

كتاب الودیعة

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا أُوذِعَ رَجُلٌ وَدِيعَةً فَأَرَادَ سَفَرًا فَلَمْ يَثِقْ بِأَحَدٍ يَجْعَلُهَا عِنْدَهُ فَسَافَرَ بِهَا بَرًّا أَوْ بَحْرًا ضَمِينًا».

قال الماوردي: أما استيداع الودائع فمن التعاون المأمور به، والإرفاق المندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢].

وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

وقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥].

وروي أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»^(١).

وروي أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «تَقَبَّلُوا إِلَيَّ بِسِتِّ اتَّقَبَّلُ بِالْجَنَّةِ، قَالُوا: وَمَا هِيَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: إِذَا حَدَّثَ أَحَدُكُمْ فَلَا يَكْذِبُ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ فَلَا يَخُنْ، وَإِذَا وَعَدَ فَلَا يُخْلِفُ وَغَضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَكَفُّوا أَيْدِيَكُمْ»^(٢).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: عَلَى الْيَدِّ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(٣).

وقد استودع رسول الله ﷺ ودائع القوم، وكان يسمى في الجاهلية لقيامه بها محمد الأمين، فلما أراد الهجرة إلى المدينة تركها عند أم أيمن - رضي الله عنها -، وخلف عليها -

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٤) والترمذي (١٢٦٤) وأحمد (٤١٤/٣) والبيهقي (٢٧١/١٠) والحاكم (٤٦/٢) والدارقطني (٣٥/٣) والطبراني (٢٣٤/١) وفي الصغير (١٧١/١) وأبو نعيم (١٣٢/٦) والبخاري في «التاريخ الكبير» (٣٦٠/٤) والخراطي في «مكارم الأخلاق» (٣٠) والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٣٨/٢).

(٢) أخرجه الحاكم (٣٥٩/٢) والخراطي في «مكارم الأخلاق» (٣٠) والطبراني في الكبير والأوسط كما في «المجمع» (٣٠٤/١٠) وأحمد بن منيع كما في «المطالب العلية» (٢٦١٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٦١) والترمذي (١٢٦٦) وابن ماجه (٢٤٠٠) وأحمد (٨/٥) والدارمي (٢٦٢/٢) والبيهقي (٩٠/٦) والطبراني (٢٥٢/٧) وابن أبي شيبه (١٤٦/٦) وابن الجارود (١٠٢٤).

السلام - لردّها على أهلها، ولأن بالناس إلى التعاون بها حاجة ماسّة وضرورة داعية لعبوارض الزمان المانعة من القيام على الأموال، فلو تمناع الناس فيها لاستضرروا وتقاطعوا.

فصل: فإذا ثبت أن ذلك من التعاون المأمور به لم يخل حال من استودع وديعة من ثلاث أحوال:

أحدها: أن يكون ممن يعجز عنها، ولا يثق بأمانته نفسه فيها، فهذا لا يجوز له أن يقبلها.

والحالة الثانية: أن يكون أميناً عليها قادراً على القيام بها وليس غيره ممن يقوم بها فهذا ممن قد تعين عليه قبولها، ولزمه استيادعها، كما تعين الشهادة على الشاهد إذا لم يوجد من يتحملها سواه، وكما يلزم الإنسان خلاص نفسه يقدر على إحيائها إذا لم يوجد غيره، لأن حرمة المال كحرمة النفس.

والحال الثالثة: أن يكون أميناً عليها، وقادراً على حفظها، وقد يوجد غيره من الأمانة عليها، فهذا مندوب إليه، وإن لم تجب عليه.

فصل: فإذا قبل الوديعة كان قبولها من العقود الجائزة له المقام عليها والرجوع فيها، وليس عليه إذا قبلها معرفة ما فيها، بل يجوز أن يستودعها وهو لا يعلم ما فيها، بخلاف اللقطة التي يلزمه معرفتها لما يلزمه من تعريفها، ثم عليه القيام بحفظها في حرز مثلها، فإن فرط كان ضامناً وإن لم يفرط فلا ضمان عليه، وحكي عن أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه أن المستودع إن اتهم في الوديعة ضمنها، استدلالاً بما روي أن رجلاً أودع عند أنس بن مالك ستة آلاف درهم، فسُرقت من بين ماله، فتخاصموا إلى عمر فقال: هل أخذ معها من ثيابك شيء؟ قال: لا، قال: عليك الغرامة، فروي أن أنس بن مالك قال لابن سيرين وقد حمل معه رجل متاعاً إلى البصرة: يا أنس، احفظه كيلا تغرمه كما غرمتني عمر، وهذا قول شاذ واضح الفساد، لرواية المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ ضَمَانٌ»^(١) وروي أن رجلاً أودع عند جابر وديعة، فقتلت، فتحاكما إلى أبي بكر، فقال: ليس على المؤمن ضمان، وهو قول منتشر في الصحابة لا يعرف بينهم فيه تنازع، ولأن تضمين الوديعة يخرج عن حكم التعاون وعقود الإرفاق، فأما أنس فإنه ضمنه عمر لتفريطه، فقد قيل: إنه دفعها إلى خادمه، وإلا فقد حرم الله تعالى صحابة نبيه ﷺ عن أن تتوجه إليهم تهمة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة مسألة الكتاب في رجل استودع وديعة فأراد سفرًا، فالوديعة لا تجبسه عن السفر، لأن النبي ﷺ لم يمتنع عن الهجرة لأجل ما كان عنده من الودائع، ولأن استدامة الوديعة غير لازم، وردّها على مالکها متى شاء المستودع جائز، وإذا كان ذلك فعليه إذا أراد سفرًا ومالكها حاضر أن يردّها عليه.

(١) أخرجه الدارقطني (٤١/٣) وقال: إنما يروى هذا عن شريح القاضي غير مرفوع.

فلو قال لمالكها: لست أدفعها إليك إلا أن تشهد على نفسك بقبضها، ففي وجوب الإشهاد عليه ثلاثة أوجه: أحدها: لا يجب، لأن قوله في الردّ مقبول، فعلى هذا يكون المنع منها لأجل الإشهاد متعدياً، وهذا أصح الوجوه.

والوجه الثاني: أن إشهاد المالك على نفسه واجب، لأن يتوجه على المستودع يمين أو نوزع في الرد، فعلى هذا لا يكون بالمنع منها لأجل الإشهاد متعدياً.

والوجه الثالث: أن يُنظر، فإن كان المالك قد أشهد على المستودع عند دفعها إليه لزمه الإشهاد على نفسه عند ردّها عليه، وإن لم يشهد عند الدفع لم يلزمه الإشهاد على نفسه عند الردّ، وإن لم يردّها على مالكها مع حضوره فلا يخلو حاله فيها من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يسافر بها معه.

والثاني: أن يدفعها إلى غيره.

والثالث: أن يخلفها في حرزه.

فإن سافر بها ضمّن، سواء كان سفره مأموناً أو غير مأمون.

وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه إذا كان سفره مأموناً، استدلالاً بأن الذي عليه في الوديعه حفظها، فإذا حفظها في أي مكان كان من حضر أو سفر كان مؤدياً لحق الأمانة فيها، قال: ولأنه لما جاز أن يحفظها في أي موضع شاء من البلد إذا كان مأموناً كان له [ذلك في غير البلد إذا كان مأموناً]^(١).

والدليل على تعديه إذا سافر بها قول النبي ﷺ: «إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ عَلَيَّ قَلْتِ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ» يعني على خطر^(٢)، وروي عنه ﷺ أنه قال: «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنَ الْعَذَابِ يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ وَرُقَادَهُ»^(٣) ولأن السفر مخوف في الغالب، وأمنه نادر لا يوثق به، ولذلك يمنع السيد مكاتبه من السفر، ويمنع ولي اليتيم من السفر بماله، ولأن في السفر بالوديعه مع التغيير بها إحالة بينها وبين مالكها بإبعاها عنه، وهذا عدوان، ولأن العرف في حفظ الودائع وإحرازها جاز في الأمصار دون الأسفار، فكان الخروج عن العرف فيها عدواناً، وليس بما استدل به من أن المقصود هو الحفظ وجه؛ لأنه يلزمه مع الحفظ أن لا يخاطر بها ولا يغرر، وهو بالسفر مغرر ومخاطر.

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه الديلمي في «مسند الفردوس» كما في التلخيص (٩٨/٣) وانظر كشف الخفا (٢٩٦/١) والأسرار المرفوعة (١٣١).

(٣) أخرجه البخاري (١٠/٣) ومسلم (كتاب الإمارة ١٧٩) وابن ماجه (٢٨٨٢) وأحمد (٢٣٦/٢) ومالك (٩٨٠) والدارمي (٢٨٦/٢) والبيهقي (٢٥٩/٥) والقضاعي في «مسند الشهاب» (٢٢٥) والطبراني في «الصغير» (٢٢٠/١) وأبو نعيم (٣٤٤/٦).

وقوله: «إنه لما لم يختص حفظها بمكان من المصر دون مكان فكذلك في السفر» فلا وجه له، لأن المصر يتساوى حكم أماكنه المأمونة، والسفر مخالف للمصر.

فصل: وإن دفعها مع حضور مالكها إلى غيره لم يخل حال من دفعها إليه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يدفعها إلى وكيل مالكها.

والثاني: أن يدفعها إلى الحاكم.

والثالث: أن يدفعها إلى أجنبي يستودعه إياها، فإن دفعها إلى وكيل مالكها لم يخل

حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون وكيلاً خاصاً في قبض ودائعه، فله دفعها إليه مع حضور المالك،

لأن يد الوكيل كيد الموكل.

والقسم الثاني: أن يكون وكيلاً خاصاً في غير قبض الوديعة، فهذا في حق الوديعة

كالأجانب لا يجوز دفعها إليه، لأن الوكيل في شيء لا يكون وكيلاً في غيره.

والقسم الثالث: أن يكون وكيلاً عاماً في كل شيء، ففي جواز ردها عليه وجهان بناء

على اختلاف الوجهين في صحة الوكالة العام:

أحدهما: أنها لا تصح، فعلى هذا لا يجوز ردها عليه.

والثاني: تصح، فعلى هذا يجوز ردها عليه، فإن طالب المستودع الوكيل أن يشهد له

على نفسه بقبض الوديعة منه لزم الوكيل الإشهاد بذلك على نفسه وجهاً واحداً، لأن قول

المستودع مقبول على المودع فجاز أن لا يلزم الإشهاد، وقوله غير مقبول على وكيله، فلذلك

لزمه الإشهاد، وسواء كان المستودع قد قبضها من المودع أو من وكيله في لزوم الإشهاد،

وسواء كان الوكيل عدلاً أو فاسقاً في جواز دفعها إليه، لأن للمودع أن يوكل من شاء من عدل أو

فاسق بخلاف الوصي.

فصل: وإن دفعها إلى الحاكم مع وجود المالك ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يضمن، لأن مالكها رشيد لا يوكل عليه.

والثاني: لا ضمان عليه، لأن يد الحاكم نائبة عن كل مالك، فعلى هذا إن دعاه

المستودع إلى الإشهاد على نفسه بالقبض قيل للحاكم: أنت بالخيار في الإشهاد على

نفسك، أو في إعلام مالكها بالاسترجاع، فإن أخذها واجب عليك، وأنت مخير في أيهما

شئت.

فصل: وإن دفعها مع حضور مالكها إلى أجنبي ائتمنه عليها فاستودعه إياها ضمنها،

لأمرين:

أحدهما: أنه لا ضرورة مع حضور المالك إلى دفعها إلى غيره، فصار كالسفر بالمال.

والثاني: أن المالك رضي بأمانته دون أمانة غيره، فصارت يد من ائتمنه عليها يد غير مأذون فيها، فصارت متعددة، ولزم الضمان، وكان مالکها مخير بين مطالبة المستودع الأول إن تلفت أو مطالبة الثاني.

وقال أبو حنيفة: له مطالبة الأول دون الثاني، ووافق في الغاصب إذا أودع أن للمالك مطالبة أيهما شاء، وهو دليل عليه في الوديعة، لأنه ليس للمستودع أن يودع، كما ليس للغاصب أن يودع، فصار المستودع منهما جميعاً يده غير محقة فلزمه الضمان، وسواء علم بالحال أو لم يعلم، لأن العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء، فإذا ثبت أن له مطالبة أيهما شاء بغرمها، فإن أغرمها الثاني نُظِرَ فإن علم بالحال لم يرجع بما غرّمه على الأول، وإن لم يعلم ففي رجوعه عليه بغرمها وجهان.

وإن أغرمها الأول نُظِرَ فإن كان الثاني عالماً بالحال رجع الأول عليه بما غرم، وإن لم يعلم ففي رجوعه عليه وجهان مخرجان من اختلاف قوله في الغاصب إذا وهب ما غصبه ثم غرمه هل يرجع بالغرم على الموهوب له أم لا؟ على قولين.

وعلى مالك الوديعة أن يشهد على نفسه بقبض الهبة، لأنها مضمونة بخلاف قبض الوديعة التي هي غير مضمونة.

فصل: وإن لم يدفعها إلى أحد مع حضور مالکها وخلفها وسافر ضمّنها، وقال: إن خلفها مع أمواله لم يضمن، وهذا فاسد، لأن الحرز بغير حافظ لا يكون حرزاً، وتغيره بماله لا يكون في الوديعة عذراً، فهذا حكم الوديعة إذا كان المودع حاضراً - والله أعلم -.

فصل: فأما إذا كان المودع غائباً عند إرادة المستودع السفر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون له وكيل في قبضها.

والثاني: أن لا يكون له.

فإن كان له وكيل فوكيله هو المستحق لقبضها، لأن يد الوكيل كيد الموكل، ويكون الحكم في عدول المستودع إلى غيره كالحكم في عدوله عن المودع مع حضوره على ما ذكرنا من التقسيم والجواب، وإن لم يكن له وكيل فالمستحق لقبضها هو الحاكم، فإن دفعها إليه لزمه الإشهاد على نفسه بالقبض، فإن عدل عن الحاكم مع كونه مأموناً فدفعها إلى أمين ثقة ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا ضمان عليه، وهو ظاهر كلام الشافعي، لأن الأمين عليها يمكن أن يحاكمه المودع فيها إلى الحاكم ويقيم بينة بما عنده ولا يمكن أن يفعل ذلك مع الحاكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، وأبي علي بن خيران، وابن أبي هريرة يضمن، لأن اختيار الحاكم واختيار الأمين اجتهاد، ولأن نظر الحاكم عام ونظر الأمين

خاص، فإن لم يجد حاكماً، أو كان إلا أنه غير مأمون جاز أن يختار لها أميناً ثقة يستودعه إياها؛ لأنه لا يقدر على غير ذلك في حفظها، ولأن النبي ﷺ أودع ما خلفه من الودائع عند أم أيمن حين هاجر واستخلف علياً في الرد - رضي الله عنه - .

وهل يلزمه الإشهاد عليه عند دفعها إليه أم لا: أحدهما: يلزمه الإشهاد عليه خوفاً من تغير حاله وحدوث جحوده، فعلى هذا إن لم يشهد عليه ضمنها.

والوجه الثاني: لا يلزمه الإشهاد عليه، لأنه ينوب عن المالك، ولأن قول الأمين في الرد مقبول، فعلى هذا إن لم يشهد عليه لم يضمنها، فإن لم يجد ثقة يستودعه إياها لم يخل حينئذ حال المضر والسفر من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون المضر مخوفاً بغارة، أو حريق، والسفر مأموناً، فعليه أن يسافر بالمال معه، لأنها حال ضرورة هي أحفظ وأحرز، فإن تركها وسافر كان ضامناً، وإن سافر بها لم يضمنها.

والقسم الثاني: أن يكون المضر مأموناً والسفر مخوفاً، فعليه تركها في المضر على ما سنذكره، ولا يجوز أن يسافر بها، فإن سافر بها ضمن.

والقسم الثالث: أن يكون المضر مخوفاً والسفر مخوفاً، فلا يجوز أن يسافر بها، لأنه إذا استوى الخوفان كان خوف السفر أعم.

والرابع: أن يكون المضر مأموناً والسفر مأموناً، ففي جواز السفر بها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، والظاهر من كلام الشافعي: لا يجوز أن يسافر بها، فإن سافر بها ضمن، لأن السفر أخطر.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يجوز أن يسافر بها، ولا ضمان عليه، لاستواء الأمن في الحالين، وفضل حفظه لها بنفسه في السفر، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ دَفَنَهَا فِي مَنَزِلِهِ وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا أَحَدًا يَأْتِمُنُهُ عَلَى مَالِهِ فَهَلَكَتْ ضَمِنَ وَإِذَا أُوذِعَهَا غَيْرَهُ وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ عِنْدَ سَفَرِهِ ضَمِنَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا فَأُوذِعَهَا أَمِينًا يُودِعُهُ مَالَهُ لَمْ يَضْمَنْ.»**

قال الماوردي: وهذا صحيح متى ما لم يجد حاكماً ولا ثقة يستودعها إياه فدفنها في الأرض فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الموضع المدفونة فيه سائلاً لا تحجير عليه يمنع من الوصول، فدفنها في مثله عدوان يوجب الضمان، سواء أعلم بها أحداً أو لم يعلمه، لأن ما تصل إليه الأيدي معرض للتلف.

والضرب الثاني: أن يكون الموضع حصياً حريزاً كالمنازل المسكونة التي لا تصل اليد إليها إلا من أراد، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يعلم بها أحداً أو لا يعلم بها

أحداً، فإن لم يعلم بها أحداً ضمنها، لأنه قد ربما أدركته منيته فلم يوصل إليها، فصار ذلك تغريراً، وإن أعلم بها ثقة مؤتمناً صحَّ، وهل يراعي في الإعلام بها حكم الشهادة أو حكم الائتمان؟ على وجهين:

أحدهما: حكم الشهادة، فعلى هذا لا يجزئه أقل من شاهدين عدلين، أو شاهد وامرأتين ويرى الشاهدان ذلك عند دفنه ليصح تحملهما لذلك، فإذا فعل ذلك خرج عن التعدي، وسقط الضمان عنه، ولم يلزمه أن يأذن للشاهدين في نقلها عند الخوف.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يراعى فيه حكم الائتمان، فعلى هذا يجوز أن يعلم بها واحداً ثقة، سواء كان رجلاً أو امرأة، ويجوز أن لا يراها، وهل يلزمه أن يأذن له في نقلها إن حدث بمكانها خوف أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه ذلك لما فيه من فضل الاستظهار، فإن لم يفعل ضمّن.

والوجه الثاني: لا يلزمه، لما في نقلها من التعريض للأخطار، فإن نقلها المؤتمن عليها على هذا الوجه عند حدوث الخوف بمكانها ففي ضمانه وجهان من اختلافهم على هذا الوجه، هل يكون إعلامه بها يجري مجرى الخبر، أو مجرى الأمانة؟ فأحد الوجهين: أنه يجري مجرى الخبر، فعلى هذا لا يجوز له نقلها، فإن نقلها ضمّن، ويجوز أن يكون عبداً، وأن يكون بعيداً عنها، وليس له يد عليها.

والوجه الثاني: أن يجري مجرى الأمانة، فعلى هذا يجوز له نقلها، ولا يجوز أن يكون عبداً ولا أن يبعد عنها، وتكون يده عليها، فأما إذا دفنها على ما وصفنا مع وجود حاكم مأمون، أو عدل موثوق به يودعها عنده ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز ويضمن إن فعل.

والثاني: يجوز ولا ضمان عليه.

فصل: فأما إذا ترك الودیعة في بيت المال فقد قال الشافعي: «يضمن» وليس هذا الجواب على الإطلاق، واختلف أصحابنا في تأويله، فقال بعضهم: أراد به إذا كان مالها حاضراً، ولو كان غائباً لم يضمن، وهذا تأويل من قال: لا يجوز دفع الودیعة إلى الحاكم مع وجود صاحبها، وقال آخرون: إنما أراد به إذا لم يعلم صاحب بيت المال بها ولمن هي، فإن أعلمه بها ولمن هي لم يضمن، وهذا قول من لا يجوز دفعها إلى الحاكم مع حضور صاحبها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا ثُمَّ رَدَّهَا فِي مَوْضِعِهَا فَهَلَكَتْ ضَمِنَ لِخُرُوجِهِ بِالتَّعَدِّي مِنَ الْأَمَانَةِ».

قال الماوردي: اعلم أن التعدي الذي يجب به ضمان الودیعة فعلى سبعة أقسام:

أحدها: التفريط في الحرز، ذلك مثل أن يضعها في غير حرز أو يكون قد وضعها في

حرز ثم أخرجها إلى ما ليس بحرز، أو يكون قد أعلم بمكانها من أهله من لا يؤمن عليها، فهذا وما أشبهه من التفريط عدوان يجب به الضمان.

والقسم الثاني: الاستعمال، مثل أن يستودعه ثوباً فيلبسه أو دابة فيركبها، أو بساطاً فيفترشه فهذا وما شاكله عدوان يجب به الضمان.

والقسم الثالث: خلطها بغيرها، وذلك ضربان:

أحدهما: أن يخلطها بمال نفسه، كما لو أودع دراهم فخلطها بدراهم حتى لم تتميز، فهذا عدوان يوجب الضمان، وكذلك لو خلطها بدراهم غير المودع أيضاً.

والضرب الثاني: أن يخلطها بمال المودع، كأنه أودع وديعتين من جنس واحد فخلط إحداهما بالأخرى، ففي تعديه وضمانه بذلك وجهان:

أصحهما يضمها، لأن مالها لما ميزها لم يرض بخلطها، ولكن لو خلطها بما يتميز منها مثل أن يخلط دراهم بدنانير لم يضم، إلا أن يكون خلط الدراهم بالدنانير قد نقص قيمته من الدنانير فيضمن قدر النقصان.

والقسم الرابع: الخيانة، وهو أن يخرجها لبيعها، أو لينفقها، فهذا عدوان يجب به الضمان وكذلك لو جردها.

والقسم الخامس: التعرف لها، مثل أن تكون دراهم فيزنها، أو يعدها، أو ثياباً فيعرف طولها وعرضها، ففي تعديه وضمانه بذلك وجهان:

أحدهما: يضم، لأنه نوع من التصرف.

والثاني: لا يضم، لأنه قد ربما أراد به فضل الاحتياط.

والقسم السادس: التصرف في بعض ما استظهر به المودع في حرزها وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون منيعاً بالقفل الذي يفتحه، فهذا عدوان يجب به الضمان.

والثاني: أن يكون غير منيع كالختم يكسره، والشداد يحله، ففي ضمانه بذلك وجهان أصحهما يضم، لما فيه من هتك الحرز، ولذلك قال - عمر رضي الله عنه - لشريح: طينة خير من طينة يعني أن طينة الختم تنفي التهمة.

والقسم السابع: أن ينوي الخيانة والتعدي، فقد كان أبو العباس بن سريج يرى أن ذلك موجب لضمانها ويجعل النية فيها كالفعل في وجوب الضمان، استدلالاً بأن النية في تملك اللقطة يقوم مقام التصرف في ثبوت الملك، فكذلك في ضمان الودعة، والذي عليه جمهور أصحابنا أنه لا يضمها بالنية، لأن النية إنما تراعى في حقوق الله تعالى لا في حقوق الأدميين، ولو جاز أن يصير متعدياً بالنية لجاز أن يصير خائناً وسارقاً بالنية، ولأن النية ما أثمرت في حرزها فلم تؤثر في ضمانها، غير أنه يائس بها، فأما اللقطة فمع النية في تملكها علم ظاهر وهو انقضاء حق التعريف، وإن كان من أصحابنا من لم يجعله مالاً مع النية إلا

بالتصرف وقال أبو حامد المرورودي: يجعله مالكاً مع النية إلا بالتصرف فإن نوى حبسها لنفسه وإن لم يردها على ربها ضمنها، وإن نوى أن يخرجها من حرزها إخراج عدوان لم يضمنها، وهذا أصح.

والفرق بينهما: أنه إذا نوى أن لا يردها أمسكها لنفسه فضمنها، وإذا نوى أن يخرجها فقد أمسكها لمالكها فلم يضمنها.

فصل: فإذا استقرّ ضمان الوديعة من أحد هذه الأقسام بالتعدي ثم كف عن تعديه وأعادها إلى حرزها لم يسقط عنه الضمان.

وقال أبو حنيفة ومالك: قد سقط عنه الضمان، استدلالاً بأن الحكم إذا ثبت لعله زال بزوالها كالشدة المطربة في الخمر، والردة الموجبة للقتل، قالوا: ولأنه قد يضمن الوديعة بالإخراج كما يضمن المحرم الصيد بالإمسك، فلما كان إرسال المحرم للصيد بعد إمساكه مسقطاً للضمان، وجب أن يكون إعادة المستودع لها بعد الإخراج مسقطاً للضمان، قالوا: ولأنه لما كان لو أخرجها من حرز المستودع سارق فضمنها سقط عنه الضمان بردها [كان أولى إذا أخرجها المستودع فضمنها أن يسقط عنه الضمان بردها] (١).

ودليلنا هو أنه ما ضمن به الوديعة لم يسقط بارتفاع سببه كالجحد، ولأن من ضمن باليد لم يفرد بإسقاط الضمان كالغاصب، ولأن الضمان إذا وجب بالإخراج من الحرز لم يخرج بالرد إلى الحرز كالسارق، ولأنه قد خرج بالتعدي في الأمانة فلم يعد إليها إلا باستئناف أمانة وإلا كان أمين نفسه، ولأن الضمان إذا تعلق بذمته لم يكن له سبيل إلا إبراء نفسه بنفسه، فأما استدلالهم بأن الحكم إذا ثبت لعله زال بزوالها فالعلة لم تزل، لأن التعدي الأول انقطع ولم يرتفع، وأما إرسال المحرم للصيد فإنما سقط عنه الضمان، لأنه قد أعاده إلى حقه.

ومثاله من الوديعة أن يعيدها إلى مالكها، وأما السارق من المستودع فقد اختلف أصحابنا في سقوط الضمان عنه إذا رده على المستودع على وجهين: أحدهما: لا يسقط الضمان عنه لأنه غير مالكة.

والوجه الثاني: قد سقط عنه الضمان، لأن المستودع على أمانته فصار عودها إلى يده كعودها إلى المالك، وليس كذلك إذا كان المستودع هو الضامن له، لأنه قد خرج من الأمانة.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان التعدي باقٍ وإن كف عنه فسقوطه عنه يكون بردها على مالكها أو وكيل مالكها في قبضها، فأما إبراء المودع له من ضمانها فإن كان بعد تلفها واستقرار غرمها في ذمته صح الإبراء إذا كان بعد تلفها، وإن كان مع بقائها ففي سقوط ضمانها وجهان:

(١) سقط في ب.

أحدهما: وهو قول المرورودي قد سقط الضمان، لأن الإبراء استئمان.

والوجه الثاني: أن الضمان لا يسقط عن الغاصب بالإبراء قبل الرد، ولأن الإبراء إنما يتوجه إلى ما استقر من الديون في الذم لا إلى ما في الأيدي من الأعيان، وإنما هبات الأعيان لا تسقط ضمانها، فعلى هذا لو أعادها المستودع إلى حرزها بإذن مالکها كان سقوط الضمان عنه على هذين الوجهين. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَوْدَعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ فَأَنْفَقَ مِنْهَا دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ فِيهَا وَلَوْ ضَمِنَ الدَّرْهَمَ».**

قال الماوردي: قد ذكرنا أن في وجوب الضمان بكسر الختم وحل الشداد وجهان: فأما إذا أودع دراهم غير مختومة ولا مشدودة فأخرج منها درهماً لينفقه قد ضمنه وحده، ولا يضمن غيره، فإن رده بعينه ولم ينفقه لم يسقط عنه ضمانه، فإن خلطه بالدراهم، نُظِرَ فَإِنْ تَمَيَّزَ عَنْهَا ضَمِنَهُ وَحْدَهُ وَلَمْ يَضْمَنْ جَمِيعَ الدَّرَاهِمِ وَإِنْ لَمْ يَتَمَيَّزْ عَنْهَا فِي ضَمَانِ جَمِيعِهَا وَجْهَانِ:

أحدهما: يضمن جميعها، لأنه قد خلط مضموناً بغير مضمون فصار بذلك متعدياً فضمن الجميع وهذا مذهب أبي حامد المرورودي، والبصريين.

والوجه الثاني: لا يضمن، لأن كل ذلك مال واحد قد آثر مالكة خلطه فلم يكن في خلطه خلاف غرضه، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة والبغداديين، وإن أنفق ذلك الدرهم وردّ بدله وخلطه بالدراهم فلا يخلو حال ذلك الدرهم الذي رده بدلاً من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يتمييز من جميع الدراهم، فيصير بخلطه متعدياً في الجميع، لأنه قد خلط الوديعة بمال نفسه، فصار ضامناً بجميعها.

والقسم الثاني: أن يتمييز ذلك الدرهم دون غيره مما يتمييز ويصير كمن خلط دراهم الوديعة بدنانير نفسه عن جميع الدراهم فليس عليه إلا ضمان ذلك الدرهم دون غيره.

والقسم الثالث: أن يكون مما يتمييز عن بعض الدراهم ولا يتمييز عن بعضها، مثل أن تكون بعض الدراهم بيضاء وبعضها سوداء، والدراهم المردودة فيها أبيض أو أسود، فيضمن من ذلك ما لا يتمييز عن الدرهم المردود بدلاً، ولا يضمن ما تميز عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً وَأَمْرَةً بَعْلِفِهَا وَسَقِيَهَا فَأَمَرَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا فِي دَارِهِ كَمَا يَفْعَلُ بِدَوَابِّهِ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ بَعَثَهَا إِلَى غَيْرِ دَارِهِ وَهِيَ تُسْقَى فِي دَارِهِ ضَمِنَ وَإِنْ لَمْ يَأْمُرْهُ بِعَلْفِهَا وَلَا بِسَقِيهَا وَلَمْ يَنْهَهُ فَحَبَسَهَا مُدَّةً إِذَا أَتَتْ عَلَى مِثْلِهَا لَمْ تَأْكُلْ وَلَمْ تَشْرَبْ هَلَكَتْ ضَمِنَ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ فَتَلَفَتْ لَمْ يَضْمَنْ وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ حَتَّى يُوَكَّلَ مَنْ يَقْبِضُ مِنْهُ النَّفَقَةَ عَلَيْهَا وَيَكُونُ دَيْنًا عَلَى رَبِّهَا أَوْ يَبِيعُهَا فَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ».**

قال الماوردي : وصورتها في رجل أودع رجلاً دابة فلا يخلو حاله عند ايداعها عنده من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يأمره بعلفها .

والثاني : أن ينهاه عن علفها .

والثالث : أن لا يأمره ولا ينهاه .

فأما القسم الأول : وهو أن يأمره بعلفها فعليه أن يربطها في حرز مثلها، ويعلفها ويسقيها عند حاجتها، وقدر كفايتها، فإن علفها مع دوابه في منزله وكان حرزاً جاز وإن لم يكن حرزاً ضمن، وإن علفها مع دوابه وفي غير منزله فإن لم يكن حرزاً أو كان إلا أن القيم بها إذا لم يشاهده قصر في علفها ضمن، وإن كان حرزاً والقيم بها إذا أفرده بعلفها مع غير دوابه لم يقصر في علفها لم يضمن، ومراد الشافعي - رضي الله عنه - بإطلاق الضمان ما ذكرنا، وهو قول جمهور أصحابنا .

وقال أبو سعيد الاصطخري : متى عزلها عن دوابه وعلفها في غير اصطبله ضمنها بكل حال، لأن الظاهر من فعل نظيره لنفسه أن اصطبله أحرز، وعلفها مع دوابه أحوط، فإن ثبت ما وصفنا من حال حرزها وعلفها فلا يخلو حاله في الإذن من أحد أمرين : إما أن يشترط له الرجوع، أو لا يشترط له الرجوع، فإن شرط له الرجوع فقال : أنفق عليها لترجع عليّ، أو أنفق عليّ ففي وجوب تقديره للنفقة وجهان :

أحدهما : يجب تقديرها لتنتفي الجهالة عن ضمانها، وليزول الخلف بينهما في قدرها، فعلى هذا إن أنفق عليها من غير تقدير المودع كان متطوعاً لا يرجع بنفقتة، وإن قدر له قدرأرجع به، وإن زاد عليه كان متطوعاً .

والوجه الثاني : لا يجب تقديرها لأن لنفقتها حداً يراعى فيه كفايتها فلم يحتج إلى التقدير، فعلى هذا يجوز إذا كان المالك هو الأذن في النفقة أن يتولاها المستودع بنفسه، ويقبل قوله في قدرها إذا لم يدع سرفاً، وإن لم يشترط له الرجوع بالنفقة حين أذن فيها ففي جواز رجوعه بها وجهان :

أحدهما : يرجع اعتباراً بالأغلب من حال الإذن .

والثاني : لا يرجع لاحتمال الإذن .

فصل : وأما القسم الثاني : وهو أن ينهاه عن علفها فلا يجوز له في حق الله تعالى أن يدع علفها، لأنها ذات نفس يحرم تعذيبها، ونهى ﷺ عن ذبح البهائم إلا لمأكلة، وقال : «في كل ذات كبدٍ حرّياً أجرٌ» وعليه أن يأتي الحاكم حتى يجبر المالك على علفها إن كان حاضراً أو يأذن له في علفها ليرجع به إن كان غائباً، فإن علفها من غير حكم حاكم لم يرجع، وإن تركها فلم يعلفها حتى هلكت فالمحكي عن جمهور أصحابنا أنه لا يضمن،

وهذا قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي، وغيرهما، لأن نهيها عن النفقة إبراء من ضمان الذمة.

وقال أبو سعيد الأصبخري: يضمن، وهو الأصح عندي، لأنه شرط قد منع الشرع منه فكان مطرحاً، وعلى كلا الوجهين لا يسقط عنه المأثم، وإنما الوجهان في الغرم، وعلى هذين الوجهين لو أذن له السيد في قتل عبده كان في سقوط الغرم عن قاتله وجهان، وقد حكاهما ابن أبي هريرة، وزعم أنهما مخرجان من اختلاف قوله في الرهن إذا أذن للمرتهن في وطء الجارية المرهونة: هل يسقط عنه المهر بالإذن أم لا؟ على قولين.

فأما إن أمر بقطع يده أو جلده لم يضمن وجهاً واحداً، لاحتمال أن يكون الأمر بقطعه حداً في سرقة والجلد حداً في زنا - والله أعلم -.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن لا يأمره بعلفها ولا ينهاه فعليه علفها، لما يلزمه في الشرع من حرمة نفسها، فإن لم يعلفها حتى هلكت في مدة إن لم تأكل فيه تلفت فعليه غرمها.

وقال أبو حنيفة: لا غرم عليه، استللاً بأن الأمر إنما تضمن الحفظ دون العلف، فلم يكن منه تقصير فيما تضمنه الأمر فلم يضمن، وتعلقاً بأنه لو رأى بهيمة تتلف جوعاً فلم يطعمها لما ضمن، وكذلك هذه، وهذا فاسد، لأن ما وجب بالشرع فهو كالمقترن بالأمر، وقد «نهى النبي ﷺ أَنْ تُتَّخَذَ الرُّوحُ غَرَضاً»^(١) وذكر في صاحبة الهرة التي دخلت بها النار ما يدل على أنه لا يجوز ترك البهيمة بلا علف، ولأن علفها من شروط حفظها، فلما كان حفظها واجباً وإن جاز أن تبقى بغير حافظ فأولى أن يكون علفها واجباً إذ ليس يجوز أن تبقى بغير علف، وبهذا بطل استدلاله.

فأما من رأى بهيمة غيره تموت جوعاً فلم يطعمها فإنما لم يضمنها، لأنه لم يتعين عليه حفظها، وليست كالوديمة التي تعين عليه حفظها، فإذا ثبت وجوب علفها عليه وأنه يضمنها إن لم تعلق بالطريق إلى رجوعه بعلفها أن يأتي الحاكم حتى ينظر حال مالكها، فإن كان حاضراً ألزمه علفها، وإن كان غائباً نظر أولى الأمرين له من بيعها إن خاف أن يذهب في علفها أكثر منها أو النفقة عليها إن رأى ذلك قليلاً، فإن رأى الحاكم أن يأذن للمستودع في النفقة عليها، فهل يلزمه تقديرها له أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين في المالك لو كان هو الأذن، وهل يجوز أن يتولى النفقة عليها بنفسه أو ينصب له أميناً يأخذها منه؟ على وجهين ذكرناهما في «اللقطة»، فإن اتفق المستودع عليها من غير حكم حاكم، فإن قدر على استئذان الحاكم كان متطوعاً بالنفقة، وإن لم يقدر على استئذانه ففي رجوعه بالنفقة ثلاثة أوجه:

أحدهما: يرجع بها أشهد، أو لم يشهد، لوجوبها عليه، وعدم من يحكم بها له.

(١) أخرجه الترمذي (١٤٨٥). وأحمد (٢٧٤/١) والطبراني (٢٧٥/١١) وابن أبي شيبة (٣٩٨/٥).

والوجه الثاني: لا يرجع بها أشهد، أو لم يشهد، لأن لا يكون حاكم نفسه .
والوجه الثالث: أنه إن أشهد رجع، وإن لم يشهد لم يرجع، لأن الإشهاد غاية إمكانه .
مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَوْصَى الْمُوَدِّعُ إِلَى أَمِينٍ لَمْ يَضْمَنْ فَإِنْ كَانَ غَيْرَ أَمِينٍ ضَمِّنَ»** .

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا حضر المستودع الموت، فإن كان مالكها حاضراً، أو وكيله لم يجز أن يوصي بها، كما لا يجوز إذا أراد السفر مع حضور مالكها أن يودعها، وإن كان مالكها غائباً وليس له وكيل حاضر فإن لم يقدر على حاكم جاز أن يوصي بها إلى أمين وإن قدر على الحاكم ففي جواز الوصية بها غيره وجهان على ما ذكرنا في السفر، فإذا جاز له الوصية بها مع عدم الحاكم ومع وجوده في أحد الوجهين اختار لها أميناً، فإن اختار لها أميناً قد اختاره لوصية نفسه كان أولى ولا ضمان عليه، وفي وجوب الإشهاد عليه بها وجهان، وإن اختار لها أميناً غير من اختاره لوصية نفسه، ففي ضمانه وجهان:
أحدهما: لا يضمن، وهو قول الأكثرين من أصحابنا، كما لو أوصى ببعض ماله إلى رجل وبعضه إلى غيره .

والوجه الثاني: وهو قياس أبي سعيد الاصطخري في علف الدابة في غير منزله أنه يضمن، لأن الظاهر ممن اختاره بنفسه أنه أظهر أمانة، قلنا إن أوصى بها إلى غير أمين لم يجز، سواء جعله وصي نفسه أم لا، وسواء علم فسقه أم لا، لأن العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء فإن فعل، نظر فإن سلمها إليه ضمنها لتفريطه فيها، وإن لم يسلمها إليه عند الوصية حتى هلكت ففي ضمانه لها وجهان:

أحدهما: أنه لا يضمنها، لأنه ما أحدث فيها فعلاً .

والوجه الثاني: يضمنها، لأنه قد سلط عليها، وإن لم يقبضها فصار ذلك عدواناً فوجب الضمان، فأما إن لم يوص بها حتى مات نظر، فإن لم يقدر على الوصية لمفاجأة الموت لم يضمن، وإن قدر عليها ضمن - وبالله التوفيق - .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ «فَإِنْ أُنْتَقَلَ مِنْ قَرْيَةٍ آهَلَةٍ إِلَى غَيْرِ آهَلَةٍ ضَمِّنَ»** .

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في نقل هذا اللفظ، فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أن الرواية فيه: «ولو انتقل من قرية أهله» يعني: كثيرة الأهل «إلى غير أهله» يعني: قليلة الأهل .

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أن المراد بقوله: «ولو انتقل من قرية أهله» يعني: وطن أهله إلى غير وطن أهله .

وجملة ذلك: أنه لا يخلو حال القرية التي انتقل إليها من أن تكون آمنة أو غير آمنة، فإن كانت غير آمنة كان ضامناً بنقل الودیعة إليها، وإن كانت آمنة لم يخل حاله من أن تكون

قریبة أو بعيدة، فإن كانت بعيدة ضَمِنَ لما في نقلها من ابعادها عن مالکها، فإن كانت قریبة لم یخل حال الطريق من أن یكون آمناً أو مخوفاً فإن كان مخوفاً ضمن وإن كان آمناً لم یخل حال القریبة التي انتقل عنها من أن تكون مخوفة أو آمنة، فإن كانت مخوفة لا یأمن علی الودیعة فیها من غارة أو حریق، أو غرق لم یضمن، وإن كانت آمنة ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه لا یضمن علی ما قدمته من رواية اللقطة، وكما لو نقلها من محلة إلى أخرى.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي، أنه یضمن، لأن في إخراج المال عن القریبة تغیر لم تدع إليه ضرورة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ «وَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ هَذَا الْمَوْضِعِ فَأَخْرَجَهَا مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ضَمِنَ فَإِنْ كَانَ ضَرُورَةً وَأَخْرَجَهَا إِلَى حَرْزٍ لَمْ يَضْمَنْ».

قال الماوردي: وجملة حال المودع أنه لا یخلو من أن یعین للمستودع علی حرز أو لا یعین، فإن لم یعین علی حرز فعليه أن یحرزها حرز مثلها، ویجوز له نقلها من ذلك الحرز إلى حرز مثله أو آخر لضرورة أو غیر ضرورة، إذا لم یکن النقل مخوفاً، لأنه قد كان له في الابتداء أن یحرزها حيث شاء فلذلك یجوز أن یقلها حيث شاء وسواء أحرزها مع ماله أو نقلها مع غیر ماله، وعلی قیاس قول أبي سعید الاصطخري متى أحرزها مع غیر ماله أو نقلها مع غیر ماله ضمن كالدابة.

فصل: فإن عین علی حرز یحرزها فلا یخلو حاله من أن ینهاه عن إخراجها من ذلك الحرز [أو لا ینهاه، فإن لم ینهاه عن إخراجها من الحرز]^(١) الذي عینه جاز إحرزها فيه، سواء كان حرزاً لمثلها أو لم یکن، لأن مالکها بالتعیین قد قطع اجتهاده في الاختیار، فإن أخرجها من ذلك الحرز فذلك ضربان:

أحدهما: لضرورة أمن غشيان نار، أو حدوث غارة، فلا ضمان علیه بإخراجها منه إذا كان الطريق في إخراجها مأموناً، ولو تركها مع حدوث هذه الضرورة لكان لها ضماناً، لأنه فرط بتركها.

والضرب الثاني: أن ینقلها من ذلك الحرز إلى غیره من غیر ضرورة حدثت، فلا یخلو حال الحرز الذي كانت فيه، والحرز الذي نقلت إليه من أربعة أقسام:

أحدها: أن یكون المعین غیر حریز والمنقول إليه حریزاً، فلا ضمان علیه.

والثاني: أن یكون المعین حریزاً والمنقول غیر حریز، فعليه الضمان.

والثالث: أن یكون المعین غیر حریز والمنقول غیر حریز، فعليه الضمان، لأنه

قد عدل عن التعیین إلى غیره أختیاراً.

والرابع: أن يكون المعين حريزاً والمنقول إليه حريزاً، فينظر في الحرز المعين فإن لم يكن لرب الوديعة جاز نقلها ولم يضمن، لأن حقه في الإحراز دون الحرز، وإن كان ملكاً لرب الوديعة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز نقلها ولا يضمنها تغليباً لحكم الحفظ المعتبر مع الإطلاق، ويضمنها اعتباراً بالتعيين القاطع للاختيار.

والوجه الثاني: لا يجوز له نقلها اعتباراً بالتعيين القاطع للاختيار.

فصل: وإن نهاه مع التعيين على الحرز عن إخراجها منه فلا يخلو حال الحرز من أن يكون للمودع أو المستودع، فإن كان للمودع فسواء كان مالكاً أو مستأجراً شرطه واجب، وليس للمستودع نقلها من غير ضرورة، فإن نقلها مع ارتفاع الضرورة ضمنها، سواء نقلها من دار إلى دار، ضمن أو نقلها من بيت إلى بيت ضمن.

وقال أبو حنيفة: إن نقلها من دار إلى دار ضمن وإن نقلها من بيت إلى بيت أو من صندوق إلى صندوق لم يضمن احتجاجاً بأن الدور المختلفة قد تتباين في الإحراز، والبيوت في الدار الواحدة لا تتباين، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن البيوت من الدار الواحدة قد تختلف في الحرز كاختلاف الدور.

والثاني: أن في نقلها مع التعيين تصرفاً غير مأذون فيه، فصار به متعدداً، وجملة ذلك أن له في نقلها من بلد إلى بلد، والثاني: من دار إلى دار، والثالث: من بيت إلى بيت، والرابع: من صندوق إلى صندوق، فعندنا يضمن إذا نقلها في هذه الأحوال الأربعة مع التعيين، وعند أبي حنيفة يضمن في حالتين في البلد والدار، ولا يضمن في حالتين في البيت والصندوق، وإن كان الحرز للمستودع ففي لزوم ما شرطه للمودع عليه من أن لا يحرزها منه وجهان:

أحدهما: قول أبي إسحاق المروزي، أنه شرط واجب، ومتى أخرجها منه لغير ضرورة ضمن، لأن المودع لم يرض لإحراز ماله إلا ما عينه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه شرط لا يجب، وإن أخرجها من غير ضرورة له لا يضمن، لأنه لا يملك الحرز وليس يستحق إلا الحفظ.

فصل: فأما إذا دعت الضرورة إلى إخراجها من الحرز الذي عينه لحفظ الوديعة فيه من غشيان نار أو حدوث حريق فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينص المودع على أن لا يخرجها منه في هذه الأحوال.

والثاني: أن لا ينص، فإن لم ينص على ذلك بل نهى عن إخراجها منه على الإطلاق جاز مع حدوث هذه الضرورات المتجددة إخراجها، لأن نهيه عن إخراجها إنما هو لفرض الاحتياط في حفظها، فلم يجز تركها في مكان يفضي إلى تلفها، فإن تركها ولم ينقلها حتى

تلفت فعليه الضمان، لتفريطه بالترك، وإن نصّ على أن لا تخرج منه، وإن غشيت نار، أو حدثت غارة، فإن كان حيواناً يخاف على نفسه من غشيان النار كان هذا فيه شرطاً باطلاً، ولزم إخراجها مع النهي عنه، كما يلزم علفه، وإن نهى عنه، فإن أخرجها لم يضمنه، وإن تركه ففي ضمانه وجهان كالدابة إذا شرط عليه أن لا يعلفها، وإن لم يكن حيواناً يخاف تلف نفسه ففي لزوم شرطه وجهان بناء على اختلاف الوجهين المحكيين عن إبي إسحاق المروزي في الوكيل إذا وكل في شراء عبد يعنيه بعشرة فاشتره بأقل منها، فإن لم ينهه الموكل عن شرائه بأقل من عشرة صح الشراء، وإن نهاه ففي لزوم شرط وصحة عقده وجهان:

أحدهما: الشرط باطل، والشراء صحيح.

والوجه الثاني: أن الشرط لازم، والشراء باطل كذلك هذا الشرط، وهذا الموضع يخرج على هذين الوجهين:

أحدهما: يلزم لقطع الاجتهاد بالنص، فعلى هذا إن أخرجها ضمن وإن تركه لم يضمن.

والوجه الثاني: لا يلزم تغليباً لحكم الاحتياط في نصه، فعلى هذا إن أخرجها لم يضمن، وإن تركه ففي ضمانه وجهان على ما ذكرنا في الدابة المنهى عن علفها إذا لم يعلفها، فأما مؤنة إخراجها ونقلها فإن منع منه كان متطوعاً به، وكذلك لو كان له ولم يجب عليه كان متطوعاً به، وإن وجب عليه كان كالعلف على ما مضى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ الْمُوَدَّعُ أَخْرَجْتُهَا لَمَّا غَشَيْتِي النَّارُ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ نَارًا أَوْ أَثَرًا يَدُلُّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا أخرج الوديعه من حُرْزٍ شُرْطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَهَا مِنْهُ فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَضَّرُورَةَ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ ضَّرُورَةِ ضَمَّنَ، فَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُوَدَّعُ وَالْمُسْتَوْدَعُ فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ أَخْرَجْتُهَا لِنَارٍ غَشَيْتِ أَوْ لِنَارٍ غَشَيْتِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيَّ، وَقَالَ الْمُوَدَّعُ: بَلْ أَخْرَجْتُهَا بغيرِ سَبَبٍ فَعَلَيْكَ الضَّمَانُ فَلَا يَخْلُو حَالُ هَذِهِ الدَّعْوَى فِي غَشْيَانِ النَّارِ وَحُدُوثِ الْغَارَةِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أحدها: أن يعلمه عياناً أو خبراً أو يرى لذلك أثراً، فالقول قول المستودع مع يمينه بالله تعالى أنه أخرجها لذلك، وإنما يلزمه اليمين وإن علمنا حال العذر، لجواز أن يكون إخراجها لها لغير هذا العذر، وسواء كان حدوث ذلك في داره أو في جواره.

والقسم الثاني: أن يعلم كذب ما ادعاه من حدوث النار والغارة فدعواه مردودة، بيقين كذبه، ولا يمين على المودع، لاستحالة الدعوى.

والقسم الثالث: أن يكون ما ادعاه ممكناً لجواز أن يكون قد حدث، ويجوز أن لا يكون، فيقال للمستودع ألا علمت من الحال السلامة، والظاهر من إخراجك التعدي، فإن

أقمت بينة بحدوث الخوف ينتقل بها عن الظاهر جعلنا حينئذ القول قولك مع يمينك بأنك أخرجتها بغشيان النار وحدوث الغارة، وإن لم تقم بينة تنقلنا عن الظاهر غلبنا حكم الظاهر وجعلنا القول قول المودع مع يمينه بالله بأنه لم يحدث في الناحية ناراً ولا غارة، لأن الظاهر معه، ويصير ضامناً للوديعة، فأما إن نقلها خوفاً من حدوث غارة أو نار فلم تحدث غارة ولم تغشى نار فإن كانت أمارات صدق دعواه ظاهرة ودواعيه غالبية لم يضمن، وإن كان ظناً وتوهماً ضمناً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** «وَلَوْ قَالَ دَفَعْتُهَا إِلَى فُلَانٍ بِأَمْرِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودِعِ وَلَوْ قَالَ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودِعِ».

قال الماوردي: وهما مسألتان:

إحدهما: أن يدعي المستودع رد الوديعة على مالكها.

والثانية: أن يدعي دفعها إلى غير مالكها بإذنه، فالقول قوله في الرد مع يمينه، سواء كان المودع قد أشهد عليه عند الدفع للوديعة إليه أو لم يشهد.

وقال مالك: إن كان المودع قد أشهد عليه عند الدفع لم يقبل قول المستودع في الرد، وإن لم يشهد عليه فقبل قوله استدلالاً بأنه إذا لم يشهد عليه فقد رضي بأمانته قبل قوله عليه، فإذا أشهد عليه لم يرض بأمانته فلم يقبل قوله عليه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان قوله في التلف مقبولاً مع الشهادة وعدمها، وجب أن يكون قوله في الرد مقبولاً مع الشهادة وعدمها.

والثاني: أنه لما كان قول الوكيل مقبولاً في الحالين، وقول المقرض والمستعير في الرد غير مقبول في الحالين، كان المستودع ملحقاً بأحد الأصليين في أن يكون قوله في الرد مقبولاً في الحالين أو مردوداً في الحالين، فلما كان في أحد الحالين مقبولاً وجب أن يكون في الآخر مقبولاً.

فإذا تقرر مقبول القول في الرد فإنما يقبل قوله ما كان على أمانته، فلو ضمنها بتفريط أو عدوان لم يقبل قوله في الرد، وكان القول قول المودع مع يمينه، وله الغرم، وهكذا لو مات المودع فادعى المستودع رد الوديعة على وارثه لم يقبل قوله، لأنه وإن لم يصبر بموت المودع ضامناً فقد صار بموته خارجاً من عقد الوديعة [وولاية النظر، ولأنه يصير مدعياً للرد على غير من ائتمنه فصار كالوصي الذي لا يقبل قوله في رد مال اليتيم عليه، وهكذا لو مات المستودع فادعى وارثه رد الوديعة] ^(١) على المودع لم يقبل قوله عليه، لما ذكرنا من المعنيين: ارتفاع العقد بالموت، وعدم الائتمان في الوارث.

(١) سقط في ب.

فصل: وأما المسألة الثانية: وهو أن يدعي رد الوديعة على غير المودع بأمر المودع فقله غير مقبول فيما ادّعاه على المودع من الأمر والدفع.

وقال أبو حنيفة: قوله في ذلك مقبول، كما لو ادعى ردها عليه، لأنه على أمانته، وهذا فاسد لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يقبل قوله على المدفوع إليه فأولى أن لا يقبل على المودع الذي ليس بمدفوع إليه.

والثاني: وهو قرينة^(١) ودليل أنه قد ادعى على المدفوع إذناً لم يتضمنه عقد الوديعة فلم يقبل قوله فيه، وفي ادعاء الرد يكون مدعيًا لما تضمنه عقد الوديعة فقبل قوله فيه - والله أعلم -.

فصل: فإذا ثبت أنه غير مقبول القول فيما ادّعاه من الإذن والدفع فلا يخلو حال المودع من أحد أمرين: إما أن يقرب بالإذن أو ينكره، فإن أنكر الإذن فالقول قوله مع يمينه، والمستودع ضامن للوديعة بما ادّعاه من دفعها إلى غير مالكها، ثم لا يخلو حال الوديعة من أن تكون باقية في يد المدفوع إليه أو تالفة، فإن كانت باقية فعلى المستودع استرجاعها من المدفوع إليه وردها على المودع المالك، وللمودع مطالبة أيهما شاء بالرد، وإن لزم في الرد مؤنة التزامها المستودع لأن بعدوانه لزم.

وإن كانت الوديعة تالفة - فلا يخلو - حال المدفوعة إليه من أن يكون مقرراً بقبضها أو منكرًا، فإن كان منكرًا فالقول قوله ولا يمين عليه، وهو من المطالبة، وإنما لم يجب عليه يمين لأن المالك لا يدعيها عليه، والدافع مقرره بالإبراء إلا أن يدعي دفعها إليه قرضاً أو عارية ولا وديعة فيكون له عليه الثمن، ثم للمودع الرجوع بغرمها على المستودع.

فصل: وإن كان المدفوع إليه مقرراً بقبضها منه فالمودع بالخيار في الرجوع بغرمها على أيهما شاء، فإن رجع بها على المستودع كان له، لعدوانه بالدفع، وإن رجع بها على المدفوع إليه كان له، لعدوانه بالقبض، فإذا رجع بهما على أحدهما وأراد الغرم لهما الرجوع بها على صاحبه نظر في سبب الدفع فستجده على خمسة أقسام:

أحدها: أن يقول أمرني بدفعها قرضاً.

والثاني: عارية.

والثالث: قضاء من دين.

والرابع: هبة.

والخامس: وديعة، فإن قال: أمرني بدفعها قرضاً، أو عارية فالحكم فيهما سواء، لاشتراكهما في الضمان، فإن كان المالك قد رجع بالغرم على الدافع، رجع الدافع به على

(١) في ب فرق.

الآخذ، وإن كان قد رجع بالغرم على الآخذ لم يرجع بالآخذ به على الدافع، وإن قال: أمرني أن أدفعها قضاء من دين فإن كان المودع معترفاً بالدين وحلوله، وكانت الوديعة من جنسه فلا رجوع له بالغرم على واحد منها، لأنها مستحقة في دينه، وإن لم يأذن بها، وإن كان منكرًا للدين كان له الرجوع بالغرم على أيهما شاء، فإن رجع به على الدافع نظر فإن صدق الآخذ في الدين لم يرجع الدافع عليه بالغرم، وإن لم يصدقه رجع به عليه، وإن رجع به على الآخذ لم يرجع الآخذ به على الدافع بكل حال، سواء صدقه على دينه أو كذبه، وإن قال الدافع: أمرني بدفعها هبة، نُظِرَ [فإن رجع المودع بالغرم على الدافع لم يرجع الدافع على الآخذ، وإن رجع بالغرم على الآخذ لم يرجع المودع على الآخذ على الدافع، وإن قال الدافع: أمرني بدفعها وديعة نُظِرَ فإن رجع المودع على الدافع لم يرجع الدافع على الآخذ] (١) وإن رجع بالغرم على الآخذ ففي رجوع الآخذ به على الدافع وجهان:

أحدهما: أن لا رجوع له، لأنه مقر أنه مظلوم به.

والثاني: يرجع به لأن الدافع ألجأه إلى الغرم بائتمانته له ودفعه إليه، فهذا حكم المودع إذا أنكر الإذن.

فصل: وإن أقر المودع أنه قد أذن له في الدفع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المدفوع إليه مقراً بالقبض، فالدافع يتبرئ من الضمان، ولا غرم عليه، سواء صدقه المودع على الدفع أو كذبه، لأن الماعى من جهة المودع الإذن وقد أقر به، والمراعى من جهة المدفوع إليه القبض وقد أقر به.

والضرب الثاني: أن يكون المدفوع إليه منكرًا للقبض، فلا يخلو حال المودع المقر بالإذن من أن يكون مصدقاً للدافع أو مكذباً، فإن كان مكذباً له فالدافع ضامن، وادعائه للدفع غير مقبول على المودع لتكذيبه ولا على المدفوع إليه لإنكاره.

وإن كان المودع مصدقاً له على الدفع فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون حاضراً عند الدفع، والثاني: أن يكون غائباً، فإن كان حاضراً عند الدفع فلا ضمان على الدافع، لأن التوثق بالإشهاد مع حضور الإذن إنما يتوجه إليه دون الدافع على الصحيح من المذهب فلم يكن من الدافع تفريط بترك الإشهاد، ولذلك لم يضمن.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون المودع المصدق على الدفع والأذن غائباً عن

الدفع، فلا يخلو حال الدفع المأذون فيه من ستة أقسام:

أحدهما: أن يكون قرضاً.

والثاني: أن يكون عارية والحكم في هذين القسمين سواء، والدافع ضامن لما دفع

(١) سقط في أ.

وإن صدقه الأذن على الدفع، لأنه قد كان يجب عليه أن يشهد على الدفع ليتمكن الأذن بالشهادة أن يرجع ببذل القرض وقيمة العارية، فصار بترك الإشهاد مفرطاً فلزمه الغرم وإن كان مصدقاً فلو كان قد أشهد شاهدين عدلين فماتا لم يضمن، لأن ما يلزمه من الإشهاد قد فعله، ولكن لو كان قد أشهد عبدين، أو كافرين لزمه الضمان، ولو أشهد شاهدين فاسقين، فإن كان فسقهما ظاهراً ضمن، وإن كان باطنياً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يضمن كالفسق الظاهر، لأن الشهادة بردهما.

والوجه الثاني: لا يضمن، لأن الباطن لا يصل إليه إلا الحكام لفضل اجتهادهم، فلو أشهد رجلاً وامرأتين لم يضمن، لأنها بينة في الأموال، ولو أشهد رجلاً واحداً ليحلف معه ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يضمن، لأن الشاهد واليمين بينة في الأموال.

والوجه الثاني: يضمن، لأن من الحكام من لا يحكم بها فصار ذلك تقريراً.

فصل: والقسم الثالث: أن لا يكون الأمر بالدفع قضاء لدين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون على المودع فيه شهادة فيضمن الدافع، لأنه لم يشهد بالدفع فيبرأ المودع من المطالبة بالدين، وإن لم يكن على المودع فيه شهادة ففي ضمان الدافع فيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن، لأن للمودع أن يحلف على الدين إن طولب به فيبرأ.

والوجه الثاني: أنه ضامن، لأن إذنه يضمن دفعاً لا يتعقبه مطالبة ولا يتوجه فيه يمين، فصار بمخالفة ذلك من ترك الشهادة مفرطاً. - والله أعلم -.

فصل: والقسم الرابع: أن يكون الأمر بالدفع هبة.

فإن قيل: إن المكافأة فيها لا تستحق لم يضمن الدافع بترك الإشهاد.

وإن قيل: إن المكافأة مستحقة ضمن، لأن الأمر لا يصل إليها بترك الإشهاد.

فصل: والقسم الخامس: أن يكون الأمر بالدفع استيداعاً لها عند المدفوع إليه، ففي ضمانه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في وجوب الإشهاد فيمن أودع لغيره مالا:

أحدهما: يجب عليه أن يشهد، فعلى هذا يضمن.

والوجه الثاني: لا يجب عليه أن يشهد، فعلى هذا لا يضمن.

فصل: والقسم السادس: أن يكون الأمر بالدفع، لأنها وديعة للمدفع إليه أمره المودع بردها عليه، فلا يخلو حال المودع الأمر بالرد من أحد أربعة أقسام:

أحدها: أن يردها على يد هذا المستودع من غير أمر ولا عذر، فيكون الأمر متعدياً

ضامناً، وقول الدافع غير مقبول في الرد على المالك، وهل يكون للأمر الرجوع إذا أغرمها على الدافع إذا لم يشهد عند الدفع على الوجهين.

والقسم الثاني: أن يردها بغير أمر لكن بعذر، فلا ضمان على الأمر على ما ذكرناه من حال عذره بسفر أو غيره، ولا يقبل قول الدافع المأمور في الرد على المالك.

وقال أبو حنيفة: قوله مقبول عليه كما يقبل قول الأمر عليه، وهذا فاسد، لأن المالك قد ائتمن الأمر على نفسه فجاز أن يقبل قوله عليه، ولم يأتهم المأمور فلم يقبل قوله عليه.

والقسم الثالث: أن يكون قد ردها بأمر مالكتها، لكن لم يعين له من يردها معه فلا ضمان على الأمر إذا صدقه المالك في الرد، لأنه لم يأتهم على نفسه، وإذا كان كذلك صار المأمور له يعمل ضامناً لها في حق المالك لا في حق الأمر [على الدفع إلى المأمور، وقول المأمور غير مقبول على المالك في حق المالك]^(١).

والقسم الرابع: أن يكون قد ردها بأمر مالكتها وتعيينه له على المأمور أن يردها معه، فقول المأمور ها هنا مقبول في الرد على المالك، لأن المالك قد ائتمن على نفسه بالتعيين عليه إن كان المالك مصدقاً للأمر في الدفع إلى المأمور، وإن لم يصدقه فالأمر ضامن، وقوله في الدفع إلى المأمور غير مقبول.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ حَوَّلَهَا مِنْ خَرِيطةٍ إِلَى أُحْرَزَ أَوْ مِثْلِ حِرْزِهَا لَمْ يَضْمَنْ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حِرْزاً لَهَا ضَمِنَ».**

قال الماوردي: وهذا صحيح.

والحكم في نقل الوديعة من خريطة إلى أخرى، أو من صندوق إلى صندوق، كنقلها من بيت إلى بيت، ومن دار إلى دار، وإن خالفنا أبو حنيفة خلافاً تقدم الكلام معه فيه، وإذا كان هذا هكذا فلا يخلو أن تكون الخريطة مختومة مشدودة أم لا، فإن كانت مشدودة مختومة فكسر ختمها وحل شدّها ونقلها إلى غيرها فعليه الضمان، ولو لم ينقلها بعد كسر الختم وحلّ الشداد ففي ضمانه وجهان، وإن كانت الخريطة غير مشدودة ولا مختومة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الخريطة للمستودع، لأن الدراهم كانت مرسلة فأحرزها المستودع في خريطة فله نقلها إلى مثلها أو أحرز، فإن فعل فلا ضمان لعذر كان أو غير عذر، وإن نقلها إلى أدون منها مما لا يكون حرزاً لها ضمن.

والضرب الثاني: أن تكون الخريطة للمالك، فليس له نقلها من تلك الخريطة إلى غيرها إلا من عذر، فإن نقلها من غير عذر ضمن، سواء نقلها إلى أحرز منها أم لا، وإن نقلها من عذر فلا ضمان عليه، فلو اختلفا في صفة النقل هل هو لعذر أو غير عذر فالتقول قول المالك مع يمينه، لأن الظاهر إخراجها عدوان إلا أن يكون من عذر.

(١) سقط في ب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ «وَلَوْ أَكْرَهَهُ رَجُلٌ عَلَيَّ أَخَذَهَا لَمْ يَضْمَنْ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بهذه المسألة في الإكراه على أخذ الوديعة.

فقال أبو علي بن أبي هريرة: هي مصورة في مالك مال أراد أن يودعه عند رجل فامتنع عليه فأكرهه على أن دفعها إليه، فأخذها المستودع منه كرهاً فلا ضمان عليه وإن كان مكرهاً في الأخذ، لأنه مؤتمن إلا أن يكون منه عدوان أو تفريط فيضمن، لأنه وإن كان مكرهاً، فقد صار حفظها عليه بعد حصولها في يده واجب، فإذا خالفه ضمن، فإن لم يُحسن التزام حفظها سلمها إلى الحاكم، فسقط الحفظ والضمن عنه بتسليمها إليه إذا كان المالك ممتنعاً من استرجاعها.

فصل: وقال أبو إسحاق المروزي، هي مصورة في رجل قبل وديعة طوعاً ثم تغلب عليه متغلب فأكرهه على أخذها منه، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأخذها المتغلب بنفسه من غير أن يدفعها المستودع ولا دلالة عليها، فهذا غير ضامن لها، لأنه لا يقدر على دفع الأيدي الغالبة.

والقسم الثاني: أن يدفعها بنفسه مكرهاً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لا ضمان عليه، لأنه لا يلزمه أن يقي مال غيره بنفسه، كما لو صال عليه فحل فغلبه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه ضامن لها، لأنه ليس له أن يقي نفسه بمال غيره، كما لو ألقى في البحر مال غيره، وقد جعل هذان الوجهان بناء على الوجهين في الصائم إذا أكره على الفطر فأكل بنفسه وتخريجاً من القولين في المكره على القتل، فعلى هذين الوجهين لو امتنع من دفعهما وحلف إنكاراً لها فإن جعلناه ضامناً للدفع كانت يمينه يمين مكره لا يتعلق بها حث، وإن لم نجعله ضامناً بالدفع حث.

والقسم الثالث: أنه لا يدفعها بنفسه ولكن يدل عليها فتؤخذ بدلالته فمذهب الشافعي لا ضمان عليه، لأن الدلالة سبب والأخذ مباشرة، فصار كالمحرم إذا دل على صيد لم يضمنه، وقال بعض أصحابنا البصريين: يضمن، لأنه في الوديعة ممنوع من العدوان والتفريط والدلالة واحد منهما، فضمن بها وإن كان معذوراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَرَفُدَّ عَلَيَّ صُنْدُوقِي هِيَ فِيهِ فَرَفَدَ عَلَيْهِ كَانَ قَدْ زَادَهُ حِرْزاً».

قال الماوردي: أما نومه على الصندوق من غير أن ينهه المالك عنه فهو زيادة حرز لا يضمن به إجماعاً، فأما إذا نهاه عن النوم عليه فذلك ضربان:

أحدهما: أن لا يقصد بنهيه التخفيف عنه والترفيه عليه، فمتى نام عليه لم يضمنه.

والضرب الثاني: أن يقصد بالنهي عن النوم عليه الكراهة خوفاً من التنبيه عليه، ففي ضمانه إذا نام عليه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقول الأكثرين من أصحابنا أنه لا يضمن لأنه قد زاده حرزاً، فصار كمن أودع خريطة فجعلها في خريطة ثانية.

والوجه الثاني: وهو قول مالك، يضمن لما فيه من التنبيه عليها والإغراء بها، وهكذا لو أمره أن يقلها بقل واحد فقلها بقلين كان ضمانه على هذين الوجهين، وهكذا لو أمره أن يدفنها في أرض ليس عليها حائط فدفنها فيها وبنى عليها حائط كان على هذين الوجهين، وهكذا لو أمره أن يتركها في بيت لا يحفظه أحد فأقام فيه من يحفظه فسُرقت، فإن كان الحافظ لها سَرَقَهَا ضَمِنَ، وإن سَرَقَهَا غيره فضمنه على وجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ قَالَ لَمْ تُودِعْنِي شَيْئاً ثُمَّ قَالَ قَدْ كُنْتَ اسْتَوْدَعْتَنِي فَهَلَّكَ ضَمِنَ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أودع رجلاً وديعة ثم طالبه بها فجحدها وقال: لم تودعني شيئاً، ثم عاد فاعترف بها وقال: قد كنت استودعتها وتَلَفْتُ، أو قامت بها البينة عليه فادعى بتلفها لم يقبل منه، لأمرين:

أحدهما: أنه قد صار بالجحد متعدياً فضمنها، ومن ضمن وديعة لم يسقط عنه الغرم بتلفها.

والثاني: أنه بالإنكار الأول قد أكذب نفسه بادعاء التلف، فعلى هذا لو أقام بينة على تلفها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تشهد له البينة بتلفها بعد الجحود، فلا تسمع، والغرم واجب عليه، لأنها تلفت بعد الضمان ولو سأل إحلاف المودع أنه لا يعلم بتلفها لم يكن ذلك له.

والضرب الثاني: أن تشهد له البينة بتلفها قبل الجحود، ففي استماعها والحكم بها وجهان:

أحدهما: يسمع ويحكم بها، ويسقط عنه الغرم، لأنها تلفت قبل ضمانها بالجحود. والوجه الثاني: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة، أنها لا تسمع ولا تسقط عنه الغرم، لأنه قد كذب لها بالجحود المتقدم.

فصل: ولو قال حين طولب بالوديعة: ليس لك معي وديعة، أو لا حق لك في يدي، ثم أقر بها وادعى تلفها قبل منه، لأنه ليس في القولين تكاذب، ومن تلفت الوديعة منه فلا وديعة معه ولا في يده، وخالف حال المنكر لها لما فيه من تكاذب القولين، والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَرْبِطَهَا فِي كُمِّهِ فَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ فَتَلَفَتْ لَمْ يَضْمَنْ وَيَدُهُ أَحْرَزٌ».**

قال الماوردي: هكذا زوى المزني أنه لا يضمن ويده أحرز، وروى الربيع في الأم أنه يضمن وكمه أحرز، فاختلف أصحابنا وكان بعضهم يحمل اختلاف الروایتين على اختلاف قولين:

أحدهما: وهو ما رواه المزني هاهنا أنه لا يضمن، ويده أحرز من كمه، لأنها قد تُسرق من كمه ولا تُسرق من يده.

والقول الثاني: وهو ما رواه الربيع في «الأم»: أنه يضمن وكمه أحرز من يده، لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع الذكر والنسيان وامتنع أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، وكثير من أصحابنا من تخريج ذلك على قولين، وحملوا رواية المزني في سقوط الضمان على أنه ربطها في كمه ثم أمسكها بيده فلا يضمن، لأن يده مع كمه أحرز من كمه، وحملوا رواية الربيع في وجوب الضمان على أنه تركها في يده ولم يربطها في كمه فيضمن، لأن كمه أحرز من يده.

فصل: فأما إذا شرط عليه أن يمسكها في يده فربطها في كمه فمن جعل يده أحرز ضمنه، ومن جعل كمه أحرز خرج ضمانه على وجهين من اختلاف الوجهين في نص المودع هل يقطع اجتهاد المستودع، ولو أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كمه ضمن لأن جيبه أحرز ولو أمره أن يحرزها في كمه فأحرزها في جيبه كان ضمانه على هذين الوجهين.

فصل: ولو دفع إليه وديعة ولم يشرط عليه أن يضعها في كمه ولا في جيبه ولا في يده فإن وضعها في كمه وربطها كان حرزاً، سواء ربطها من داخل كمه أو من خارجه.

وقال أبو حنيفة: إن جعلها في ظاهر كمه وربطها من داخله لم يضمن، لأنها تصير بعد الربط داخلة في كمه، وإن جعلها داخل كمه وربطها من خارجه ضمن، لأنها تصير بعد الربط خارجه من كمه، وهذا القول لا وجه له، لأن الكم به يصير حرزاً لا بانفراذه فاستوى الأمران، فأما إن تركها في كمه ولم يربطها، نُظِرَ فإن كان ذلك خفيفاً قد ربما يسقط منه وهو لا يعلم به ضمن وإن كان ثقیلاً، ولا يخفى عليه حال سقوطه لم يضمن ولو ترك الودعة في جيبه فإن لم يزره عليها ضمن، وإن زره عليها لم يضمن، لأن الجيب أحفظ لها إذا أمن سقوطها منه لبعده من السارق، فلو كان الجيب مثقوباً وهو لا يعلم به فسقطت أو حصلت بين قميصه وهو لا يشعر بها فسقطت ضمنها، ولو تركها في يده فإن كان منزله قريباً كانت يده أحرز، وإن كان منزله بعيداً فإن كانت خفيفة لا يأمن السهو عنها ضمن ولم تكن يده حرزاً، وإن كانت ثقيلة يأمن السهو فيها لم يضمن، فأما الخاتم إذا لبسه في أصبعه كانت حرزاً إذا كان متمسكاً في خنصره، ولو كان واسعاً لم يكن حرزاً، ولو لبس الخاتم المستقر في

خصره في البنصر من أصابعه لم يضمن، لأنها أغلظ، ولو لبسه في الإبهام ضمنه، لأنه لا يستقر فيها وإن غلظت، ولو لبس الخاتم في إحدى يديه ثم نقله إلى اليد الأخرى فإن كان ذلك لعمل أراد أن يعمل به بتلك اليد لم يضمن وإن كان بغير سبب ضمن.

فصل: وإذا حمل ما في كفه أو جيبه أو يده إلى منزله من الوديعة فعليه إحرازه فيه، ولا يكون كفه ولا جيبه ولا يده حرزاً له بعد حصوله في منزله، فإن منزله أحرز له فلو خرج بها في جيبه أو كفه أو يده من منزله ضمن.

فصل: ولو أودع وديعة وهو في دكانه فحملها إلى منزله فإن كان الدكان حرزاً لمثلها ضمن، وإن لم يكن حرزاً لم يضمن إذا حملها إلى منزله، وهكذا لو أودع وديعة وهو في منزله فحملها إلى دكانه، فإن كان منزله حرزاً لمثلها ضمن، وإن لم يكن حرزاً لمثلها وكان الدكان أحرز فلا ضمان عليه، ولو أودع وديعة وهو في دكانه فوضعها بين يديه فسُرقت فإن كان وضعه لها ارتياداً لموضع من دكانه يحرزها فيه لم يضمن لعدم تفريطه، وإن كان استرسالاً وإمهالاً ضمن.

فصل: ولو أودع وديعة وهو في منزله فأحرزها فيه ثم دخل من سرقها منه فإن دخل بغير إذنه لم يضمن، وإن دخل بإذنه ضمن إذا نالتها يده، ولو سرقها بعض أهل منزله من زوجة، أو خادم، أو ولد نُظر في سارقها، فإن كان مشهوراً بالسرقه ضمن، لأن تمكين مثله من منزل فيه وديعة لغيره أو ترك الوديعة في منزل تركها في مثله تفريط، وإن كان غير مشهور بذلك نُظر فإن كان أخذها من وراء حرز في المنزل كباب وقفل لم يضمن، لأنه لا ينسب إلى التفريط، وإن كانت بارزة تمتد إليها يده في المنزل نظر، فإن كانت الوديعة دراهم أو حلياً أو ثياباً جرت العادة أن يكون حرزها في المنازل مفرداً عن مواضع ساكنيه ضمن، وإن كان خافياً لا يحرز مثله إلا في ظواهر المنازل لم يضمن والله أعلم (بالصواب).

مسألة: «وَإِذَا هَلَكَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ بَعَيْنَهَا فَهِيَ لِرَبِّهَا وَإِنْ كَانَتْ بَغَيْرِ عَنَّا مِثْلَ دَنَابِيرٍ أَوْ مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ حَاصِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ الْغُرَمَاءُ».

قال الماوردي: وأما موت المستودع فمبطل لعقد الوديعة، لأن مالکها لم يأت من وارثه عليها، فإن كان مالکها حاضراً وجب على الوارث ردها عليه، فإن لم يفعل ضمن، وإن كان مالکها غائباً لزم الوارث إعلام الحاكم بها حتى يأمره فيها بما يراه حظاً لمالکها من إحرازها في يد الوارث، أو نقلها إلى غيره، فإن لم يعلم الحاكم بها ويستأذنه فيها ضمن، وهكذا لومات رب الوديعة بطل العقد، ولزم المستودع ردها على وارثه، لأنها صارت بالموت ملكاً للوارث والوارث لم يأت منه عليها، فإن لم يفعل ضمن إلا أن يستأنف الوارث إيداعها عنده فتصير وديعة مبتدأة، ولو أن المالك المودع جن، أو حجر عليه بالسفه لبطل الوديعة، وكان على المستودع ردها على وليه، لأنه خرج بالجنون والسفه أن يكون ذا نظر في ماله، فإن لم يفعل

المستودع ذلك ضمن، ولو جُنَّ المستودع أو حجر عليه بالسفه كان على وليه رد الوديعة على ربها، فإن لم يفعل ضمنها الولي، لزوال الائتمان بطرود الجنون والسفه - والله أعلم - .

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا ومات المستودع فلا يخلو حال الوديعة من أحد أمرين:

إما أن تكون موجودة بعينها أو غير موجودة، فإن كانت موجودة وعينها باقية لزم الوارث تسليمها إلى مالکها وذلك بأحد ثلاثة أمور.

إما بوصية الميت، وإما بإقرار الوارث، وإما ببينة يضمها المودع، فإن لم تكن بينة ولا وصية وأنكر الوارث وأدعاها ملكاً فالقول فيها قوله مع يمينه، هذا إذا كانت الوديعة موجودة بعينها فأما إذا لم توجد الوديعة بعينها فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم تلفها بغير تفريط إما بوصية الميت أو ببينة تشهد بذلك فلا ضمان في تركة الميت، فإن أكذب المالك الميت في وصيته بتلفها فله إخلاف الورثة ثم هم براء.

والقسم الثاني: أن يعلم أنها تلفت بتفريطه وتعديه إما بوصية أو ببينة تشهد له بذلك، فهي مضمونة في ماله ويحاص المالك بها جميع الغرماء.

والقسم الثالث: أن يجهل حالها فقد قال الشافعي: ويحاص رب الوديعة الغرماء، فاختلف أصحابنا في ذلك على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو ظاهر كلام الشافعي: أنها مضمونة في تركة الميت، وهو قول أبي حنيفة، لأن الظاهر من ثبوت يده عليها أنها تلفت بفعله.

والمذهب الثاني: أنها غير مضمونة في تركته وهو قول ابن أبي ليلى، لأن الأصل بقاءه على أمانته.

والمذهب الثالث: أنه إن وجد في تركته من جنسها كانت مضمونة فيها، وإن لم يوجد من جنسها شيء في تركته لم يضمن، وهذا قول أبي حامد المرزوي، لأن الظاهر من وجود جنسها أنها فيه أو منه.

والمذهب الرابع: أنه إن ذكر في وصيته عند موته أن عنده وديعة كانت مضمونة في تركته، وإن لم يذكر ذلك لم يضمن، لأنه لا يوصي بالوديعة إلا وهي عنده أو عليه، ثم إذا صارت على ما ذكرنا من هذه الوجوه مضمونة في تركته، فإن لم يكن في التركة من جنسها شيء حاص رب الوديعة بها جميع الغرماء، وإن كان في التركة شيء من جنسها فيه وجهان:

أحدهما: يتقدم بها على الغرماء اعتباراً بالظاهر من الجنس أنه منها.

والوجه الثاني: يكون أسوتهم ولا يتقدم عليهم اعتباراً باليقين في الاشتراك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ ادَّعَى رَجُلَانِ الْوَدِيعَةَ مِثْلَ عَبْدٍ أَوْ بَعِيرٍ فَقَالَ هِيَ لِأَحَدِكُمَا وَلَا أُدْرِي أَيُّكُمَا هُوَ قِيلَ لَهُمَا هَلْ تَدْعِيَانِ شَيْئًا غَيْرَ هَذَا بَعِيْنِهِ؟ فَإِنْ قَالَا لَا أَحْلَفُ الْمُوَدَّعَ بِاللَّهِ

مَا يَدْرِي أَيُّهُمَا هُوَ وَوَقَفَ ذَلِكَ لَهُمَا جَمِيعاً حَتَّى يَصْطَلِحَا فِيهِ أَوْ يُقِيمَ أَحَدُهُمَا بَيْنَهُمَا وَإِيَّاهُمَا حَلَفَ مَعَ نُكُولِ صَاحِبِهِ كَانَ لَهُ» .

قال الماوردي: وصورتها في رجل بيده عبد أو بعير ادعاه كل واحد من رجلين أنه أودعه إياه، فلا يخلو حال صاحب اليد في جوابه لهما من ستة أحوال:

أحدها: أن ينكرهما ويدعيه ملكاً لنفسه.

والثاني: أن ينكرهما ويقر بأنه وديعة لغيرهما.

والثالث: أن يقر بأنه وديعة لأحدهما يعرفه بعينه.

والرابع: أن يقر بأنه وديعة لهما معاً.

والخامس: أن يقر بأنه وديعة لأحدهما لا يعرفه بعينه.

والسادس: أن يقر أنه وديعة ليس يعرف مودعها هل هما أو أحدهما؟ أو غيرهما؟.

فأما القسم الأول: وهو أن ينكرهما ويدعيه ملكاً لنفسه فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن لواحد من المدعين بينة، فإن حلف بالله أنها له بريء من مطالبتها وتصرف فيما بيده تصرف المالكين، فإن نكل عن اليمين ردت عليهما، إن لم يكن لهما بينة، فإن سبق أحدهما بالدعوة بريء بإحلافه. وإن ادعى معاً ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم بالقرعة من قرع منهما.

والثاني: يقدم باجتهاده من رأى منهما، فإن حلف أحدهما دون الآخر قضى بها للحالف دونه الناكل، وإن نكلا معاً فلا حق فيهما لواحد منهما، وكانت في يد المدعى عليه ملكاً وإن حلفا معاً نزع من يده ثم فيها وجهان:

أحدهما: تقسم بينهما ملكاً.

والوجه الثاني: توقف بينهما حتى يصطلحا.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن ينكرهما ويقر بأنها وديعة لغيرهما فللمدعين

حالتان:

إحدهما: أن يسأله عن مالهما.

والثانية: أن لا يسأله، فإن لم يسأله عن مالهما جاز، ولم يكن للحاكم أن يسأله، وكان القول فيها قوله مع يمينه أنه لا حق فيها لهما، ولا لواحد منهما، ولا يحلفه أنها لغيرهما، فإن حلف أقرت في يده وديعة لمن يقر له بها، فإن نكل ردت اليمين عليهما، فإن نكلا أقرت في يده وديعة لمن هي له، وإن نكل حلف أحدهما ونكل الآخر سلمت إلى الحالف منهما، ثم نظر الحاكم فإن كانت الوديعة مما لا تنقل لم يطالب المدفوعة إليه بكفيل، وإن كانت مما تنقل طالبه بكفيل إن كان غير أمين، لأنه قد سمع أنها ملك لغائب لم يكن منه إقرار ولا قامت عليه بينة.

وإن حلفا معاً ففيه وجهان :

أحدهما : تنزع من يده ويقسم بينهما ، ويطالبه الحاكم بكفيل لمالكها .

والوجه الثاني : أنها توقف في يد صاحب اليد ولا تنتزع من يده ، فإن قال المدعيان لا نرضى بأمانته ضم الحاكم إليه أميناً يرضيان به ، وإن سأل المدعيان صاحب اليد عن مالها حين أقربها لغيرهما وجب عليه إن كان حاضراً أن يذكره ، ولم يجب عليه إن كان غائباً ، لأن ذكر الحاضر يفيد ، وذكر الغائب لا يفيد ، وإذا كان هذا سأل الحاكم أحاضر مالها أم غائب؟ (فإن قال : غائب) لم يسأله عنه ، وكان على ما مضى ، وإن قال : حاضر ، سأله عنه ، فإن ذكره صار هو الخصم في الودیعة ، وإن لم يذكره حبسه الحاكم حتى يذكره ، لامتناعه من بيان ما لزمه .

فصل : وأما القسم الثالث : وهو أن يقرّ بأنها ودیعة لأحدهما بعينه فالقول قوله وفي وجوب اليمين عليه قولان :

أحدهما : عليه اليمين ، لإنكاره الآخر .

والثاني : أنه لا يمين عليه ، لأنه لو رجع لم يقبل ، فإذا قلنا : لا يمين عليه أو عليه اليمين فحلف فهي للمصدق منهما ، فإن استأنف المكذب الدعوى على المصدق سمعت منه ، وإن قلنا : عليه اليمين فنكل عنها ردت على المكذب ، فإن نكل عنها استقرت الودیعة مع المصدق ، وإن حلف ففيها ثلاثة أوجه حكاه أبو القاسم بن كج رحمه الله :

أحدهما : أنها تقسم بينهما ، لأن يمين المكذب بعد النكول تساوي الإقرار للمصدق فاستويا .

والوجه الثاني : أنها تنتزع من يد صاحب اليد وتوقف بينهما حتى يصطلحا .

والوجه الثالث : أنه يحكم بها للأول ويغرم للمكذب الحالف بعد نكوله قيمتها ، لأنه قد صار بالإقرار المتقدم كالمتلف لها .

فصل : وأما القسم الرابع : وهو أن يقرّ بأنها ودیعة لهما معاً فالقول في ذلك قوله ، وقد صار مصداقاً لكل واحد على النصف مكذباً له على النصف الآخر ، فهل يحلف في تكذيبه على النصف الآخر يمين أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين ، ثم الجواب إن حلف أو نكل على ما مضى ، فإذا جعل ذلك بينهما واستأنف كل واحد منهما الدعوى على صاحبه في النصف الذي بيده سمعت .

فصل : وأما القسم الخامس : وهو أن يقرّ بأنها ودیعة لأحدهما لا يعرفه بعينه فهي مسألة الكتاب ، فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يدعي علمه .

والثاني : أن لا يدعيه ، فإن لم يدعي علمه فلا يمين عليه ، ويتحالف عليه المدعيان ،

فإن نکلا أقرّ في يد صاحب اليد حتى یصطلحا وإن حلف أحدهما حکم به للحالف منهما، وإن حلفا معاً ففيه وجهان :

أحدهما : أنه یقسم بينهما .

والثاني : أنها توقف في يد صاحب اليد حتى یصطلحا، وإن ادعيا علمه أحلف بالله تعالى أنه لا یعلم لمن هي منهما، فإن حلف بریء وتحالف المدعيان، فإن نکل فقد حکي عن أبي حنيفة أنه قال : أفسّم الودیعة بین المدعيین واغرمه القيمة فتكون بينهما، وعند الشافعي : لا غرم علیه إن نکل، ولذلك قال الشافعي : قيل لهما هل تدعيان شيئاً غير هذا بعينه؟ فإن قالوا : لا، أحلف، ووقفّ ذلك لهما رداً على من زعم أنه یغرم القيمة لهما، لأنهما ما ادعيا إلا وديعة عينها باقية ولم یستهلكها على أحدهما بالإقرار بها لغيره، وكيف یغرم قيمة لا يدعيانها وما ادعياها كان لهما .

فإن قيل فإنحلاف المستودع لا یفید على هذا القول شيئاً، لاستواء الحكم فيه إن نکل؟ قيل قد كان بعض أصحابنا یذهب لأجل هذا إلى أن اليمين غير واجبة، وذهب جمهورهم إلى وجوبها، لأنها موضوعة للزجر وإن لم يتعلّق بها غرم، وقد يجوز إذا عرضت علیه اليمين أن ینزجر بها فبین علماً قد كتمه، فعلم به، فلذلك وجبت، وإذا كان كذلك ولم یکن في يد المستودع [بیان تحالف المدعيان، فإن نکلا أقرت الودیعة في يد المستودع]^(١)، فإن حلف أحدهما قضی بها للحالف منهما، وإن حلفا معاً فعلى وجهين :

أحدهما : یقسم بينهما بأثمانهما .

والثاني : یكون موقوفاً بينهما، وهو ظاهر، قاله الشافعي - رضي الله عنه - حتى یصطلحا علیها وأین توقف على وجهين :

أحدهما : في يد المستودع على ما كانت من قبل .

والثاني : ینتزع من يده وبقرها الحاكم في يد من یرضیانه، لأن المستودع قد صار بالنکول والإنکار خصماً .

فصل : وأما القسم السادس : وهو أن یقر أنها وديعة في يده وليس یعلم هل هي لهما أو لغيرهما فالقول قوله مع يمينه، ثم یتحالف المتدعيان فإن نکلا أقرت في يده، وإن حلف أحدهما دفعت إليه، وهل يأخذه الحاكم بكفيل المالك لها لو حضر على وجهين من اختلاف قوله في الوراثة إذا دفعت إليه التركة ولم یقم بينة بعد طول الكشف بأن لا وارث سواه، وإن حلف معاً فعلى وجهين :

أحدهما : أنها تقسم بينهما، وفي أخذ الكفيل من كل واحد منهما وجهان .

والثاني : أنها توقف، وفي الموقوفة على يده وجهان .

فصل: وإذا أودع رجلاً دابة ثم أذن له في ركوبها جاز أن يركبها، ثم هو قبل الركوب مستودع لا يضمن، فإذا ركب صار مستعيراً ضامناً، فإن ترك الركوب لن يسقط عنه الضمان إلا بالرد، فلو أذن له المودع بعد الكف عن الركوب أن يؤجرها لم يسقط عنه ضمانها قبل تسليمها إلى المستأجر، وفي سقوطه عنه بعد تسليمها وجهان من عدوان المستودع إذا أبرئ منه - والله أعلم - .

فصل: وإذا أذن المودع للمستودع في إجارة الدابة التي أودعها إياه فهو على أمانته في يده، فإذا أخرجها وسلمها فقد ارتفعت يده، فإذا انقضت مدة الإجارة لم يجز أن يسترجعها إلا بإذن، ولو أعادها بإذنه جاز أن يسترجعها من المستعير بغير إذنه .

والفرق بينهما: أنها في الإجارة منتزعة من يده بعقد واجب، وفي العارية بعقد جائز .

فصل: وإذا دفع الرجل وديعة إلى صبي استودعه إياها كان مغرراً بماله، لأن الصبي لا يباشر حفاظ ماله فكيف مال غيره، فإن تلفت في يد الصبي لم يخل تلفها من ثلاثة أقسام: أحدها: أن تلف بغير تفريط ولا جناية فلا ضمان عليه فيها، لأن البالغ لا يضمنها. والثاني: أن تلف بتفريط منه فلا ضمان عليه، وإن ضمنها البالغ، لأن حفظها لا يلزمه لأن صاحبها هو المقرط دونه .

والقسم الثالث: أن تلف بجنابته، ففي وجوب ضمانها في ماله وجهان:

أحدهما: أنها غير مضمونة عليه، لأن مالها هو الذي سلطه على استهلاكها فصار كما لو باعه شيئاً فاستهلكه لم يضمنه .

والوجه الثاني: أنها مضمونة في ماله، لأن الائتمان عليها ليس بإذن في استهلاكها، فصار كمن أباح صبياً شرب ماء في داره وأكل طعامه فدخل واستهلك عليه في منزله شيئاً من ماله كان مضموناً عليه .

فصل: وإذا أودع صبي رجلاً وديعة لم يكن للرجل أن يقبلها منه، لأن الصبي لا نظر له في مال نفسه، فإن قبلها الرجل منه ضمنها حتى يسلمها إلى وليه، أو الحاكم فإن ردها على الصبي لم يسقط الضمان عنه، فلو كان عند أخذ الوديعة من الصبي خائفاً عليها من أن يستهلكها فأخذها ليدفعها إلى وليه أو إلى الحاكم فهلكت في يده ففي ضمانه لها وجهان:

أحدهما: لا يضمنها، لأنه قصد خلاصها .

والوجه الثاني: يضمنها، لأن يده عليها بغير حق، وهذان الوجهان من اختلاف قوله في المحرم إذا خلص طائراً في جراح أو حية فتلف، ففي ضمانه بالجزاء قولان - والله أعلم بالصواب - .

آخر كتاب الوديعة والحمد لله كثيراً والله العصمة .