كان عليه دين . فالشفعة عليه تنبنى على جواز الشراء منه . على ما تقدم فى أواخر الحجر . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أخذ المكاتب والعبد المأذون له بالشفعة قبل قوله « فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما » .

باب الوديعة

فائدة « الوديعة » عبارة عن توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف . قاله فى الفائق .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهى عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه .

وقال فى الكبرى : والإيداع توكيل ، أو استنابة فى حفظ مال زيد تبرعاً ، ومعانيها متقاربة .

ويعتبر لها أركان الوكالة . وتبطل بمبطلاتها .

ولو عزل نفسه فهى بعده أمانة شرعية . حكمها فى يده حكم الثوب إذا أطارته الريح إلى داره ، يجب رده إلى مالكه .

وقال القاضى فى موضع من خلافه ، فى مسألة الوكالة : الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول . وإنما تنفسخ بالرد إلى صاحبها ، أو بأن يتعدى المودع فيها .

قال فى القاعدة الثانية والستين : فإما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودع والمودَع . أو يكون منه اختلافاً فى المسألة . والأول : أشبه . انتهى .

وقال فى الرعاية : إن بطل حكم الوديعة : بقى المال فى يده أمانة . فإن تلف قبل التمكن من رده : فهدر . وإن تلف بعده : فوجهان .

وقال أيضاً : يكفى القبض . قولاً واحداً . وقيل : لا .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم يتعد . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : هذا اختيار أكثر الأصحاب . وصرح المصنف فى آخرين : أنه أصح .

قال القاضى : هذا أصح .

قال الزركشى : هذا المذهب .

قال فى الكافى : هذا أظهر الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى[1] ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يضمن . نص عليها .

قال الزركشى : ينبغى أن يكون محل الرواية : إذا ادعى التلف . أما إن ثبت التلف : فإنه ينبغى انتفاء الضمان . رواية واحدة .

فائدة : لو تلفت مع ماله من غير تفريط : فلا ضمان عليه . بلا نزاع فى المذهب . وقد تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله بذلك .

وإن تلفت بتعديه . وتفريطه : ضمن بلا خلاف .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِى حِرْزِ مِثْلِهَا ﴾ .

يعنى : عرفاً . كالحرز فى السرقة . على ما يأتى إن شاء الله تعالى . هذا إذا لم يعين له صاحبها حرزاً .

قوله ﴿ فَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِى دُونِهِ : ضَمِنَ ﴾ .

هـذا المذهب مطلقاً . أعنى : سواء ردها إلى حرزها الذى عينه له أو لا . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب .

وقيل : إن ردها إلى حرزها الذى عينه له ، فتلفت : لم يضمن . حكاه فى الفروع .

---

(١) انتهى إلى هنا الخرم من نسخة المصنف .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن عين ربها حرزاً . فأحرزها بدونه : ضمن .

قلت : ولم يردها إلى حرزه . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز ، والكافى ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب فى المسألة الأولى .

وقدمه فيهما فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وجزم به فى الثانية فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : يضمن فيهما ، إلا أن يفعله لحاجة . ذكره الآمدى ، وأبو حكيم . وهو رواية فى التبصرة .

قال المصنف : وهو ظاهر كلام الخرقى . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر .

وقيل : يضمن إن أحرزها بمثله . ولا يضمن إن أحرزها بأعلى منه . ذكره أبو الخطاب ، وغيره .

وقال فى الرعاية الكبرى : وهو أقيس . وأطلقهن فيهما .

تنبيه : قال الحارثي : لا فرق ـ فيما ذكر ـ بين الجعل أو لا فى غير المعين ، وبين النقل إليه .

قال فى التلخيص : وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل ، وبين تلفها بغيره . وعندى : إذا حصل التلف بسبب النقل ، كانهدام البيت المنقول إليه : ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ نَهَاهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِغِشْيَانِ شَيْءٍ الغَالِبُ فِيهِ التَّوَى : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافا .

لكن إذا أخرجها فلا يحرزها إلا فى حرز مثلها أو فوقه . فإن تعذر ـ والحالة هذه ، ونقل إلى أدنى ـ فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى . واقتصر عليه الحارثى . لأنه إذن أحفظ . وليس فى الوسع سواه .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فَتَلِفَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . لأنه يلزمه إخراجها . والحالة هذه .

قال فى الكافى : هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا أصح .

قال فى الفروع : لزمه إخراجها فى الأصح .

قال فى الفائق : ضمن فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى وغيرهم .

وقيل : لا يضمن . لأنه امتثل أمر ربها .

فائدة : لو تعذر الأمثل والمماثل ـ والحالة هذه ـ فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ : ضَمِنَ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحرم إخراجها لغير خوف فى الأصح . وجزم به فى الوجيز وشرح الحارثى ، وغيرهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقيل : لا يضمن . اختاره القاضى . قاله فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا ، وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح الحارثى ، والوجيز ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن وافقه أو خالفه ضمن .

قلت : وهو ضعيف جداً .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه لو أخرجها من غير خوف : أنه يضمن . وهو صحيح . صرح به الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لايضمنها . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : لكن يحرم ترك علفها ، ويأثم حتى ولو قال له : لاتعلفها ، على ما يأتى .

فوائد

منها : لو أمره بعلفها : لزمه ذلك مطلقاً ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايلزمه إلا مع قبوله . وهو احتمال فى المغنى .

ومنها : لو نهاه عن علفها : انتفى وجوب الضمان بالنسبة إلى حظ المالك .

وأما بالنسبة إلى الحرمة : فلا أثر لنهيه . والوجوب باق بحاله .

قال فى الحاوى الصغير : ويقوى عندى أنه يضمن .

ومنها : إن كان إنفاقه عليها بإذن ربها : فلا كلام . وإن تعذر إذنه ، فأنفق بإذن حاكم : رجع به . وإن كان بغير إذنه ، فإن كان مع تعذره ، وأشهد على الإنفاق : فله الرجوع .

قال الحارثى : رواية واحدة . حكاه الأصحاب .

و إن كان مع إمكان إذن الحاكم ، ولم يستأذنه ، بل نوى الرجوع فقط : لم يرجع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع هنا . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر فى باب الرهن ، والمنور .

وقيل : يرجع . جزم به فى المنتخب . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه الحارثى ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى .

وظاهر الفروع فى باب الرهن : إطلاق الخلاف .

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إذا أنفق المودع على الحيوان المستودع ناوياً للرجوع . فإن تعذر استئذان مالكه : رجع ، و إن لم يتعذر : فطريقتان .

إحداهما : أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى . لأن للحيوان حرمة فى نفسه توجب تقديمه على قضاء الدين أحيانا . وهى طريقة صاحب المغنى .

والثانية : لايرجع . قولا واحداً . وهى طريقة صاحب المحرر ، متابعة لأبى الخطاب . انتهى .

وهذه الطريقة : هى المذهب . وهى طريقة صاحب التلخيص ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

وتقدم حكم المسألة فى كلام المصنف فى باب الرهن أيضاً .

ومنها : لو خيف على الثوب العُثُّ : وجب عليه نشره . فإن لم يفعل وتلف ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اتْرُكْهَا فِى كُمِّكَ ، فَتَرَكَهَا فِى جَيْبِهِ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ويتخرج على الوجه المتقدم بالضمان بالإحراز فيما فوق العين : وجوب الضمان هنا . قاله الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ احْتُمِلَ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

إحداهما : لا يضمن .

قال الحارثي : وهو الأظهر عند القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز .

والثانى : يضمن ، وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الكافى .

قال الحارثي : وإليه ميل المصنف فى كتابيه . وقدمه فى إدراك الغاية .

وفى التلخيص وجه ثالث : إن تلفت بأخذ غاصب : لم يضمن . لأن اليد بالنسبة إليه أحرز .

وإن تلفت لنوم أو نسيان : ضمن . لأنها لو كانت فى الكم مربوطة لما ذهبت .

فوائد

الأولى : وكذلك الحكم ، والخلاف لو قال : اتركها فى يدك . فتركها فى كمه قال فى الفروع ، وغيره . وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة . والكم أحرز عند عدم المغالبة .

فعلى هذا : إن أمره بتركها فى يده ، فشدها فى كمه فى غير حال المغالبة : فلا ضمان عليه . وإن فعل ذلك عند المغالبة : ضمن .

الثانية : لو جاءه إلى السوق وأمره بحفظها فى بيته ، فتركها عنده إلى مضيه إلى منزله : ضمن .

جزم به فى المستوعب ، والتلخيص . وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الحارثي : فقال الأصحاب : يضمن مطلقاً .

وقيل : لايضمن والحالة هذه . وهو احتمال فى المغنى ، ومال إليه .

قال الحارثي : وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى .

قال فى الفروع : وهو الأظهر .

قلت : وهو الصواب .

الثالثة : لو دفعها إليه ، وأطلق ولم يعين موضعاً ، فتركها بجيبه أو يده ، أو شَدَّها فى كمه ، أو ترك فى كمه ثقلا بلا شد ، أو تركها فى وسطه وشد عليها سراويله : لم يضمن . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثي . وكذا لو شدها على عضده . وهذا المذهب فى ذلك كله . قدمه فى الفروع .

قال القاضى : إن شدها على عضده من جانب الجيب : لم يضمنها . وإن شدها من الجانب الآخر : ضمن .

وقال ابن عقيل ، فى الفصول : إن تركها فى جيب أو كم : ضمن ، على الرواية التى تقول : إن الطَّرَّارَ لايقطع .

وقال أيضاً : إن تركه فى رأسه ، أو غرزه فى عمامته ، أو تحت قلنسوته : احتمل أنه حرز مثله .

الرابعة : إذا استودعه خاتما ، وقال : اجعله فى الخنصر . فلبسه فى البنصر : فلا ضمان . ذكره الأصحاب : القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنها أغلظ ، فهى أحرز .

وفيه الوجه المخرج المتقدم .

لكن إن انكسر ـ لغلظها ـ ضمن ذكره الأصحاب أيضاً .

و إن قال : اجعله فى البنصر . فجعله فى الخنصر : ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل . واقتصر عليه الحارثى أيضاً .

و إن جعله فى الوسطى ، وأمكن إدخاله فى جميعها : لم يضمن . ذكره فى الكافى . واقتصر عليه الحارثى أيضاً .

و إن لم يدخل فى جميعها . فجعله فى بعضها : ضمن . لأنه أدنى من المأمور به .

الخامسة : لو قال : احفظها فى هذا البيت ، ولا تدخله أحداً . فخالف وتلفت بحرق أو غرق أو سرقة ، غير الداخل . ففى الضمان وجهان .

أحدهما : لايضمن . اختاره القاضى .

والثانى : يضمن . اختاره ابن عقيل ، والمصنف . ومال إليه الشارح .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ الوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ، كَزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِه : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وكذا خادمه . وهذا المذهب بلاريب . ونص عليه . وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، والفروع ، والفائق ، والحارثى . ونصره ، وغيرهم .

وقيل : يضمن . ذكره ابن أبى موسى .

قال الحارثى : وأورده السامرى عن ابن أبى موسى وجهاً . ولم أجده فى الإرشاد .

فوائد

منها : ألحق فى الروضة : الولد ونحوه بالزوجة والعبد .

قلت : إن كان ممن يحفظ ماله : فلا إشكال فى إدخاله ، و الا فلا فى الجميع . حتى الزوجة والعبد والخادم . فلا حاجة إلى الإلحاق . وكذلك قال الحارثى .

وقوله « إلى من يحفظ ماله ، كزوجته ، وعبده » اعتبار لوجود وصف الحفظ لماله فيمن ذكر ، على ماتقدم . فإن لم يوجد : ضمن ، إذا دفع إليه . وهو كما قال . انتهى .

ومنها : لو رد الوديعة إلى من جرت العادة بأن يحفظ مال المودع ـ بكسر الدال ـ كزوجته ، وأمته ، وعبده ، فتلفت : لم يضمن . نص عليه .

وقيل : يضمن . حكاه ابن أبى موسى وجهاً .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وتقدم نظير ذلك فى العارية .

ومنها : لو دفعها إلى الشريك : ضمن ، كالأجنبى المحض .

ومنها : له الاستعانة بالأجانب فى الحمل والنقل . وسقى الدابة وعلفها . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ : ضَمِنَ . وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ القَاضِى : لَهُ ذَلِكَ ﴾ .

إذا أودع المودع ـ بفتح الدال ـ الوديعة لأجنبى ، أو حاكم . فلا يخلو : فإما أن يكون لعذر ، أو غيره . فإن كان لعذر : جاز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب فى الجملة .

وقال فى الفروع : ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل : له الإيداع بلا عذر . وإن كان لغير عذر : لم يجز . ويضمن . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : يجوز إيداعها للحاكم ، مع الإقامة وعدم العذر .

وتقدم تخريجه فى الفروع . فهو أعم .

فعلى المذهب : إن كان الثانى عالماً بالحال : استقر الضمان عليه . وللمالك مطالبته ، بلا نزاع . وإن كان جاهلا : لم يلزمه .

