

## بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

### فصل : شرائط الوجوب .

وأما شرائط الوجوب فمنها : المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شيء لا ضمان على صاحب الحائط لأن الضمان يجب بترك النقص المستحق لأن به يصير متعديا في التسبيب إلى الإتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي أن يتقدم إليه واحد من عرض الناس فيقول له إن حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فإذا قال ذلك لزمه رفعه لأن هذا حق العامة فإذا قام به البعض صار خصما عن الباقيين سواء كان الذي تقدم إليه مسلما أو ذميا حرا أو عبدا بعد أن كان أذن له مولا بالخصوصة فيه بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا وقد أذن له وليه بالخصوصة فيه لأن الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بإزالة سبب الضرر عنه إلا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذونا بالتصرف لأن كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشع فكان ملحا بالعدم وينبغي أن يشهد على الطلب .

وتفسير الإشهاد ما ذكره محمد ٦ وهو أن يقول الرجل : اشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا والإشهاد للتحذر عن الجحود والإنكار لحوار أن ينكر صاحب الحائط المطالبة بالنقض فتقع الحاجة إلى الإشهاد لإثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فإن الطلب يصح بدون الإشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه وكذا إذا أنكر يجب عليه الضمان فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

ونظيره ما قلنا في الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الإشهاد وإنما الإشهاد للحاجة إلى إثبات الطلب على تقدير الإنكار حتى لو أقر المشتري بالطلب يثبت حق الشفعة وإن لم يشهد على الطلب وكذا لو جد الطلب يثبت الحق له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذا الإشهاد في باب اللقطة على أصل أبي حنيفة ٧ من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة . ولو طلوب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط إلى الطريق فعثر بنقضه إنسان فعطب به فإن كان قد طلوب برفع النقص يضمن لأنه إذا طلوب بالرفع لزمه الرفع فإذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ما تولد منه وإن كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبي يوسف وعند محمد يضمن وجه قوله أنه لما طلوب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقص فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن ولهذا ضمن إذا وقع على إنسان كذا إذا عطب بنقضه إنسان .

وجه قول أبي يوسف : أن الحائط قد زال عن الموضع الذي طلوب فيه لانتقاله عن محل الجنابة وهو الهواء إلى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى كمن وضع حبرا في الطريق

فدرجته الريح إلى موضع آخر فعطبه به إنسان أنه لا ضمان على الواقع كذا ههنا بخلاف ما إذا سقط على إنسان لأنه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذي هو محل الجنائية فلا يحتاج إلى مطالبة أخرى .

وإن كان الطريق غير نافذ فالخصومة إلى واحد من أهل تلك السكة لأن الطريق حقهم فكان لكل واحد منهم ولية التقدم إلى صاحب الحائط وإن كان ميلان الحائط إلى ملك رجل فالنحو بالنقض والإشهاد إلى صاحب الملك لأن هواء ملكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكان المطالبة بالتفريع إليه فإن كان في الدار ساكن كالمستأجر والمستعير فالنحو والإشهاد إلى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لأن الساكن له حق الطالبة بإزالة ما يشغل الدار فكان له ولية المطالبة بإزالة ما يشغل الهواء أيضا .

ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فاستأجل الذي طالبه أو استأجل القاضي فأجله فإن كان ميلان الحائط إلى الطريق فالتأجيل باطل وإن كان ميلانه إلى دار رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط واد أعلم .

ووجه الفرق بينهما : أن الحق في الطريق لجماعة المسلمين فإذا طالب واحد منهم بالقبض فقد تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والإبراء إسقاطاً لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما إذا كان الميلان إلى دار إنسان لأن هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والإبراء منه إسقاطاً لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حبراً أو حفر بئراً أو بنى فيها بناء وأبرأه صاحب الدار منه كان بريئاً ولا يلزمـه ما عطـب بشيءـ من ذلك سواء عطـبـ به صاحـبـ الدـارـ أوـ دـاخـلـ دـخـلـ لأنـ الـحـقـ لـهـ فيـ إـسـقـاطـهـ كـأـنـ هـفـعـلـ ذـلـكـ بـإـذـنـهـ .

