@ 167 @ لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهشة حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما ا ; لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيرا لكونه حرا يدا مع أنه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى أن لا يضمن به وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب , والصبي يضمن بالإتلاف , وهذا لأن نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق إتلاف منه تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن , وهذا ; لأن الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنه فإذا نقله إليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ الولي عنه فصار متعديا فيضاف إليه ; لأن شرط العلة بمنزلة العلة إذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى ; لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض نقول إنه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب ; لأنه في يد نفسه وإن كان صغيرا فهو ملحق بالكبير , ألا ترى أنه لا يزوج إلا برضاه كالحر البالغ , والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فإذا أخرجه من يد الولي فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير ; لأنه حينئذ يكون التلف مضافا إلى الغاصب بتقصير حفظه . قال رحمه ا (كصبي أودع عبدا فقتله) أي يضمن عاقله الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبدا أودع عنده وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن , وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما ا وقال أبو يوسف والشافعي يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما ا ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما ا يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الإقراض في العبد والصبي , وكذا الإعارة فيهما ثم محمد رحمه ا في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي عمره اثنتا عشرة سنة , وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ; لأن التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لأبي يوسف والشافعي رحمهما ا أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما إذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبي مأذونا له في التجارة أو في الحفظ من جهة الولي وكما إذا أتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه ; لأن المال الذي سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى

لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل أحد ولهما أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه , وهذا ; لأن العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلم تبق معصومة إلا إذا