وقدم المصنف هنا : أنه ليس له مطالبته ، أى تضمينه . وهو اختيار القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وقالا : إنه ظاهر كلامه .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : ليس للمالك مطالبة الأجنبى ، على

المنصوص . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى التلخيص : وهو ضعيف .

وقال القاضى : له ذلك . يعنى مطالبته .

قال فى المغنى: ويحتمل أن له تضمين الثانى أيضاً . لكن يستقر الضمان على الأول . وهو رواية فى التعليق الكبير ، ورءوس المسائل . وهذا المذهب .

قال فى التعليق : هذا المذهب . واختاره المصنف فى المغنى .

قال الشارح : وهذا القول أقرب إلى الصواب .

قال الحارثى : اختاره أبو الخطاب ، وعامة الأصحاب . وهو الصحيح . انتهى . وقدمه فى التلخيص ، والمحرر ، والفروع .

فقال فى الفروع : وإن أودعها بلا عذر : ضمنا . وقراره عليه . فإن علم الثانى فعليه .

وعنه : لايضمن الثانى إن جهل . اختاره شيخنا ، كمرتهن فى وجه . واختاره شيخنا . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ : رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا﴾

وكذا إلى وكيله فى قبضها ، إن كان .

﴿ فإنْ لَمْ يَجِدْه : حَمَلَهَا مَعَهُ ، إنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ﴾ .

مراده : إذا لم ينهه عن حملها معه .

اعلم أنه إذا أراد سفراً . وكان مالكها غائباً ووكيله . فله السفر بها . إن كان أحفظ لها ، ولم ينهه عن حملها .

وإن كان حاضراً أو وكيله فى قبضها . فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لايحملها إلا بإذن . فإن فعل ضمن . وهو أحد الوجهين .

قال فى المغنى : ويقوى عندى أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذن : أنه مفرط عليه الضمان . انتهى .

قلت : وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وهو الصواب

والوجه الثانى : له السفر بها إن كان أحفظ لها ولم ينهه عنها . وهو المذهب . نص عليه . واختاره القاضى ، وابن عقيل . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ونصراه .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها » أن له السفر بشرطه ، ولا يضمن . وهو صحيح . وهو المذهب » وعليه جماهير الأصحاب .

وقال القاضى فى رءوس المسائل : إذا سافر بها ضمن .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا استوى عنده الأمران فى الخوف مع الإقامة والسفر : أنه لا يحملها معه . وهو أحد الوجهين . وظاهر النص .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو الصواب .

قال فى المبهج : لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة .

والوجه الثانى : له حملها . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعايتين ، والنظم ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

فوائد

منها : جواز السفر بها مشروط بما إذا لم ينهه عن حملها معه . فإن نهاه امتنع . وضمن إن خالف . اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد ، وهجوم عدو ، أو حرق أو غرق : فلا ضمان .

وهل يجب الضمان بالترك ؟ تقدم نظيره فى كلام المصنف ، وأن الصحيح : أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح ، والحالة هذه .

ومنها : لو أودع مسافراً فسافر بها وتلفت فى السفر : فلا ضمان عليه .

ومنها : لو هجم قطاع الطريق عليه . فألقى المتاع إخفاء له وضاع : فلا ضمان عليه .

ومنها : له الرجوع بما أنفق عليها بنية الرجوع . ذكره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقال : ويتوجه فيه كنظائره . ويلزمه مؤنته .

وفى مؤنة رد من بَعُد خلاف فى الانتصار قاله فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِلاَّ دَفَعَهَا إِلَى الحَاكِمِ ﴾ .

يعنى إذا خاف عليها بحملها ، ولم يجد مالكها ولا وكيله . فالصحيح من المذهب : أنه يتعين عليه دفعها إلى الحاكم إن قدرعليه . قدمه فى المغنى ، والشرح وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : قطع به الأصحاب .

وقيل : يجوز دفعها إلى ثقة . حكاه المصنف فى المغنى . وذكره الحلوانى رواية .

قال فى الفائق : ولو خاف عليها : أودعها حاكما أو أميناً .

وقيل : لا تودع . انتهى .

قلت : الصواب هنا أن يراعى الأصلح فى دفعها إلى الحاكم ، أو الثقة . فإن استوى الأمر فالحاكم .

فائدة : الودائع التى جهل ملاكها يجوز التصرف فيها بدون حاكم . نص عليه وكذا إن فقد ولم يطلع على خبره ، وليس له ورثة : يتصدق بها . نص عليه ، ولم يعتبر حاكما .

ويحتمل أنه ليس له الصدقة بها إلا إذا تعذر إذن الحاكم . ذكره القاضي .

وتقدم نظير ذلك في الغصب ، وآخر الرهن .

ويلزم الحاكم قبول الودائع ، والغصوب ، ودين الغائب ، والمال الضائع . على الصحيح من المذهب .

قال في التلخيص : الأصح اللزوم في قبول الوديعة ، والغصوب ، والدين .

وقيل : لا يلزمه . وأطلقهما في الرعاية الكبرى ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ﴾

يعني إذا تعذر دفعها إلى الحاكم ﴿ أَوْدَعَهَا ثِقَةً ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال في الخلاصة ، والفروع : دفعها إلى ثقة . في الأصح . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في المغني ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضي ، وغيره .

وقيل : لا تودع لغير الحاكم . وقطع به أبو الخطاب في رءوس المسائل .

قال القاضي ، وابن عقيل : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يجوز الدفع إلى غير الحاكم لعذر أو غير عذر .

ثم أوَّلا ذلك على الدفع لغير حاجة ، أو مع القدرة على الحاكم .

قال الحارثي : وفيه نظر ، بل النص صريح في ذلك . وذكره .

وقيل : لا تودع مطلقاً . ونقله الأثرم نصاً .

قال في الرعاية : ونصه منعه . وهو ظاهر ما قدمه في الهداية ، والمستوعب . وقدمه في المذهب .

وقال في النوادر : وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الإيداع عند غيره لخوفه عليها . وحمله القاضي على المقيم لا المسافر .

فائدة : حكم من حضره الموت حكم من أراد سفراً ، على ماتقدم من أحكامه إلا فى أخذها معه .

قوله ﴿ أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ﴾ .

يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم : فهو بالخيرة بين دفعها إلى ثقة ، و بين دفنها و إعلام ثقة يسكن تلك الدار بها .

قال الحارثى : وقاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقطع به فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : و إن دفنها بمكان وأعلم بها ساكنه فكإيداعه .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق : ولو دفنها بمكان وأعلم الساكن ، فعلى وجهين . وقيل : إعلامه كإيداعه . انتهوا .

وأطلق فى ضمانها إذا دفنها وأعلم بها ثقة : وجهين فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه إذا تبرم بالوديعة . فليس له الدفع إلى غير المودع أو وكيله ، سواء قدر عليهما أولا ، وسواء الحاكم وغيره . وهو كذلك . ونص على المنع من إيداع الغير . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقدمه الحارثى .

وقال فى الكافى : إن لم يجد المالك دفع إلى الحاكم . واختاره صاحب التلخيص .

قوله ﴿ وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَبِسَ الثَّوْبَ وَأَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا ﴾ أو لشهوة رؤيتها ﴿ ثُمَّ رَدَّهَا أو جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ كَسَرَ خَتْمَ كِيسِهَا ﴾ . وكذا لو حَلَّه : ضمنها .

إذا تعدى فيها . ففعل ما ذكر غير جحودها . ثم إقراره بها . فالصحيح من

المذهب : أنه يضمنها ، وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال فى الفائق : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

وقيل : لا يضمن إذا أخرج الدراهم لينفقها ، أو لشهوة رؤيتها ، ثم ردها . اختاره ابن الزاغونى .

وعنه : لا يضمن إذا كسر ختم كيسها ، أو حلَّه .

فعلى المذهب : لا يعود عقد الوديعة بغير عقد متجدد .

وأما إذا جحدها ، ثم أقر بها ، فالصحيح من المذهب : أنه يضمنها من حيث الجملة . جزم به فى الفروع ، وغيره . وقدمه فى الفائق ، وغيره . وقال : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

قوله ﴿ أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ: ضَمِنَهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى التلخيص : ومع عدم التمييز : يضمن . رواية واحدة . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال : ظاهر نقل البغوى : لا يضمن . ولم يتأوله فى النوادر .

وذكره الحلوانى ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى المنثور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال : لأنه خلطه بماله .

وجزم به فى المبهج فى الوكيل . كوديعته فى أحد الوجهين .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد : لا يضمن بخلط النقود . ونقله عبد الله البغوى .

فعلى هذه الرواية : لو تلف بعض المختلط بغير عدوان . جعل التلف كله من ماله ، وجعل الباقى من الوديعة . نص عليه .

فائدة : لو اختلطت الوديعة بغير فعله ، ثم ضاع البعض : جعل من مال المودع فى ظاهر كلامه . ذكره المجد فى شرحه .

وذكر القاضى فى الخلاف : أنهما يصيران شريكين .

قال المجد : ولا يبعد ـ على هذا ـ أن يكون الهالك منهما . ذكره فى القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمَيِّزٍ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : يضمن . وحمله المصنف على نقصها بالخلط .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَماً ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلّ : ضَمِنَهُ وَحْدَهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به الخرقى ، وصاحب التعليق ، والفصول ، والمغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز . وغيرهم .

وهو عجيب من الشارح . إذ الكتاب المشروح حكى الخلاف . لكنه تبع المغنى . وصححه فى الفروع وغيره .

وعنه : يضمن الجميع . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

وقيل : يضمنه وحده ، إن لم يفتح الوديعة .

وقيل : لا يضمن شيئاً .

قوله ﴿ وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزاً فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه . جزم به فى الفصول ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وكذا الحكم لو أذن صاحبها له فى الأخذ منها ، فأخذ ثم رد بدله بلا إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ : ضَمِنَ الْجَمِيعَ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المجرد ، والفصول ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَضْمَنَ غَيْرَهُ ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد نص عليه فى رواية الجماعة .

وحكى عنه من رواية الأثرم : أنه أنكر القول بتضمين الجميع ، وأنه قال : هو قول سوء .

وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقطع به ابن أبى موسى ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهم . واختاره أبو بكر . وقدمه الحارثى فى شرحه . وقال : هو المذهب .

ومال إليه فى المغنى . وأطلق الروايتين فى المحرر .

فعلى الرواية الثانية : إن لم يدر أيهما ضاع : ضمن . نقله البغوى . وذكره جماعة . واقتصر عليه فى الفروع .

فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير متميز ، وتلف نصف المال . فقيل : يضمن نصف درهم . ويحتمل أن لايلزمه شىء . لاحتمال بقاء الدرهم أو بدله . ولا يجب مع الشك . قاله الحارثى .

تنبيهات

الأول : قال الزركشى : إذا ردّ بدل ما أخذ . فللأصحاب فى ذلك طرق :

أحدها : لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ . سواء كان البدل متميزاً أو غير متميز .

وهذا مقتضى كلام الخرقى . وبه قطع القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ نص عليه فى رواية الجماعة .

وأنكر فى رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع .

والطريق الثانى : إن تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط ، وإن لم يتميز :

فعلى روايتين . وهى طريقة المصنف فى المغنى ، والكافى ، والمجد .

والطريق الثالث : فى المسألة روايتان فيهما . وهى ظاهر كلام أبى الخطاب ، فى الهداية .

والطريق الرابع : إن تميز البدل : فعلى روايتين ، وإن لم يتميز : ضمن . رواية واحدة . قاله فى التلخيص .

ويقرب منه كلام المصنف فى المقنع ، وكلام القاضى على ماحكاه فى المغنى .

وبالجملة : هذه الطريقة ، وإن كانت حسنة : لكنها مخالفة لنصوص الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

الثانى : شرط القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وجماعة : أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ، ولا مشدودة . فلو كانت كذلك . فحل الشد ، أو فك الختم : ضمن الجميع . قولا واحداً .

قال القاضى فى التعليق : هو قياس قول الأصحاب ، مما إذا فتح قفصاً عن طائر ، فطار . وقاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

قال الحارثى : ولا يصح هذا القياس . لأن الفتح عن الطائر إضاعة له . فهو كحل الزق .

ونقل مهنا : أنه لايضمن إلا ما أخذ .

قال فى التلخيص : وروى البغوى عن الإمام أحمد رحمه الله : مايدل على ذلك وينبنى على ذلك : لو خرق الكيس . فإن كان من فوق الشد : لم يضمن إلا الخرق . وإن كان من تحت الشد : ضمن الجميع ، على المشهور عندالأصحاب . قاله الزركشى .

الثالث : قوة كلام المصنف ، وغيره : تقتضى أنه لايضمن بمجرد نية التعدى . بل لابد من فعل ، أو قول . وهو صحيح . وهو المقطوع به عند الأصحاب .

وقال القاضى ، وقد قيل : إنه يضمن بالنية . لاقترانها بالإمساك . وهو فعل كملتقطٍ نوى التملك فى أحد الوجهين .

وفى الترغيب ، قال الحارثى : وحكى القاضى فى تعليقه : وجهاً بالضمان .

قال الزركشى : وقد ينبنى على هذا الوجه . على أن الذى لايؤاخذ به هو الهَمُّ . أما العزم : فيؤاخذ به على أحد القولين . انتهى .

وتأتى مسألة اللقطة فى بابها . عند قوله « ومن أمن نفسه عليها »

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً : ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ ﴾ .

إن كان الصبى غير مميز : فالحكم كما قال المصنف .

وكذا إن كان مميزاً ، ولم يكن مأذوناً له .

وإن كان مأذوناً له : صح إيداعه فيما أذن له بالتصرف فيه . قاله المصنف ، والشارح .

فائدة : لو أخذ الوديعة من الصبى تخليصاً لها من الهلاك ، على وجه الحسبة .

فقال فى التلخيص : يحتمل أن لايضمن ، كالملك الضائع إذا حفظه لصاحبه . وهو الأصح . ويحتمل أن يضمن . لأنه لا ولاية له عليه .

قال : وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب تخليصاً ، ليرده إلى مالكه . انتهى .

واقتصر الحارثى على حكاية كلامه . وقدم ما صححه فى التلخيص فى الرعاية وقطع به فى الكافى .

قوله ﴿ وَإِنْ أُودِعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوهُ ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والوجيز ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنه يضمن . وأطلقهما فى الفروع فى أول باب الحجر .

قوله ﴿ وَإِن أَتْلَفَهَا : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص : وقال غير القاضى من أصحابنا : لا يضمن . انتهوا .

قال الحارثى : قال ابن حامد : هذا قياس المذهب . وإليه صار القاضى آخراً وذكره ولده أبو الحسين ، ولم يذكر القاضى فى رؤوس المسائل سواه .

وكذا قال القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندى . وقدمه فى الخلاصة .

وقال القاضى : يضمن . اختاره المصنف ، والشارح .

قال الحارثى : واختاره أبو على بن شهاب ، ولم يورد الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبرى ، والقاسم بن الحسن الحداد : سواه . انتهى . وصححه الناظم .

وهذا المذهب ، على ما اصطلحناه .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والفروع .

فائدة : المجنون كالصبى . وكذا السفيه ، عند المصنف ، والشارح ، وجماعة . ففيه الخلاف .

وقيل : إتلافه موجب للضمان كالرشيد . وقطع به القاضى فى المجرد ، وصاحب التلخيص .

قال الحارثى : و إلحاقه بالرشيد أقرب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فَأَتْلَفَهَا : ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص .

قال الحارثى : وبه قال الأكثرون من الأصحاب : أبو الخطاب ، وابن عقيل وأبو الحسين ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وابن بكروس ، والسامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

والوجه الثانى : يضمنها فى ذمته . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

ولنا وجه فى المذهب ـ ذكره القاضى فى المجرد ، وغيره ـ بعدم الضمان مطلقا ، تخريجاً من مثله فى الصبى . ورده الحارثى .

تنبيه : قيل إن الوجهين اللذين فى العبد : مبنيان على الوجهين فى الصبى . وهو قول المصنف ، والشارح ، والقاضى ، وصاحب الفائق . ورده الحارثى .

وقال فى المستوعب ، والتلخيص : ويضمن . ويكون فى رقبته . سواء كان محجوراً عليه ، أو مأذوناً له .

قال الحارثى : صرح به غير واحد . وهو مقتضى إطلاق المصنف . كما فى الجناية على النفس . انتهى .

وهى طريقته فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

فائدة : المدبر ، والمكاتب ، والمعلق عتقه على صفة ، وأم الولد : كالقن . فيما تقدم . قاله الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْمُودَعُ أَمِينٌ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ ﴾

يعنى : مع يمينه . هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

قال فى التلخيص ، وغيره : هذا المذهب .

وعنه : إن دفعها المودع ـ بكسر الدال ـ إلى المودع ـ بفتح الدال ـ ببينة : لم تقبل دعوى الرد إلا ببينة . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور .

قال الحارثى : وهذا ماقاله ابن أبى موسى فى الإرشاد .

وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب . فيكون تركه تفريطا . فيجب فيه الضمان .

وقيل : لايحتاج إلى يمين مع دعوى التلف .

قال الحارثى : المذهب لايحلف مدعى الرد والتلف ، إذا لم يتهم .

وتأتى المسألة قريباً بأتم من هذا .

تنبيه : محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف . فإن تعرض لذكر سبب التلف : فإن أبدى سبباً خفياً ـ من سرقة ، أو ضياع ونحوه ـ قبل أيضاً . ذكره الأصحاب .

وإن أبدى سبباً ظاهراً ـ من حريق منزل أو غرقه ، أو هجوم غارة ونحو ذلك ـ فالصحيح من المذهب : أنه لايقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب فى تلك الناحية . وعليه جماهير الأصحاب . منهم ابن أبى موسى ، والقاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكافى ، وصاحب التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله مايشعر به .

قال فى التلخيص ، وغيره : ويكفى فى ثبوت السبب الاستفاضة . وقاله فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى المغنى ، وجماعة من الأصحاب : يقبل قوله أيضاً .

وتقدم نظير ذلك فى الوكالة .

فائدة : لو منع المودع ـ بفتح الدال ـ صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا عذر ، ثم ادعى تلفاً : لم يقبل إلا ببينة . لخروجه بذلك عن الأمانة .

قوله ﴿ وَأَذِنَ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ﴾ .

يعنى إذا قال المودع ـ بفتح الدال ـ للمودع : أذنت لى فى دفعها إلى فلان فدفعتها . فأنكر الإذن . فالقول قول المودع ـ بفتح الدال ـ على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف ، ونص عليه فى رواية ابن منصور .

وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لايقبل قوله .

قال الحارثى : وهو قوى .

وقيل : ذلك كوكالة فى قضاء دين .

ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين ، مالم يقر بالقبض .

وذكر الأزجى : إن ادعى الرد إلى رسول موكِّل ومودِع . فأنكر الموكل : ضمن . لتعلق الدفع بثالث . ويحتمل لا .

وإن أقر ، وقال : قَصَّرت لترك الإشهاد : احتمل وجهين .

قال : واتفق الأصحاب أنه لو وكله بقضاء دينه ، فقضاه فى غيبته ، وترك الإشهاد : ضمن . لأن مبنى الدين على الضمان . ويحتمل إن أمكنه الإشهاد فتركه ضمن . انتهى .

قال فى الفروع : كذا قال .

فائدتان

إحداهما : لو ادعى الأداء إلى وارث لمالك لم يقبل إلا ببينة . قاله في التلخيص ، واقتصر عليه الحارثي . وكذا دعوى الأداء إلى الحاكم .

الثانية : لو ادعى الأداء على يد عبده ، أو زوجته ، أو خازنه : فكدعوى الأداء بنفسه .

قوله ﴿ وَمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيط ﴾

يعني : القول قوله . وهذا بلا نزاع .

فائدة : هل يحلف مدعي الرد والتلف ، والإذن في الدفع إلى الغير ، ومنكر الجناية والتفريط ، ونحو ذلك ؟

قال الحارثي : المذهب لا يحلف إلا أن يكون متهما . نص عليه من وجوه كثيرة . وكذا قال الخرقي ، وابن أبي موسى في الوكيل .

وأطلق المصنف في كتابيه ، وكثير من الأصحاب : وجوب التحلف .

قال : ولا أعلمه عن الإمام أحمد رحمه الله نصاً ولا إيماء . انتهى .

والمذهب عند أكثر الأصحاب المتأخرين : ما قاله المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على بعضه قريباً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : لَمْ يُودِعْنِي ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . فَادَّعَى الرَّدَّ ، أَوِ التَّلَفَ : لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ﴾ .

نص عليه . مراده : إذا ادعى الرد أو التلف قبل جحوده ، بأن يدعي عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها . ثم يقر ، أو تقوم بينة بها ، فيقيم بينة بأنها تلفت ، أو ردها يوم الخميس ، أو قبله مثلا . فالمذهب في هذا : كما قال المصنف ، من أنه لا يقبل قوله ولا بينته . نص عليه . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والفروع ، وغيرها ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

ويحتمل أن تقبل بينته .

قال الحارثى : وهو المنصوص من رواية أبى طالب . وهو الحق .

وقال : وهذا المذهب عندى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وأما إن ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بها ، بأن يدعى عليه يوم الجمعة فينكر ، ثم يقر وتقوم البينة به ،فيقيم بينته بتلفها أو ردها يوم السبت ، أو بعده مثلا . فهذا تقبل فيه البينه بالرد .قولا واحداً .

وتقبل فى التلف على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، والوجيز .

قال فى الفروع : والأصح وتسمع بتلف .

وقيل : لاتقبل . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وأبى الخطاب ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، والمنتخب ، والزركشى ، وجماعة . لأنهم أطلقوا .

قلت : وهو الصواب .

واقتصر فى المحرر على قبول قوله إذا ادعى رداً متأخراً .

فظاهره : أنه إذا ادعى تلفاً متأخراً : لايقبل . وكذا قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمنور . وصرح به فى شرح المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

فائدتان

إحداهما : لو شهدت بينة بالتلف أو الرد ، ولم تعين : هل ذلك قبل جحوده أو بعده ؟ واحتمل الأمرين : لم يسقط الضمان .

قلت : ويحتمل السقوط . لأنه الأصل .

الثانية : لو قال : لك وديعة . ثم ادعى ظن بقائها ، ثم علم تلفها . أو ادعى الرد إلى ربها ، فأنكره ورثته . فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع . وأطلقهما فى الأولى فى الرعاية الكبرى .

أحدهما : لا يقبل قوله فى المسألة الأولى .

وقدمه فى المغنى عند قول الخرقى « و إذا قال : عندى عشرة دراهم ، ثم قال : وديعة » .

وقدمه الشارح فى باب ما إذا وصل بإقراره مايغيره . وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه .

وقال القاضى : يقبل قوله . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال ـ فى رواية ابن منصور ـ إذا قال : لك عندى وديعة دفعتها إليك : صدق . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وأما إذا ادعى الرد إلى ربها ، وأنكره ورثته . فالصحيح : أنه يقبل قوله . كما لو كان حياً .

ثم وجدته فى الرعاية الكبرى قطع بأنه لايقبل إلا ببينة .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : مَالَكَ عِنْدِى شَىْءٌ : قُبِلَ قَوْلُهُ فِى الرَّدِّ وَالتَّلَفِ ﴾

بلا نزاع .

لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان . لاستقرار حكمه بالجحود . فيشبه الغاصب . ذكره الشارح . واقتصر عليه الحارثى .

وقال : والإطلاق هنا محمول عليه .

وقال الزركشى : يقبل قوله فى الرد والتلف .

ولا فرق بين قبل الجحود و بعده ، على ظاهر إطلاق جماعة .

وقال القاضى فى المجرد ، وقد قيل : إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود : فعليه الضمان . و إن شهدت بالتلف قبله : فلا ضمان .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ فَادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ : لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ﴾

بلا نزاع .

وكذا حكم دعوى الملتقط ، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً : الردَّ إلى المالك .

قال فى القواعد : و يتوجه قبول دعواه فى حالة لايضمن فيها بالتلف . لأنه مؤتمن شرعاً فى هذه الحالة .

ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضاً . إلا ببينة عند الأصحاب .

قال الحارثى : وقد يتخرج لنا قول بالقبول من أحد الوجهين ، فيما إذا كان عنده وديعة فى حياته لم توجد بعينها ، ولا يعلم بقاءها . لأن الأصل عدم الحصول فى يد الوارث . وكذلك مالو ادعى التلف فى يد مورثه . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : ولا حاجة إلى التخريج إذن . لأن الضمان على هذا الوجه منتف ، سواء ادعى الوارث الرد أو التلف ، أو لم يدع شيئاً [1] .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا : لَمْ يَضْمَنْهَا ﴾ بلا نزاع ﴿ وَبَعْدَهُ يَضْمَنُهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وشرح الحارثى .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : والمشهور الضمان . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص . وقال : ذكره أكثر الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لايضمنها .

قال الحارثى : وهذا لا أعلم أحداً ذكره إلا المصنف .

قلت : قد أشار إليه فى التلخيص وغيره .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والرعاية الكبرى .

وقيل : لا يضمنها إن لم يعلم بها صاحبها . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

(١) من هنا خرم فى نسخة المصنف قدر ورقتين .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهو أولى . وأطلقهن فى الفروع ، والفائق .

فائدة : إذا حصل فى يده أمانة بدون رضى صاحبها : وجبت المبادرة إلى ردها ، مع العلم بصاحبها والتمكن منه . ودخل فى ذلك اللقطة .

وكذا الوديعة ، والمضاربة ، والرهن ، ونحوها : إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه .

وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره .

ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا هنا : الواجب الرد .

وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين : إما الرد ، أو الإعلام . كما فى المستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح . وذكر نحوه ابن عقيل . وهو مراد غيرهم .

ثم إن الثوب : هل يحصل فى يده ، لسقوطه فى داره من غير إمساك أو لا ؟ .

قال القاضى : لا يحصل فى يده بذلك . وخالف ابن عقيل .

والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما إذا حصل فى أرضه من المباحات : هل يملكها بذلك أم لا ؟ على ماتقدم فى كتاب البيع .

وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك . كالوديعة ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة : يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضى فى خلافه . وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين ، أو غيبته .

وظاهر كلامه : أنه يجب فعل الرد .

وعلى قياس ذلك : الرهن بعد استيفاء الدين ، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة .

وذكر طائفة من الأصحاب فى العين المؤجرة : لا يجب على المستأجر فعل الرد . ومنهم من ذكر فى الرهن كذلك .

ذكر معنى ذلك فى القاعدة الثانية والأربعين .

وأما إذا مات المودع ، ولم يبين الوديعة ، ولم تعلم : فهى دين فى تركته .

تقدم ذلك فى كلام المصنف ، فى أواخر المضاربة .

فائدة جليلة : تثبت الوديعة بإقرار الميت ، أو ورثته ، أو بينته .

و إن وجد خط موروثه « لفلان عندى وديعة » وعلى كيس « هذا لفلان » عمل به وجوباً . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : و يعمل به على الأصح .

قال الحارثى : هذا المذهب . نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم فى الوصية . ونصره ، ورد غيره .

وقال : قاله القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن ابن بكروس . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص . وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف .

وقيل : لا يعمل به . ويكون تركة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف . وقدمه الشارح ، ونصره وجزم به فى الحاوى الصغير ، والنظم .

و إن وجد خطه بدين له على فلان : حلف الوارث ، ودفع إليه . قطع به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى ، و إعلام الموقعين

و إن وجد خطه بدين عليه . فقيل : لا يعمل به ، ويكون تركة مقسومة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وجزم به فى الفصول ، والمذهب . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يعمل به ، ويدفع إلى من هو مكتوب باسمه .

قال القاضى أبو الحسين : المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه . أومأ إليه . وجزم به فى المستوعب .

وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف : هو ظاهر ماقطع به فى إعلام الموقعين . وقدمه فى التلخيص . وصححه فى النظم . وهو المذهب عند الحارثى . فإنه قال : والكتابة بالدين عليه كالكتابة بالوديعة ، كما قدمنا . حكاه غير واحد . منهم السامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

وتقدم كلامه فى المسألة الأولى . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

قوله ﴿ وَإِن ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنَان ، فأَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِما : فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

لكن قال الحارثى : وهذا اللفظ ليس على ظاهره . من جهة أنه مشعر بأن كمال الاستحقاق يتوقف على اليمين . وهى إنما تفيد الاستحقاق حال ردها على المدعى عند من قال به ، أو حال تعذر كمال البينة ، وما نحن فيه ليس واحداً من الأمرين .

لايقال : المودَع شاهد ، ولو كان كذلك لاعتبرت له العدالة ، وصيغة الشهادة . والأمر بخلافه . فتعين تأويله على حلفه للمدعى . انتهى .

قوله ﴿ وَيَحْلِفُ المُودَعُ - بفتح الدال - أَيْضًا لِلْمُدَّعِي الآخَر ﴾ .

على الصحيح من المذهب . جزم به هنا فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى المحرر ، والفروع : حلف فى الأصح . ذكراه فى باب الدعاوى .

وقيل : لا يلزمه يمين .

فعلى المذهب : إن نكل فعليه البدل للثانى . بلا نزاع .

فائدتان

إحداهما : لو تبين للمقر بعد الاقتراع : أنها للمقروع . فقال الإمام أحمد رحمه الله : قد مضى الحكم . أى لا تنزع من القارع . وعليه القيمة للمقروع .

الثانية : لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها . ثم تبين خطؤه : ضمنها لتفريطه . صرح به القاضى .

وخرج فى القواعد وجهاً بعدم الضمان عليه . وإنما هو على المتلف وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لَهُمَا فَهِيَ لَهُمَا . وَيَحْلِفُ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ﴾

بلا نزاع أعلمه .

فإن نكل فعليه بذل نصفها لكل واحد منهما . ويلزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه كما تقدم .

ولم يذكره المصنف . وكأنه اكتفى بالأول .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا : حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ﴾

يعني يميناً واحدة .

إذ أقر بها لأحدهما ، وقال : لا أعرف عينه .

فلا يخلو : إما أن يصدقاه أولا . فإن صدقاه فلا يمين عليه . إذ لا اختلاف . وعليه التسليم لأحدهما بالقرعة مع يمينه . ذكره في التلخيص . واقتصر عليه الحارثي . وقال : هو المذهب ، ونصوص أحمد تقتضيه .

وإن لم يصدقاه . فلا يخلو : إما أن يكذباه ، أو يسكتا . فإن لم يكذباه : قبل قوله بغير يمين .

ذكره غير واحد منهم : أبو الخطاب ، وأبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، واقتصر عليه الحارثي .

وذكر عن الشافعية وجهاً آخر . وعلله .

قال الحارثي : وهذا بمجرده حق ، إن لم يقم دليل على اعتبار صريح الدعوى لوجوب اليمين . انتهى .

ثم قال القاضي ، وغيره : يقرع بين المتداعيين . فمن أصابته القرعة حلف أنها له ، وأعطى .

وإن كذباه : حلف أنه لا يعلم . كما قال المصنف .

قال الحارثي : وهو قول القاضي ومن بعده من الأصحاب .

وتقدم أن المذهب : لا يمين على مدعي التلف ومنكر الجناية والتفريط ونحوه ،

إلا أن يكون متهماً . وهذا كذلك . فلا يمين على المذهب . نظراً إلى أن المالك ائتمنه .

وعلى القول بالحلف : يحلف يميناً واحدة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى : خلافاً لأبى حنيفة . لتغاير الحقين . كما فى إنكار أصل الإيداع . قال : وهذا قوى . انتهى .

و إذا تحرر هذا ، فيقرع بينهما . فمن قرع صاحبه حلف وأخذ . كما قال المصنف ، ونص عليه فى أصل المسألة من وجوه كثيرة .

و إن نكل المودَع عن اليمين . فقال فى المجرد : يقضى عليه بالنكول . فيلزمه الحاكم بالإقرار لأحدهما .

فإن أبى ، فقياس المذهب : يقرع بينهما . ولم يذكر غرما .

وقال فى التلخيص : يقوى عندى أن من جملة القضايا لنكول غرم القيمة . فيغرم القيمة .

قال الحارثى : وكذا قال غيره . وجزم به فى الفائق ، والزركشى .

فعلى هذا : يؤخذ بالقيمة مع العين . فيقترعان عليها أو يتفقان .

هذه طريقة صاحب المحرر ، وجماعة . وقدمها الحارثى ، وقال : فى كلام المحرر مايقتضى الاقتراع على العين . فمن أخذها بالقيمة تعينت القيمة للآخر . قال : وهو أولى . لأن كلا منهما يستحق مايدعيه فى هذه الحالة ، أو بدله عند التعذر . والتعذر لايتحقق بدون الأخذ . فتعين الاقتراع . انتهى .

قال فى التلخيص : وكذلك إذا قال « أعلم المستحق ، ولا أحلف »

و يأتى الكلام بأتم من هذا فى باب الدعاوى والبينات . فى القسم الثالث إن شاء الله تعالى .

فائدة : إذا قامت البينة بالعين لأخذ القيمة : سلمت إليه . وردت القيمة إلى المودع ، ولا شيء للقارع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلاً ، أَوْ مَوْزُونًا . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ : سَلَّمَهُ إِلَيْهِ ﴾ .

مراده : إذا كان ينقسم . وهو معنى قول بعض الأصحاب « لاينقص بتفرقة » وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل : لايلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أوالحاكم . اختاره القاضى ، والناظم .

وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً ، وامتنع من المطالبة بنصيبه والإذن فى التسليم إلى صاحبه .

قوله ﴿ وَإِنْ غُصِبَتِ الوَدِيعَة : فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والمغنى والشرح ، والفائق ، والحاوى الصغير .

أحدهما : له المطالبة بها . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب فى الهداية . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

والوجه الثانى : ليس له ذلك . اختاره القاضى . وصححه فى البلغة . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص . ومال إليه الحارثى .

فوائد

إحداها : حكم المضارب ، والمرتهن ، والمستأجر فى المطالبة ـ إذا غصب منهم ما بأيديهم ـ حكم المودَع . قاله أكثر الأصحاب . وقدم فى الخلاصة أنه ليس له

المطالبة فى الوديعة . وجزم بالجواز فى المرتهن ، والمستأجر . ومال إليه الحارثى .

وقال المصنف فى المضارب : لايلزمه المطالبة مع حضور رب المال .

الثانية : لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها : لم يضمن . قاله الأصحاب . ذكره الحارثى .

قلت : منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى وصاحب التلخيص ، والشارح ، وغيرهم .

قال المجد فى شرحه : المذهب لايضمن . انتهى .

وفى الفتاوى الرجبيات عن أبى الخطاب ، وابن عقيل : الضمان مطلقاً . لأنه افتدى به ضرره .

وعن ابن الزاغونى : إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد : فعليه الضمان ولا إثم . وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان . ذكره فى القاعدة السابعة والعشرين .

وإن صادره السلطان : لم يضمن على الصحيح من المذهب . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الوفاء : يضمن إن فرط .

وإن أخذها منه قهراً : لم يضمن عند أبى الخطاب . وقطع به فى التلخيص ، والفائق .

وعند أبى الوفاء : إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالا ، ويضمن .

وقال القاضى فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار : يضمن المال بالدلالة . وهو المودَع .

وفى فتاوى ابن الزاغونى : من صادره سلطان ، ونادى بتهديد من عنده وديعة فلم يحملها ، إن لم يعينه ، أو عينه وتهدده ولم يناله : أثم وضمن ، وإلا فلا . انتهى .

قال الحارثى ، وإذا قيل : التوعد ليس إكراهاً . فتوعده السلطان حتى سلم .

فجواب أبي الخطاب ، وابن عقيل ، وابن الزغوني : وجوب الضمان ، ولا إثم . وفيه بحث .

وإذا قيل : إنه إكراه . فنادى السلطان : من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا . فحملها من غير مطالبة : أثم وضمن . وبه أجاب أبو الخطاب ، وابن عقيل في فتاويهما .

وإن آل الأمر إلى اليمين ولا بد : حلف متأولا .

وقال القاضي في المجرد : له جحدها .

فعلى المذهب : إن لم يحلف حتى أخذت منه : وجب الضمان ، للتفريط . وإن حلف ولم يتأول أثم .

وفي وجوب الكفارة روايتان . حكاهما أبو الخطاب في الفتاوى .

قلت : والصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه ، وعلمه بذلك ولم يفعله .

ثم وجدت في الفروع في باب جامع الأيمان ، قال : ويكفر على الأصح إن أكره على اليمين بالصلاق .

فأجاب أبو الخطاب : بأنها لاتنعقد ، كما لو أكره على إيقاع الطلاق .

قال الحارثي : وفيه بحث . وحاصله : إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيراً يوازي الضرر في صور الإكراه : فهو إكراه لا يقع ، وإلا وقع على المذهب . انتهى .

وعند ابن عقيل : لا يسقط لخوفه من وقوع الطلاق . بل يضمن بدفعها افتداء عن يمينه .

وفي فتاوى ابن الزغواني : إن أبَى اليمين بالطلاق ، أو غيره . فصار ذريعة إلى أخذها . وكإقراره طائعاً . وهو تفريط عند سلطان جائر . نقله في الفروع في باب جامع الأيمان .

الثالثة : لو أخَّر رد الوديعة بعد طلبها ، بلا عذر : ضمن ، و بعذر : لا يضمن . كالخوف فى الطريق ، والعجز عن الحمل ، وعن الوصول إليها ، لسيل أو نار ونحو ذلك .

وفى معنى ذلك : إتمام المكتوبة ، وقضاء الحاجة ، وملازمة الغريم يخاف فوته . ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام ، والمطر الكثير ، والوحل الغزير ، أو لكونه فى حمام ، حتى يخرج . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى المغنى وغيره : إن قال أمهلونى حتى آكل فإنى جائع ، أو أنام فإنى ناعس ، أو ينهضم الطعام عنى فإنى ممتلىء : أمهل بقدر ذلك .

قال الحارثى : وهو الصحيح ، قال : والظاهر من كلام غير واحد : منع التأخير إعتباراً بإمكان الدفع .

قلت : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال فى الترغيب [1] والتلخيص : إن أخَّر لكونه فى حمام ، أو على طعام إلى قضاء غرضه : ضمن ، و إن لم يأثم على وجه .

واختاره الأزجى فقال : يجب الرد بحسب العادة ، إلا أن يكون تأخيره لعذر . ويكون سبباً للتلف . فلم أرَ نصا . ويقوى عندى : أنه يضمن لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة . انتهى .

الرابعة : لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن ، وأبىَ : ضمن . على الصحيح من المذهب ، ولو لم يطلبها وكيله . قاله فى التلخيص ، والفروع .

وقيل : لا يضمن إلا إذا طلبها وكيله ، وأبىَ الرد .

وإذا دفعها إلى الوكيل ولم يُشهد ، ثم جحد الوكيل : لم يضمن بترك الإشهاد . بخلاف الوكيل فى قضاء الدين . فإنه يضمن بترك الإشهاد . لأن شأن الوديعة الإخفاء . قاله فى التلخيص وغيره .

(١) إلى هنا انتهى الحرم من نسخة المصنف .

وتقدم إذا ادعى الإذن فى دفعها إلى إنسان فى كلام المصنف وهنـاك . مايتعلق بهذا .

الخامسة ، لو أخر دفع مال أُمر بدفعه بلا عذر : ضمن ، كما تقدم نظيره فى الوديعة . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يضمن . واختاره أبو المعـالى ، بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع .

قلت : الأمر المجرد عن القرينة : هل يقتضى الوجوب أم لا ؟

فيه خمسة عشر قولاً للعلماء .

من جملتها : أن أمر الشارع للوجوب دون غيره . كما اختاره أبو المعالى .

والصحيح من المذهب : أنه للوجوب مطلقاً .

ذكر الأقوال ومن قال بكل قول فى القواعد الأصولية فى القاعدة الثالثة والأربعين .

السادسة : لو قال : خذ هذا وديعة اليوم لاغداً ، و بعده يعود وديعة . فقيل : لا تصح الوديعة من أصلها .

وقيل : تصح فى اليوم الأول دون غيره .

وقيل : تصح فى اليوم الأول ، وفى بعد الغد .

قال القاضى فى التعليق : هى وديعة على الدوام . ذكره عنه الحارثى . وأطلقهن فى الفروع .

و إن أمره رده فى غد ، و بعده تعود وديعة : تعين رده

السابعة : لو قال له : كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة ، فأنت أمين : صح . لصحة تعليق الإيداع على الشرط ، كالوكالة . صرح به القاضى . قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين .

باب إحياء الموات

قوله ﴿ وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّاثِرَةُ التِي لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ ﴾ .

قال أهل اللغة « الموات من الأرض هى التى لم تستخرج ولم تعمر » .

قال الحارثى : وظاهر إيراد المصنف : تعريف « الموات » بمجموع أمرين : الاندراس ، وانتفاء العلم ، تحصيلاً للمعنى المتقدم عن أهل اللغة : أنه الذى لم يستخرج ، ولم يعمر . وعليه نص الإمام أحمد رحمه الله ، وذكره .

قال : ولو اقتصر المصنف على ما قالوا لكان أولى وأبين . فإن الدثور يقتضى حدوث العطل بعد أن لم يكن ، حيث قالوا : قَدُم ودَرَس . وذلك يستلزم تقدم عمارة . وهو مُناف لانتفاء العلم بالملك .

قال : ويحتمل أن يريد بالداثرة : التى لم تستخرج ولم تعمر . وهو الأظهر من إيراده لقوله بعده « فإن كان فيها آثار الملك » .

فعلى هذا يكون وصف « انتفاء العلم بالملك » تعريفاً لما يملك بالإحياء من الموات ، لا لماهية الموات . وذلك حكم من الأحكام .

ثم مايملك بالإحياء ، لا يكفى فيه ما قال . فإن حريم العامر ، وما كان حمى أو مصلى : لا يملك ، مع أنه غير مملوك .

ويرد أيضاً على ما قال : ما علم ملكه لغير معصوم . فإنه جائز الإحياء .

قال : والأضبط فى هذا : ما قيل « الأرض المنفكة عن الاختصاصات ، وملك المعصوم » فيدخل كل مايملك بالإحياء . ويخرج كل ما لايملك به . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ ، وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ : فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

إن كان الموات لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة : مُلِكَ بالإحياء بلا خلاف . ونص عليه مراراً .

وإن عُلم له مالك بشراء أو عطية ، والمالك موجود ـ هو أو أحد من ورثته ـ :

لم يملك بالإحياء بلا خلاف ، بل هو إجماع . حكاه ابن عبد البر وغيره .

و إن كان قد ملك بالإحيـاء ، ثم تُرك حتى دَثَر وعاد مواتاً : فهذا أيضاً لا يملك بالإحياء كذلك ، إذا كان لمعصوم .

و إن علم ملـكه لمعين غير معصوم ، فإذا أحياه بدار الحرب واندرس : كان كموات أصلي . يملـكه المسلم بالإحياء . قاله فى المحرر . وقدمه الحارثى .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الفرج الشيرازى : لا يملك بالإحياء .

قال الحارثى : و يقتضيه مطلق نصوصه .

و إن كان لا يعلم له مالك . فهو أربعة أقسام :

أحدها : ما أثر الملك فيه غير جاهلى ، كالقرى الخربة ، التى ذهبت أنهارها ، ودرست آثارها . وقد شملها كلام المصنف . ففى ملـكها بالإحياء روايتان . وأطلقهما الحارثى ، وغيره .

إحداهما : لا تملك بالإحياء .

والرواية الثانية : تملك بالإحيـاء . وصححه فى الحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم . وأطلقوا .

والصحيح من المذهب : التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام . كما يأتى قريباً

تنبيه : لفظ المصنف وغيره : يقتضى تعميم الخلاف فى المندرس بدار الإسلام و بدار الحرب .

وقد صرح به فى كل منهما : القاضى ، وابن عقيل ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم .

قال الحارثى : و بالجملة ، فالصحيح : المنع فى دار الإسلام . وكذا قال الأصحاب .

بخلاف دار الحرب . فإن الأصح فيه الجواز . ولم يذكر ابن عقيل فى التذكرة سواه .

قال فى الرعايتين : وتملك بالإحياء ـ على الأصح ـ قرية خراب ، لم يملكها معصوم .

و إذا قيل بالمنع فى دار الإسلام : كان للإمام إقطاعه . قاله الأصحاب : القاضى فى الأحكام السلطانية ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، وغيرهم .

القسم الثانى : ما أثر الملك فيه جاهلى قديم ـ كديار عاد ، ومساكن ثمود ، وآثار الروم ـ وقد شملها أيضاً كلام المصنف . وكذا كلام القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهم من الأصحاب .

ولم يذكر القاضى فى الأحكام السلطانية خلافاً فى جواز إحيائه . وكذلك المصنف فى المغنى . وهو الصحيح من المذهب . وهى طريقة صاحب المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو الحق ، والصحيح من المذهب . فإن الإمام أحمد رحمه الله وأصحابه لا يختلف قولهم فى البئر العادية . وهو نص منه فى خصوص النوع .

وصحح الملك فيه بالإحياء : صاحب التلخيص ، والفائق ، والشرح ، والفروع ، والتصحيح ، وغيرهم .

القسم الثالث : ما لا أثر فيه جاهلى قريب . وقد شمله كلام المصنف . والصحيح من المذهب : أنه يملك بالإحياء . قاله الحارثى وغيره .

والرواية الثانية : لا يملك .

القسم الرابع : ما تردد فى جريان الملك عليه . وفيه روايتان . ذكرهما ابن عقيل فى التذكرة ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم .

وقالوا : الأصح الجواز .

والرواية الثانية : عدم الجواز .

فائدتان

إحداهما : لو ملكها من له حرمة ، أو من يشك فيه ، ولم يعلم : لم يملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب . لأنها فَيْء .

قال الزركشى : وهو المشهور عنه. وهو مقتضى كلام الخرقى ، واختيار أبى بكر والقاضى ، وعامة أصحابه ، كالشريف ، وأبى الخطاب ، والشيرازى . انتهى .

وصححه فى التصحيح وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : تملك بالإحياء .

قال فى الفائق : ملكت فى أظهر الروايات .

وعنه تملك مع الشك فى سابق العصمة . اختاره جماعة . قاله فى الفروع ، منهم : صاحب التلخيص . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

الثانية : لو عُلم مالكها ، ولكنه مات ولم يعقب . فالصحيح من المذهب : أنها لا تملك بالإحياء .

وعنه تملك بالإحياء . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

فعلى المذهب : للإمام إقطاعها لمن شاء .

قوله ﴿ وَمَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيْتَةً : فَهِىَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، بِإِذْنِ الإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فِى دَارِ الإِسْلاَمِ وَغَيْرِهَا ، إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِى أَرْضِ الكُفَّارِ التِى صُولِحُوا عَلَيْهَا . وَمَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ : لَمْ يُمْلَكْ بِالإِحْيَاءِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسائل :

إحداها : ما أحياه المسلم من الأرض الميتة . فلا خلاف فى أنه يملكه بشروطه الآتية .

الثانية : ما أحياه الكفار ، وهم صنفان :

صنف أهل ذمة ، فيملكون ما أحيوه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وغيرها .

قال الزركشى : هو المنصوص . وعليه الجمهور . وقدمه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل . لايملكه . وهو ظاهر قول ابن حامد .

لكن حمل أبو الخطاب فى الهداية ـ ومن تبعه ـ ذلك على دار الإسلام .

قال الحارثى : وذهب فريق من الأصحاب إلى المنع ـ منهم : ابن حامد ـ أخذاً من امتناع شفعته على المسلم . ورُدَّ . وفرق الأصحاب بينهما .

وقيل : لايملكه بالإحياء فى دار الإسلام .

قال القاضى : هو مذهب جماعة من الأصحاب . منهم ابن حامد .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : يملكه الذمى فى دار الشرك . وفى دار الإسلام وجهان .

فعلى المذهب المنصوص : إن أحيى عنوة : لزمه عنه الخراج . وإن أحيى غيره : فلا شىء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الروايتين .

وعنه : عليه عشر ثمره وزرعه .

والصنف الثانى : أهل حرب . فظاهر كلام المصنف : أنهم كأهل الذمة فى ذلك كله . وهو ظاهر كلام جماعة . منهم صاحب الوجيز . وهو أحد الوجهين .

والصحيح من المذهب : أنه لا يملكه بالإحياء . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قلت : ويمكن حمل كلام من أطلق على أهل الذمة . وأن الألف واللام للعهد . لأن الأحكام جارية عليهم .

لكن يرد على ذلك : كون المسألة ذات خلاف . فيكون الظاهر موافقا لأحد القولين .

ويرده كون المصنف لم يحك فى كتبه خلافاً .

قال الحارثى : والكافر ـ على إطلاقه ـ صحيح فى أراضى الكفار . لعموم الأدلة . وهو الصواب .

الثالثة : إن كان الإحياء بإذن الإمام : فلا خلاف أنه يملكه بذلك .

وإن كان بغير إذنه : ملكه أيضاً . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا . فلا يشترط إذنه فى ذلك . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : عليه الأصحاب . نص عليه . وجزم فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايملكه إلا بإذنه . وهو وجه فى المبهج ، ورواية فى الإقناع ، والواضح .

الرابعة : ما أحياه المسلم من أرض الكفار التى صولحوا عليها على أنها لهم . فهذه لاتملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب ، كما قطع به المصنف هنا . وعليه الأصحاب .

وفيه احتمال : أنها تملك بالإحياء كغيرها .

الخامسة : ماقرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ـ كطرقه وفنائه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلاته ، ومرعاه ، ومحتطبه ، وحريم والبئر والنهر ، ومرتكض الخيل ، ومدفن الأموات ، ومناخ الإبل ونحوها .

فهذا لايملك بالإحياء . وعليه الأصحاب . ونص عليه من رواية غير واحد ولا يُقْطِعه الإمام . لتعلق حقه به . وقيل : لمكه له .

تنبيه : ظاهر قول المصنف « فى دار الإسلام وغيرها » أن موات أرض العنوة كغيره . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : وهو أقوى .

وعنه : لا تملك بالإحياء لكن تقر بيده بخراجها ، كما لو أحياها ذمى .

قال الحارثى : وهو المذهب عند ابن أبى موسى ، وأبى الفرج الشيرازى .

قال أبو بكر فى زاد المسافر : و به أقول . انتهى .

وعنه : إن أحياه مسلم فعليه عُشْر ثمره وزرعه .

وعنه : على ذمى أحيى غير عنوة : عشر ثمره وزرعه .

وقيل : لا موات فى أرض السواد . وحمله القاضى على عامره .

قال فى الرعاية الكبرى : وقيل لا موات فى عامر السواد . وقيل : ولا غامره .

فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه ؟ يحتمل وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : الأولى أنه لا يملك ذلك بالإحياء . ثم وجدت الحارثى قال : هذا الحق .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِه . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمحرر ، وغيرهم .

إحداهما : يملكه بالإحياء . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : هذا المذهب . وصححه فى المستوعب ، والتلخيص ، والنظم ، والتصحيح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشى : هى أنصهما وأشهرهما عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

والثانية : لايملكه بإحيائه .

وقيل : يملكه صاحب العامر دون غيره .

فوائد

إحداها : حكم إقطاع ذلك حكم إحيائه .

الثانية : قال فى الفروع : لواختلفوا فى الطريق وقت الإحياء : جعلت سبعة أذرع . للخبر . ولا تُغَيَّر بعد وضعها . و إن زادت على سبعة أذرع . لأنها للمسلمين . نص عليه .

واختار ابن بطة أن الخبر ورد فى أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا فى قدر حاجتهم .

قلت : قال الجوزجانى فى المترجم عن قول الإمام أحمد رحمه الله « لابأس ببناء مسجد فى طريق واسع إذا لم يضر بالطريق » عنى الإمام أحمد رحمه الله من الضرر بالطريق : ماوقت النبى صلى الله عليه وسلم من السبع الأذرع .

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين : كذا قال . قال : ومراده أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع . والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع » فى أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء ، وتشاحوا فى مقدار مايتركونه منها للطريق . و بذلك فسره ابن بطة ، وأبو حفص العكبرى ، والأصحاب . وأنكروا جواز تضييق الطريق الواسع إلى أن يبقى سبعة أذرع . انتهى .

وقدم ماقدمه فى الفروع : فى التلخيص وغيره .

الثالثة : إذا نضب الماء عن جزيرة : فلها حكم الموات . لكل أحد إحياؤها ، بعدت أو قربت . ذكره ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم . ونص عليه .

قال الحارثى : هذا مع عدم الضرر . ونص عليه . انتهى .

الرابعة : ماغلب الماء عليه من الأملاك واستبحر : باق على ملك ملاكه . لهم أخذه إذا نضب عنه . نص عليه . قاله الحارثى وغيره .

وقال فى الفروع : ولا يملك مانضب ماؤه . وفيه رواية .

تنبيهان

أحدهما : مفهوم قوله ﴿ وَلاَ تُملكُ المَعادِنُ الظَّاهِرَة ﴾ .

كالملح والقار : والنفط والكحل ، والجص ، وكذلك الماء والكبريت ، والموميا ، والبرام ، والياقوت ، ومقاطع الطين ونحوه : أن المعادن الباطنة تملك . وهو وجه واحتمال للمصنف . وهو ظاهر كلام جماعة .

قال الحارثى : ونص عليه فى رواية حرب .

والصحيح من المذهب : أنها كالمعادن الظاهرة . فلا تملك .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لا يملك بذلك ، ولا يجوز إقطاعه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

فائدة : حكم المعادن الباطنة إذا كانت ظاهرة : حكم المعادن الظاهرة الأصل

التنبيه الثانى : مفهوم قوله عن المعادن الظاهرة « وليس للإمام إقطاعه » أن أن للإمام إقطاع المعادن الباطنة . وهو اختيار المصنف ، والشارح .

وذكر الحارثى أدلة ذلك ، وقال : هذا قاطع فى الجواز . فالقول بخلافه باطل . وصححه المصنف وغيره . وقد هداهم الله إلى الصواب . انتهى .

قال فى الفائق : ولا يجوز إقطاع مالا يملك من المعادن . نص عليه .

وقال الشيخ : يجوز . فظاهر عبارته إدخال الظاهرة والباطنة فى اختيار الشيخ .

والصحيح من المذهب : أنه ليس للإمام إقطاعه ، كالمعادن الظاهرة .

قال المصنف والشارح : قاله أصحابنا .

وكذا قال الحارثى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

تنبيه : مثل المصنف وجماعة ـ رحمهم الله ـ من المعادن الظاهرة : بالملح .

قال الحارثى : وليس على ظاهره . فإن منه مايحتاج إلى عمل وحفر . وذلك من قبيل الباطن .

والصواب : أن المائى منه من الظاهر . وكذا الظاهر من الجبل ، وما احتاج إلى كشف يسير .

وأما المحتاج إلى العمل والحفر : فمن قبيل الباطن .

قوله ﴿ فإنْ كانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إذَا حَصَلَ فِيهِ المَاءُ صَارَ مِلْحًا : مُلِكَ بالإحْيَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : والأصح أنه يملكه محييه .

قال فى الرعاية ، والفائق ، والحاوى الصغير : ملك بالإحياء فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لايملك بالإحياء .

قوله ﴿ وَإذَا مَلَكَ المُحْيِي مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ المَعَادِنِ البَاطِنَةِ . كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ ﴾ .

إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ، ظاهراً كان أو باطناً .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعبارة المصنف هنا لاتفى بذلك . فإنه اقتصر فى موضع الجامد

على لفظ « الباطن » وهى عبارة القاضى فى المجرد . فيحتمل أن يريد به ماقاله فى المغنى وغيره . وفى الإيراد قرينة تقتضيه ، وهو جعل الجارى قسيما للباطن .

ويحتمل إرادة الظاهر دون الباطن مما هو جامد لايدخل فى الملك . انتهى .

قوله ﴿ وَإِن ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنِ جَارٍ ، أَوْ كَلَأٍ ، أَوْ شَجَرٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

إذا ظهر فيه عين ماء فهو أحق بها ، وهل يملكه ؟ أطلق المصنف فيه روايتين وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

إحداهما : لايملك . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح ، وغيرهم .

وهذه عند المصنف ، وكثير من الأصحاب : أصح .

قال فى الهداية : وعنه فى الماء والكلأ لايملك . وهو اختيار عامة أصحابنا . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملك . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة . واختاره أبو بكر عبد العزيز .

قال الحارثى : وهو الحق .

قال فى القواعد : وأكثر النصوص تدل على الملك .

وإذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به . وهل يملك بذلك ؟ فيه الروايتان .

قال الحارثى : مأخوذتان من روايتى ملك الماء . ولهذا صححوا عدم الملك هنا لأنهم صححوه هناك . انتهى .

وهذا المذهب ـ أعنى عدم ملكه بذلك ـ وصححه من صححه فى عدم الملك . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما .

وعنه : يملك . قال الحارثي : وهو الصحيح . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا المنصوص . فيكون المذهب .

وإن ظهر كلأ أو شجر فهو أحق به ، وهل يملكه ؟

أطلق المصنف فيه روايتين . وأطلقهما فى المذهب .

إحداهما : لا يملك . وهو المذهب . نص عليه فى رواية إسحاق بن إبراهيم .

قال فى الهداية : عليه عامة أصحابنا .

قال الحارثى : وهذا أصح عند الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح . قاله فى البيع من كتابه الكبير . ولم يورد أبو الفرج الشيرازى سواه . وصححه فى الشرح ، والتصحيح ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع . والمحرر ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملكه . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة .

قوله ﴿ وَمَا فَضَلَ مِنْ مائِهِ : لَزِمَهُ بَذْلُه لبَهائِمَ غَيْرِهِ ﴾

هذا الصحيح . لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحاً ولم يتضرر بذلك . وهو من مفردات المذهب .

واعتبر القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، وجماعة : اتصاله بالمرعى .

وظاهر كلام المصنف هنا ، وأبى الخطاب ، والمحرر ، وغيرهم : عدم اشتراط ذلك . وقدمه فى الفروع . وهو المذهب .

و بذل مافضل من مائه لزوماً من مفردات المذهب .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِزَرْعِ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح .

إحداهما : يلزمه . وهو المذهب .

قال فى الفروع : يلزمه على الأصح . لـكن قال الإمام أحمد رحمه الله : إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو له فيه ماء السماء ، فيخاف عطشاً . فلا بأس أن يمنعه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب .

قال الحارثى : هذا الصحيح ، واختيار أكثر الأصحاب . منهم أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، والشيرازى ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وهو من مفردات المذهب .

قال الإمام أحمد : ليس له أن يمنع فضل ماء يمنع به الـكلأ . للخبر .

قال فى القاعدة التاسعة والتسعين : هذا الصحيح .

والرواية الثانية : لا يلزمه . صححه فى التصحيح ، والقاضى فى الأحكام السلطانية ، وابن عقيل .

قال الحارثى : ومال إليه المصنف . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقال فى الروضة : يكره منعه فضل مائه ليسق به . للخبر .

فوائد

الأولى : حيث قلنا لا يلزمه بذله : جاز له بيعه بكيل ، أو زن معلوم . ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة . خلافاً لمالك .

ويحرم أيضًا بيعه مقدراً بالرى ، أو جزافاً . قاله القاضى وغيره ، واقتصر عليه فى الفروع .

قال القاضى : وإن باع آصُعاً معلومة من سائح : جاز . كماء عين . لأنه معلوم ، وإن باع كل الماء : لم يجز . لاختلاطه بغيره .

الثانية : إذا حفر بئراً بموات للسابلة ، فالناس مشتركون فى مائها ، والحافر كأحدهم فى السقى ، والزرع ، والشرب . قاله الأصحاب . ومع الضيق يقدم الآدمى .

ثم الحيوان . قاله الأصحاب . منهم صاحب الرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . ثم زاد فى الفائق : ثم الزرع . وهو مراد غيره .

وقال فى التلخيص : ومع الضيق للحيوان ، ومع الضيق للآدمى . والظاهر أن النسخة مغلوطة .

الثالثة : لو حفرها ارتفاقاً ـ كحفر السفارة فى بعض المنازل ، وكالأعراب والتركمان ينتجعون أرضاً فيحتفرون لشربهم ، وشرب دوابهم ـ فالبئر ملك لهم . ذكره أبو الخطاب . وقدمه الحارثى ، وقال : هو أصح . وهو الصواب .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : لا يملكونها . وهو المذهب .

قال فى الفروع : فهم أحق بمائها ماأقاموا .

وفى الأحكام السلطانية : وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط . وتبعه فى المستوعب ، والتلخيص ، والترغيب ، والرعاية ، وغيرهم .

وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين .

فإن عاد المرتفقون إليها ، فهل يختصون بها ، أم هم كغيرهم ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والحارثى فى شرحه ، والفروع .

أحدهما : هم كغيرهم . واختاره القاضى فى الأحكام السلطانية .

والوجه الثانى : هم أحق بها من غيرهم . اختاره أبو الخطاب فى بعض تعاليقه

قال السامرى : رأيت بخط أبى الخطاب على هامش نسخة من الأحكام السلطانية ، قال : محفوظ ـ يعنى : نفسه ـ الصحيح : أنهم إذا عادوا كانوا أحق بها . لأنها ملكهم بالإحياء . وعادتهم أن يرحلوا فى كل سنة ، ثم يعودون . فلا يزول ملكهم عنها بالرحيل . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : فهو أولى بها فى أصح الوجهين .

الرابعة : لو حفر تملكا ، أو تملكه الحى : فنفس البئر ملك له . جزم به الحارثى وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الرعاية : ملكها فى الأقيس .

قال فى الأحكام السلطانية : إن احتاجت طياً : ملكها بعده . وتبعه فى المستوعب ، وقال ـ هو وصاحب التلخيص ـ و إن حفرها لنفسه تملكها : فما لم يخرج الماء ، فهو كالشارع فى الإحياء . و إن خرج الماء استقر ملكه ، إلا أن يحتاج إلى طى ، فتمام الإحياء بطيها . انتهيا .

وتقدم : هل يملك الذى يظهر فيها أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ : أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرِىَ لَهَا مَاءً ، أَوْ يَحْفُرَ فِيهَا بِئْرًا ﴾ .

مراده بالحائط : أن يكون منيعاً . وظاهر كلامه : أنه سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرة للغنم والخشب ، ونحوهما . وهذا هو الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، قاله الزركشى . وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : إحياء الأرض : ماعد إحياء . وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء ، أو إجراء ماء . وهو رواية عن الإمام أحمد . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والشيرازى فى المبهج ، وابن الزاغونى ، والمصنف فى العمدة وغيرهم .

وعلى هذا قالوا : يختلف باختلاف غرض المحيى من مسكن وحظيرة وغيرهما . فإن كان مسكناً : اعتبر بناء حائط بما هو معتاد ، وأن يسقفه .

قال الزركشى : وعلى هذه الرواية : لا يعتبر أن يزرعها و يسقيها ، ولا أن

يفصلها تفصيل الزرع ، ويحوطها من التراب بحاجز ، ولا أن يقسم البيوت إذا كانت للسكنى ، فى أصح الروايتين وأشهرهما .

والأخرى : يشترط جميع ذلك . ذكرها القاضى فى الخصال . انتهى .

وذكر القاضى رواية بعدم اشتراط التسقيف . وقطع به فى الأحكام السلطانية

قال الحارثى : وهو الصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : لا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت .

وقيل : مايتكرر كل عام ـ كالسقى ، والحرث ـ فليس بإحياء ، ومالايتكرر فهو إحياء .

قال الحارثى : ولم يورد فى المغنى خلافه .

تنبيه : قوله « أو يجرى لها ماء » يعنى إحياء الأرض : أن يجرى لها ماء ، إن كانت لا تزرع إلا بالماء .

ويحصل الإحياء أيضاً بالغراس ويملكها به .

قال فى الفروع : ويملكه بغرس وإجراء ماء . نص عليهما .

فائدة : فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها ـ كأرض البطائح ونحوها ـ فإحياؤها بسد الماء عنها ، وجعلها بحال يمكن زرعها . وهذا مستثنى من كلام المصنف وغيره ، ممن لم يستثنه .

ولايحصل الإحياء بمجرد الحرث ، والزرع .

وقيل : للإمام أحمد رحمه الله : فإن كرب حولها ؟ قال : لايستحق ذلك حتى يحيط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً : مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّة ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ﴾ .

يعنى من كل جانب فيهما . وهذا المذهب فيهما . نص عليه فى رواية حرب ، وعبد الله .

قال المصنف ، والشارح : اختاره أكثر الأصحاب .

قال فى التلخيص : هذا المشهور .

قال الحارثى : هذا المشهور عن أبى عبد الله . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الزركشى : نص عليه .

واختاره الخرقي ، والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والشيخان ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بحفر بئر فى موات يملك حريمها معها بذرْع يسلك

فخمسة تملك والعشرون وإن تكن عادية خمسون

وعنه : التوقف فى التقدير . نقله حرب . قاله القاضى ، وأبو الخطاب ، ومن تبعهم .

قال الحارثى : وهو غلط . قال : ولو تأملوا النص بكماله من مسائل حرب ، والخلال : لما قالوا ذلك .

وعند القاضى : حريمها قدر مَدّ رِشائها من كلّ جَانِبٍ .

واختاره ابن عقيل فى التذكرة . وذكر : أنه الصحيح .

قال فى التلخيص : اختاره القاضى ، وجماعة .

قال الحارثى : وأخشى أن يكون كلام القاضى هنا ماحكيناه فى المجرد الآتى الموافق لاختيار أبى الخطاب .

وقيل : قدر مايحتاج إليه فى ترقية مائها .

واختاره القاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب فى الهداية .

قال المصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح . وقال القاضى ، وأبو الخطاب : ليس هذا الذرع المذكور على سبيل التحديد ، بل حريمها على الحقيقة : ماتحتاج إليه من ترقية مائها منها . فإن كان بدولاب : فقدر مدار الثور ، أو غيره . و إن كان بساينة : فقدر طول البئر . و إن كان يستقى منها بيده : فقدر مايحتاج إليه الواقف عندها . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : إن كان قدر الحاجة أكثر : فهو حريمها .

وإن كان التحديد المذكور أكثر : فهو حريمها . ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية .

واختاره القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

وعند أبى محمد الجوزى : إن حفرها فى موات : فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب . و إن كانت كبيرة : فخمسون ذراعا .

فائدة : البئر العادية ـ بتشديد الياء ـ هى القديمة . نقله ابن منصور . منسوبة إلى عاد . ولم يرد « عاداً » بعينها ، لكن لما كانت « عاد » فى الزمن الأول ، وكانت لها آبار فى الأرض : نسب إليها كل قديم .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله ، العادية : هى التى أعيدت .

ونقل حرب ، وغيره : العادية هى التى لم تزل ، وأنه ليس لأحد دخوله . لأنه قد ملكه .

فوائد

منها : حريم العين خمسمائة ذراع . نص عليه من رواية غير واحد . وقاله القاضى فى الأحكام السلطانية ، وابنه أبو الحسين ، وابن بكروس ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . قاله الحارثى . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : قدر الحاجة ، ولو كان ألف ذراع . اختاره القاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب ، والمصنف فى الكافى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره جماعة .

ومنها : حريم النهر من جانبيه : مايحتاج إليه لطرح كرايته ، وطريق شاويه ، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه ، وإن كثر .

قال فى الرعاية : وإن كان بجنبه مسناة لغيره : ارتفق بها فى ذلك ضرورة .

وله عمل أحجار طحن على النهر ، ونحوه ، وموضع غرس ، وزرع ، ونحوهما . انتهى .

وقال فى الرعاية الصغرى : ومن حفر عيناً : ملك حريمها خمسمائة ذراع .

وقيل : بل قدر الحاجة .

قلت : وكذا النهر .

وقيل : بل مايحتاجه لتنظيفه . انتهى .

ومنها : حريم القناة . والمذهب : أنه كحريم العين ، خمسمائة ذراع . قاله الحارثى . وقال : واعتبره القاضى فى الأحكام السلطانية بحريم النهر .

ومنها : حريم الشجر قدر مدّ أغصانها . قاله المصنف وغيره .

ومنها : حريم الأرض التى للزرع : ما يحتاجه فى سقيها ، وربط دوابها ، وطرح سبخها ، وغير ذلك .

وحريم الدار من موات حولها : مطرح التراب ، والكناسة والثلج ، وماء الميزاب ، والممر إلى الباب .

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير .

ويتصرف كل واحد فى ملكه ، وينتفع به ، على ماجرت العادة عرفا . فإن تعدى : منع .

فائدتان

إحداهما : قال فى المغنى ، ومن تابعه : إن سبق إلى شجر مباح ـ كالزيتون ، والخروب ـ فسقاه وأصلحه . فهو أحق به ، كالمتحجر الشارع فى الإحياء . فإن طعمه : ملكه . وحريمه : تهيؤه لما يراد منه .

الثانية : لو أذن لغيره فى عمله فى معدنه ، والخارج له بغير عوض : صح . لقول الإمام أحمد رحمه الله « بعه بكذا . فما زاد فلك » .

وقال المجد : فيه نظر . لكونه هبة مجهول .

ولو قال : على أن يعطيهم ألفاً مما لقى ، أو مناصفة ، فالبقية له ؟ فنقل حرب : أنه لم يرخص فيه .

ولو قال : على أن مارزق الله بيننا : فوجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : لايصح . قدمه ابن رزين في شرحه .

قال الحارثى : أظهرهما الصحة .

قال القاضى : هو قياس المذهب . ولم يورد سواه . وذكر فيه نص الإمام أحمد رحمه الله إذا قال : صَفِّ لى هذا الزرع ، على أن لك ثلثه ، أو ربعه : أنه يصح . انتهى .

والوجه الثاني : لا يصح .

قوله ﴿ وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتاً لم يَمْلِكْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثى : المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : عدم الاستقلال . انتهى . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية : أنه ما أفاده الملك . وهو الصحيح . انتهى .

قوله ﴿ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَوَارِثُهُ بَعْدَهُ وَمَنْ يَنْقُلُه إِلَيْه ﴾ بلا نزاع .

و قوله ﴿ وَلَيْسَ لَه بَيْعُهُ ﴾ .

هو المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقيل : يجوز له بيعه . وهو احتمال لأبى الخطاب . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : قال الحارثى ـ عن القول الذى حكاه المصنف ـ قد يراد به : إفادة التحجر للملك . وقد يراد به : الجواز مع عدم الملك ، وهو ظاهر إيراد الكتاب ، و إيراد أبى الخطاب فى كتابه .

قال : والتجويز مع عدم الملك مشكل جداً . وهو كما قال .

فائدة : تحجر الموات : هو الشروع فى إحيائه ، مثل أن يدير حول الأرض ترابا أو أحجاراً ، أو يحيطها بجدار صغير ، أو يحفر بئراً لم يصل إلى مائها . نقله حرب . وقاله الأصحاب .

أو يسقى شجراً مباحاً ، و يصلحه ولم يركبه . فإن ركبه ملكه ، كما تقدم . وملك حريمه . وكذا لو قطع مواتاً لم يملكه ، على ما يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ فإنْ لم يُتِمَّ إحْيَاءَهُ ﴾ .

يعنى وطالت المدة ، كما صرح به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم . فيقال له : إما أن تحييه أو تتركه . فإن طلب الإمهال : أمهل الشهرين والثلاثة . وهكذا قال فى المستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : و يمهل شهرين . وقيل : ثلاثة .

وقال فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، وجماعة : أمهل الشهر والشهرين .

قال الحارثى : عليه المعظم .

قال فى الوجيز : ويمهل مدة قريبة بسؤاله . انتهى .

قلت : فلعل ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم .

ثم وجدت الحارثى قال : وتقدير مدة الإمهال يرجع إلى رأى الإمام ، من الشهر والشهرين والثلاثة ، بحسب الحال .

قال : والثلاثة انفرد بها المصنف هنا . وكأنه ماراجع المستوعب والشرح .

تنبيه : فائدة الإمهال : انقطاع الحق بمضى المدة على الترك .

قال فى المغنى : وإن لم يكن له عذر فى الترك ، قيل له : إما أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك . فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

قال الحارثى : وهذا يقتضى أن ماتقدم من الإمهال مخصوص بحالة العذر ، أو الاعتذار . أما إن علم انتفاء العذر فلا مهلة .

قال : وينبغى تقييد الحال بوجود متشوف إلى الإحياء . أما مع عدمه : فلا اعتراض ، سوى ترك لعذر أو لا . انتهى .

قوله ﴿ فإنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ . فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى لو بادر غيره فى مدة الإمهال ، وأحياه . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية .

إحداهما : لايملكه . صححه فى المذهب ، والنظم ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني : يملكه . اختاره القاضي ، وابن عقيل . قال الفاظم : وهو بعيد

فائدتان

الأولى : لو أحياه غيره قبل ضرب مدة المهلة : لم يملكه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقيل : يملكه .

قال المصنف ، والشارح : حكم الإحياء قبل ضرب مدة المهلة حكم الإحياء في مدة المهلة ، على تقدم . ويحتمله كلام المصنف .

وأما إذا أحياه الغير بعد انقضاء المهلة : فإنه يملكه . لا أعلم فيه خلافاً ، وتقدم ذلك .

الثانية : قال في الفروع ـ بعد أن ذكر الخلاف المتقدم ـ ويتوجه مثله في نزوله عن وظيفته لزيد . هل يتقرر غيره فيها ؟ .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله ـ فيمن نزل له عن وظيفة الإمامة ـ لايتعين المنزول له . ويولى من إليه الولاية من يستحق التولية شرعاً .

وقال ابن أبي المجد : لايصح تولية غير المنزول له . فإن لم يقرره الحاكم ، وإلا فالوظيفة باقية للنازل . انتهى .

قلت : وقريب منه : ماقاله المصنف ، وتبعه الشارح ، وغيره فيما إذا آثر شخصاً بمكانه ، فليس لأحد أن يسبقه إليه . لأنه قام مقام الجالس في استحقاق مكانه . أشبه مالو تحجر مواتاً . ثم آثر به غيره .

وقال ابن عقيل : يجوز . لأن القائم أسقط حقه بالقيام . فبقي على الأصل . فكان السابق إليه أحق به ، كمن وسع لرجل في طريق فمر غيره . والصحيح الأول .

ويفارق التوسعة في الطريق ، لأنها جعلت للمرور فيها كمن انتقل من مكان فيها لم يبق له حق حتى يؤثر به ، والمسجد جعل للإقامة فيه . ولذلك

لايسقط حق المنتقل منه إذا انتقل لحاجة . وهذا إنما انتقل مؤثراً لغيره . فأشبه النائب الذى بعثه إنسان ليجلس فى موضع يحفظه له . انتهى .

قلت : الذى يتعين ماقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله إلا إذا كان المنزول له أهلا ، و يوجد غير أهل . فإن المنزول له أحق ، مع أن هذا لايأباه كلام الشيخ تقى الدين .

قوله ﴿ وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالإِقْطَاعِ ، بَلْ يَكُونُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الإِحْيَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وقال مالك رحمه الله : يثبت الملك بنفس الإقطاع . يبيع ، و يهب ، و يتصرف ، و يورث عنه . قال : وهو الصحيح . إعمالا لحقيقة الإقطاع . وهو التمليك .

فائدتان

إحداهما : للإمام إقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعاً ، للمصلحة دون غيرها .

الثانية : قسم الأصحاب الإقطاع إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، و إقطاع استغلال ، و إقطاع إرفاق .

وقسم القاضى إقطاع التمليك : إلى موات ، وعامر ، ومعادن .

وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين : عُشْر ، وخراج .

و إقطاع الإرفاق : يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطُّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . فَيَحْرُمُ ، وَلَا تُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا ، مَا لَمْ يَعُدْ فِيهِ الإِمَامُ ﴾ .

تنبيه : تجويز المصنف إقطاع الجلوس برحاب المسجد : اختيار منه لكونها ليست مسجداً ، لامتناع ذلك فى المسجد . واختيار الحرقى ، والمجد . قاله الحارثى .

وتقدم : هل رحبة المسجد من المسجد أو لا ؟ فى باب الاعتكاف .

قوله ﴿ فإن لم يُقْطِعْهَا ، فَلِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فيها . وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا ، مَا لم يَنْقُلْ قِمَاشَهُ عَنْهَا ﴾ هذا المذهب .

أعنى : أنها من المرافق ، وأن له الجلوس فيها ما بقى قماشه .

قال فى الفروع : ومع عدم إقطاع : للسابق الجلوس . على الأصح ، ما بقى قماشه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والرعاية ، وغيرهم .

وعنه : ليس له ذلك . وعنه : له ذلك إلى الليل .

قال الحارثى : ونقل القاضى ـ فى الأحكام السلطانية ـ : رواية بالمنع من الجلوس فى الطرق الواسعة . للتعامل فيها ، فلا تكون من المرافق .

قال : والأول أصح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايفتقر فى الجلوس فى هذه الأمكنة إلى إذن الإمام فى ذلك . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

قال فى القواعد : هذا قول الأكثر .

قال الحارثى : هذا المذهب .

وقيل : يفتقر إلى إذن . وهو رواية حكاها فى الأحكام السلطانية . ذكره فى القاعدة الثامنة والثمانين . وأطلقهما فى الفروع .

فائدتان

إحداهما : لو أجلس غلامه أو أجنبياً ، ليجلس هو إذا عاد إليه : فهو كما لو ترك المتاع فيه . لاستمرار يده بمن هو فى جهته . ولو آثر به رجلا ، فهل للغير السبق إليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا . اختاره المصنف .

والثانى : نعم .

قال الحارثى : وهو أظهر .

قلت : وهوالصواب .

وتشبه هذه المسألة ماذكرنا فى آخر باب الجمعة « لو آثر بمكانه شخصاً فسبقه غيره » على ماتقدم هناك .

الثانية : له أن يظلل على نفسه بما لاضرر فيه ، من بارية وكساء ونحوه . وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها .

قوله ﴿ فإن أَطَالَ الجُلُوسَ فيهاَ ، فهَلْ يُزَالُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لايزال . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المنور .

قال الحارثى : وهذا اللائق بأصول الأصحاب . حيث قالوا بالإقطاع .

والوجه الثانى : يزال .

قال الحارثى : هذا أظهرهما عندهم .

قال فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : منع فى أصح الوجهين .

قال فى القواعد : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية حرب . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين

قوله ﴿ فإنْ سَبَقَ اثْنَانِ : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، والقواعد الفقهية ، وتجريد العناية وغيرهم .

قال الحارثى : هذا المذهب .

﴿ وقيل : يُقَدَّمُ الإمامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ﴾ .

وهو وجه حكاه القاضى فمن بعده . وأطلقهما فى التلخيص ، والمذهب ، والشرح .

وكذا الحكم لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان ، أو استبق فقيهان إلى مدرسة ، أو صوفيان إلى خانقاه . ذكره الحارثى . وتبعه فى القواعد . وقال : هذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف معين . لأنه لايتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر .

فأما على الوجه الآخر ـ وهو توقف الاستحقاق على تنزيله ـ فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات .

وقد يقال : إنه يترجح بالقرعة مع التساوى . انتهى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِما يَنَالُ مِنْهُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قال فى المغنى ، والشرح : فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه ، بحيث يمنع غيره : منع من ذلك .

قوله ﴿ وَهَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ ﴾ يعنى الآخذ ﴿ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، أصحهما : لا يمنع . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى المستوعب ، والتلخيص ، والصحيح : أنه لا يمنع مادام آخذاً .

قال الحارثى : أصحهما لايمنع . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يمنع . وقدمه فى الهداية ، والرعاية الصغرى ، والحاوى .

وقيل : يمنع مع ضيق المكان .

قال الحارثى : قطع به ابن عقيل .

فائدة : لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن مباح . فضاق المكان عن أخذهم جملة واحدة ، فالصحيح من المذهب : أنه يقرع بينهم .

قال فى الرعاية الصغرى : وإن سبق إليه اثنان معا ، وضاق بهما : اقترعا . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والقواعد الفقهية .

وقيل : يقدم الإمام من شاء . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : بالقسمة .

قال فى المغنى ، والشرح : وذكر القاضى وجهاً رابعاً . وهو أن الإمام ينصب من يأخذ ويقسم بينهما .

وقال القاضى أيضاً : إن كان أحدهما للتجارة ، هايأهما الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب مايرى . لأنه يطول .

وإن كان للحاجة . فاحتمالات ، أحدها : القرعة . والثانى : ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم . والثالث : يقدم من يراه أحوج وأولى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن سبق أحدهما قدم . فإن أخذ فوق حاجته : منع . وقيل : لا .

وقيل : إن أخذه للتجارة هايأ الإمام بينهما . وإن أخذه لحاجة فأربعة أوجه : المهايأة ، والقرعة ، وتقديم من يرى الإمام وأن ينصب من يأخذه ، ويقسمه بينهما . انتهى .

وذكر فى الفروع الأوجه الأربعة من تتمة قول القاضى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ـ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ ، وَسَمَكٍ ، وَلُؤْلُؤٍ ، وَمَرْجَانٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ ﴾ رغبة عنه ﴿ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ﴾ .

وكذا لو سبق إلى ماضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة ، وكذا اللقيط ، وما يسقط من الثلج والمنّ ، وسائر المباحات ، فهو أحق به . وهذا بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ : قُسِمَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : وهوالأصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : فأما إن وقعت أيديهما على المباح : فهو بينهما بغير خلاف . وإن كان فى كلام بعض الأصحاب مايوهم خلاف ذلك ، فليس بشىء . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يقترعان . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يقدم الإمام أيهما شاء .

وقال الحارثى : ثم إن أبا الخطاب ـ فى كتابه ـ قيد اقتسامهما بما إذا كان الأخذ للتجارة .

ثم قال : وإن كان للحاجة احتمل ذلك أيضاً . واحتمل أن يقرع بينهما . واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وتابعه عليه السامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهما .

وهذا عندى غلط . فإن المباح إذا اتصل به الأخذ : استقر الملك عليه ، ولا بد . لوجود السبب المفيد له ، مع أن القرعة لم ترد فى هذا النوع ، ولا شىء منه .

وكيف يختص به أحدهما مع قيام السبب بكل واحد منهما ؟ .

نعم : قد يجرى ماقال فيما إذا ازدحما عليه ليأخذاه .

ثم قال : والصواب ما اقتصر عليه المصنف ، من الاقتسام مع عدم الفرق بين التجارة ، والحاجة . انتهى .

تنبيه : فعلى المذهب . قال الحارثى : إنما يتأتى هذا فى المنضبط الداخل تحت اليد ، كالصيد ، والسمك ، واللؤلؤ ، والمرجان ، والمنبوذ .

أما مالا ينضبط ـ كالثمرا وثمر الجبل ـ : فالملك فيه مقصور على القدر المأخوذ ، قل أو كثر . انتهى .

فائدة : وكذا الحكم فى السبق إلى الطريق . قاله فى الفروع وغيره .

وقال الأدمى البغدادى : بالقسمة هنا .

فائدتان

إحداهما : لو ترك دابته بفلاة ، أو مهلكة ، ليأسه منها ، أو عجزه عن علفها : مَلَكها آخذها . على الصحيح من المذهب . نص عليه من رواية صالح ، وابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرها . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لا يملكها . وهو وجه ، خرجه ابن أبى موسى ، كالرقيق ، وترك المتاع عجزاً ، بلا نزاع فيهما .

ويرجع بالنفقة على الرقيق ، وأجرة حمل المتاع ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يرجع . وهو وجه ذكره القاضى . أخذاً من انتفاء الأخذ فى اللقطة . وهو رواية فى العبد . ذكرها أبو بكر .

الثانية : لو ألقى متاعه فى البحر خوف الغرق . فقال الحارثى : نص الإمام أحمد فى المتاع يقتضى : أن مايلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم . انتهى . وهو أحد الوجهين .

وقيل : يملكه آخذه . قدمه فى الفائق . وهو احتمال فى المغنى . وصححه فى

النظم . وقدمه فى الرعايتين . وذكره فى آخر اللقطة . وأطلقهما فى الفروع ، والحاوى الصغير .

فعلى الوجه الأول : لآخذه الأجرة ، على الصحيح . وقيل : لا أجرة له .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ المَاءُ فِى نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، كَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ . فَلِمَنْ فِى أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقِىَ وَيَحْبِسَ ، حَتَّى يَصِلَ المَاءُ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ ﴾ .

الماء إذا كان جارياً ، وهو غير مملوك . لا يخلو : إما أن يكون نهراً عظيما ـ كالنيل والفرات ، ودجلة ، وما أشبهها ـ أو لا .

فإن كان نهراً عظيما : فهذا لاتراحم فيه . ولكل واحد أن يسقى منه ماشاء متى شاء ، كيف شاء .

و إن كان نهراً صغيراً ، يزدحم الناس فيه ، و يتشاحون فى مائه ، أو سيلاً يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه : فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى . و يحبس الماء حتى يصل إلى كعبه . نص عليه . ثم يرسل إلى من يليه كذلك . وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها . فإن لم يفضل عن الأول شىء ، أو عن الثانى ، أو من يليهم : فلا شىء للباقين .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة . منها ماهو مستعل . ومنها ما هو مستفل : سقى كل واحدة منهما على حدتها . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم . وقطعوا به .

وقال فى الترغيب : إن كانت الأرض العليا مستفلة : سدها إذا سقى ، حتى يصعد إلى الثانى .

فائدتان

إحداهما : لو استوى اثنان فى القرب من أول النهر : اقتسما الماء بينهما ، إن أمكن . و إن لم يمكن : أقرع بينهما . فيقدم من قرع .

فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه للآخر . وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لمساواة الآخر له ، وإنما القرعة للتقدم ، بخلاف الأعلى مع الأسفل . فإنه ليس للأسفل حق إلا فى الفاضل عن الأعلى . قاله المصنف ، وغيره . وهو واضح .

وإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر : قسم الماء بينهما على قدر الأرض .

الثانية : لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانياً ، قبل انتهاء سقى الأراضى : لم يكن له ذلك . قدمه الحارثى ونصره .

وقال القاضى : له ذلك .

قوله ﴿ فإنْ أَرَادَ إنْسَانٌ إحْيَاءَ أَرْضٍ ، بِسَقْيِهَا مِنْهُ : جَازَ . ما لم يَضُرَّ بأَهْلِ الأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ ﴾ .

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك ، أو سيل . فجاء إنسان ليحيي مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم : لم يكن له أن يسقى قبلهم ، على المذهب .

واختار الحارثى : أن له ذلك . قال : وظاهر الأخبار المتقدمة وعمومها : يدل على اعتبار السبق إلى أعلى النهر مطلقا .

قال : وهو الصحيح .

وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ على وجهين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : ليس لهم منعه من ذلك .

قال الحارثى : وهو أظهر . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى الكافى

والوجه الثانى : لهم منعه .

قال الحارثى : وهو المفهوم من إيراد الكتاب .

فعلى الأول : لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك . فأحيَى فى أسفله مواتاً ثم أحيَى آخر فوقه ، ثم أحيَى ثالث فوق الثانى : كان للذى أحيى السقى أولاً . ثم الثانى ، ثم الثالث . فيقدم السبق إلى الإحيـاء على السبق إلى أول النهر . وعلى ما اختاره الحارثى ينعكس ذلك .

فائدة : لو كان الماء بنهر مملوك ، كمن حفر نهراً صغيراً ساق إليه الماء من نهر كبير . فما حصل فيه ملـكه ، على الصحيح من المذهب .

ويجىء على قولنا « إن الماء لا يملك » أن حكم هذا الماء فى هذا النهر : حكمه فى نهر غير مملوك .

قلت : وفيه نظر . لأنه بدخوله فى نهره : كدخوله فى قريته ، وراويته ، ومصنعه .

وعند القاضى ، ومن وافقه : أن الماء باق على الإباحة ، كما قبل الدخول ، إلا أن مالك النهر أحق به .

فعلى المذهب : لو كان لجماعة ، فهو بينهم ، على حسب العمل والنفقة .

فإن كفى جميعهم : فلا كلام . وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهايأة ، أو غيرها : جاز .

فإن تشاحوا فى قسمته : قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم .

فيأخذ خشبة صلبة ، أو حجراً مستوى الطرفين والوسط . فيوضع على موضع مستوى من الأرض فى مصدم الماء . فيه حزوز ، أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم . يخرج من حَزٍّ أو ثقب إلى ساقية مفردة لـكل واحد منهم . فإذا حصل فى ساقيته : فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن . وله أن يعطيه من يسقى به . هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه أيضاً فى المحرر ، والمغنى ، والنظم ، والفروع . وغيرهم فى باب القسمة .

و يأتى بعض ذلك مصرحاً به فى كلام المصنف فى باب القسمة .

وقال القاضى : ليس له سقى أرض لها رسم شرب من هذا الماء . انتهى .

ولـكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب : من عمل رحىً عليها ، أو دولاب ، أو عبَّارة ـ وهى خشبة تمد على طريق النهر ـ أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات .

فأما النهر المشترك : فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشىء من ذلك .

قاله المصنف ، وابن عقيل ، والقاضى ، والشارح ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وابن عقيـل : هل له أن ينصب عبارة يجرى الماء فيها من موضع آخر ؟ على روايتين . نص عليهما فيمن أراد أن يجرى ماءه فى أرض غيره ليسقى زرعه ، وكان به حاجة إليه ،هل يجوز ؟ على روايتين .

زاد ابن عقيل : الأصح المنع . وكذا قال المصنف .

قال المصنف ، والشارح . والصحيح : أنه لايجوز هنا . ولا يصح قياس هذاعلى إجراء الماء فى أرض غيره .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ النبى صلى الله عليه وسلم : فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ ﴾ بلا نزاع .

وسواء كان النبى صلى الله عليه وسلم حماه لنفسه أو لغيره . وهذا مع بقاء الحاجة إليه . ومن أحيا منه شيئاً لم يملـكه .

لـكن لوزالت الحاجة إليه . فَهَل يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ فيه وَجْهَان .

أحدهما : لا يجوز . وهو الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق

وقيل : يجوز نقضه والحالة هذه .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّة ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يجوز نقضه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : لايجوز نقضه .

فعلى هذا الوجه : يملكه محييه . على الصحيح . صححه فى الفائق . وجزم به فى الكافى .

قال الشارح : وهو أولى .

وقيل : لايملكه . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، والرعاية .

قال فى الفروع : ويتوجه فى نقض الإطلاقات الخلاف .

ونقل حرب : القطائع جائز . وأنكر شديداً قول مالك رحمه الله : لا بأس بقطائع الأمراء .

وقال : يزعم أنه لابأس بقطائعهم .

وقال فى رواية يعقوب : قطائع الشام ، والجزيرة ـ من المكروهة ـ كانت لبنى أمية . فأخذها هؤلاء .

ونقل محمد بن داود : ما أدرى ، ماهذه القطائع ؟ يخرجونها ممن شاءوا .

قال أبو بكر : لأنه يملكها من أقطعها . فكيف تخرج منه ؟