ومنها : أن يكون المطالب بالنقض من يلي النقض لأن المطالبة بالنقض من لا يلي النقض سفهـ فـكـانـ وـجـودـهـ وـالـعـدـمـ بـمـنـزـلـةـ وـاحـدـةـ فـلاـ تـصـحـ مـطـالـبـةـ الـمـسـوـدـعـ وـالـمـسـعـيـرـ وـالـمـسـأـجـرـ والمـرـتـهـنـ لأنـهـ لـيـسـ لـهـ وـلـيـةـ النـقـضـ فـتـصـحـ مـطـالـبـةـ الـرـاهـنـ لأنـ لـهـ وـلـيـةـ النـقـضـ لـقـيـامـ الـمـلـكـ فيـنـقـضـ وـيـقـضـيـ الـدـينـ فـيـصـيـرـ مـتـعـدـيـاـ بـتـرـكـ النـقـضـ .

وتصح مطالبة الأب والوصي في هدم حائط الصغير لثبوت ولية النقص لهما فإن لم ينفلا حتى سقط يحب الضمان على الصبي لأن التلف بترك النقص المستحق على الوالدي والوصي مضار إلى الصبي لقياً مهما مقام الصبي والصبي مؤاخذ بأفعاله فيضمن وتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء .

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينفع حتى سقط فعطـبـ بـهـ شـيـءـ أـنـ الـقـيـاسـ أـنـ لـاـ يـضـمـنـ أـحـدـ مـنـهـ شـيـئـاـ وـفـيـ الـاسـتـحـسانـ يـضـمـنـ الـذـيـ طـوـلـبـ . وجهـ الـقـيـاسـ :ـ أـنـ لـمـ يـوـجـدـ مـنـهـ أـحـدـ مـنـهـ تـرـكـ النـقـضـ الـمـسـتـحـقـ .

أما الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر وأما الذي طلبه فلأن أحد الشركاء لا يلي النقض بدون الباقيين .

وجه الاستحسان أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقض إن كانوا حضورا وإن كانوا غيبا يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى بأمره القاضي بالنقض لأن فيه حقا لجماعة المسلمين والإمام يتولى ذلك لهم فيما مر لحاضر بنقض نصيبيه ونصيبي الغائبين فإذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيتضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط في .

قول أبي حنيفة ٢ وفي قولهما عليه ضمان النصف .

وجه قولهما : أن انصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيبي واحد كمن جرمه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله أن على الجار التنصيف لأن عقر السبع ونهش الحياة لم يجب بهما ضمان فكانا كالشيء الواحد كذا هذا .

و لأبي حنيفة ٣ه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفا في نفسه فيتضمن بمقدار نصيبيه و الله تعالى أعلم .

و منها : قيام ولادة النقض وقت السقوط ولا يكتفي بثبوتها وقت المطالبة لأنه إنما يصير متعديا بترك النقض عند السقوط كأنه أسقطه فإذا لم يبق له ولادة النقض عند السقوط لم يصر متعديا بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما إذا طلبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها الحائط من إنسان وقبضه المشتري أو لم يقبضه ثم سقط على شيء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لانعدام ولادة النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشتري أيضا لانعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبين ما إذا شرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على إنسان أنه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعديا بإشراط الجناح والإشراط على حاله لم يتغير فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك النقض المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدي عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان .

وعلى هذا يخرج ما إذا طلبه الأب بنقض حائط الصغير فلم ينقض حتى مات الأب أو بلغ الصبي ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لأن قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم .

و منها : إمكان النقض بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكنه نقضه فيها لأن الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الإمكان حتى لو طلبه

بالنقد فلم .

يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شيء لا ضمان عليه لأنه إذا لم يتمكن .

من النقد لم يكن بترك النقد متعديا فبقي حق الغير حاصلا في يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه و الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب