل طيب له ولا يلزمه التصديق به وإن قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم وإن شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القتل ألفي درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب إذا كان حيوانا سوى بني آدم فقتله .

الغاصب بعد الزيادة أنه لا يضمن قيمته إلا يوم الغصب ألف درهم عند أبي حنيفة C وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم .

ولو قتل العبد نفسه في يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألفا لأن قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كأنه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته يوم الغصب ألف درهم كذا هذا .

ولو كانت الجارية ولدت ولدا فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لأن قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كأنه مات حتف أنفه فهلك أمانة وبقيت الأم مضمونة بالغصب .

ولو أودع رجلا رجلا كل واحد منهما ألف درهم فخلط المستودع أحد الألفين بالآخر خلطا لا يتميز ضمن لكل واحد منهما ألفا وملك المخلوط في قول أبي حنيفة C لأن الخلط وقع إتلافا معنى وعندهما هما بالخيار بين أن يأخذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسألة مرت في كتاب الوديعة .

ثم قال محمد C : ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه لأن عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة C إن انقطع وثبت الملك

للمستودع لكن فيه خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه .

ولو أن رجلا له كران اغتصب رجل أحدهما أو سرقه ثم إن المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الآخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط لأنه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي الكر المضمون وكر الأمانة في يده على حالهما فصار كأنهما هلكا قبل الخلط .

ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لأنه أتلّفها بالخلط وإن مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لأنه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لأن الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس بإهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز وا □ أعلم .

ولو صب ماء في طعام في يد إنسان فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل سن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاما مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء في دهن أو زيت لأنه لا سبيل إلى أن يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لأنه لا مثل له ولا سبيل إلى أن يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لأنه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله وا □ أعلم .

ولو فتح باب قفص طائر الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما وقال محمد C : يضمن وقال الشافعي C : إن طار من فوره ذلك ضمن وإن مكث ساعة ثم طار لا يضمن .

وجه قول محمد : أن فتح باب القفص وقع إتلافا للطير تسببا لأن الطيران للطير طبع له فالظاهر أنه يطير إذا وجد المخلص فكان الفتح إتلافا له تسببا فيوجب الضمان كما إذا شق زق إنسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي C أيضا إلا أنه يقول : إذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا إلى الفتح بل إلى اختياره فلا يجب الضمان .

وجه قولهما : أن الفتح ليس بإتلاف مباشرة ولا تسببا أما المباشرة فظاهرة الانتفاء وأما التسبب فلأن الطير مختار في الطيران لأنه حي وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافا إلى اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما إذا حل القيد عن عبد إنسان حتى أبق إنه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مائع لأن المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع إلا على نقض العادة فكان الفتح تسببا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت .

وقالوا : إذا حل رباط الزيت أنه إن كان ذائبا فسال منه ضمن وإن كان السمن جامدا فذاب

بالشمس وزال لم يضمن لما ذكرنا أن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذا بحيث يستحيل

استمساكه عادة فكان حل الرباط إتلافا له تسببا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لأن السيلان طبع

المائع لا طبع الجامد وهو وإن صار .

مائعاً لكن لا يصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافاً إليه لا مباشرة ولا تسبباً فلا يضمن وإن أعلم .

وعلى هذا يخرج ما إذا غضب صبياً صغيراً حراً من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع قيئراً أو من سطح فمات إن على عاقلة الغاصب الدية لوجود الإلتاف من الغاصب تسبباً لأنه كان محفوظاً بيد وليه إذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فإذا فوت حفظ الأهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى أصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه إلتافاً تسبباً والحري أن لم يكن مضموناً بالغضب يكون مضموناً بالإلتاف مباشرة كان أو تسبباً ولو قتله إنسان خطأً في يد الغاصب فأولياؤه أن يتبعوا أيهما شأؤوا الغاصب أو القاتل .

أما القاتل فلوجود الإلتاف منه مباشرة وأما الغاصب فلوجود الإلتاف منه تسبباً لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فإن اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وإن اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لأن الغضب بأداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وإن تعذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر إذا قتل المدبر في يده واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وإن لم يملك نفس المدبر بأداء الضمان كذا هذا .

وكذلك لو وقع عليه حائط إنسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط إن كان تقدم إليه لما قلنا .

ولو قتله إنسان في يد الغاصب عمداً فأولياؤه بالخيار إن شأؤوا قتلوا القاتل وبريء الغاصب وإن شأؤوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً ولا يكون لهم القصاص .

أما ولاية القصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع وأما ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الإلتاف منه تسبباً على ما بينا فإن قتلوا القاتل بريء الغاصب لأنه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وإن اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم .

أن يقتصوا من القاتل لأن القصاص لم يصر ملكاً لهم بأداء الضمان إذ هو لا يحتمل التملك فلم يبق الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فسقط القصاص وينقلب مالا والمال يحتمل التملك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال ولو قتل الصبي إنساناً في يد الغاصب فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء لأنه لا سبيل إلى إيجاب ضمان الغصب لأن الحر غير مضمون بالغضب ولا سبيل إلى إيجاب ضمان الإلتاف لأن الغاصب

إنما يصير متلفا إياه تسببا بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره .  
ولو قتل الصبي نفسه أو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فألقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبي يوسف وعند محمد : لا يضمن .  
وجه قول محمد : أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كأنه مات حتف أنفه أو سقطت يده بآفة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع أنه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا .  
وجه قول أبي يوسف : أن الحر إن لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالإتلات مباشرة أو تسببا وقد وجد التسبيب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا إياه تسببا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لأن حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن إيجابه على العاقلة وإِ أَعْلَم .  
ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن بالإجماع ولو غصب أم ولد فماتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بآفة على الوجه الذي بينا أنه يضمن في الصبي الحر فإن الغاصب يغرم فيمتها حالة في ماله لوجود الإتلاف منه تسببا وأم الولد مضمونة بالإتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر ففي أم الولد أولى وإِ سِجَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَم