

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بحاله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بدنه ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشابها بخيار حميم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يرث ماله ولا تبين أمره أنه كأنه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لانبثاق ما لم يكن ومملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لا بقاءه وأما مملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الانبثاق واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لانبثاق ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبنوثة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا يبين وقوع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البنوثة على الأصل المهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا أو بنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا يبين في دفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشئ يوقف وكذا إذا فقد المرء تدولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بحاله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من نصيبه للحفاظ لأنه مال لا حافظ له لمجرد صاحبه عن الحفاظ فيحفظ عليه القاضي نظرا لكي يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ منه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يدهما يدنيا به عنه في الحفاظ فكان محفوظا يحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه يتفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجية لأن الاتفاق عليها أحياءها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفاظ بنفسه فيملكه كإيلاك حفظ ماله ومنها أنه يتفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والانات وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن ثقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو جاز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضر رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فآقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أتفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ ثقتهم من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقران هذا ماله وهذه أمر أنه ثبت لها حق الأخذ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق أمر أنه أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً وأقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا اخصاء عن الغائب في اثبات الزوجية واجاب النفقة عليه وكذا الا ولاد والوالدون والمرأة ليسوا اخصاء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبمضية لعدمها بل بطريق الصلوة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم في أخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والمعارف فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من نمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيما بصورة فهو حفظ وامسالك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المتقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يمشي اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امره أنه ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفاً وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فاعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر جحراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب جحراً والحى الذي يحتل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انها حكما يكون اللقيط حراً ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر
 الباعث على الحرب فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه
 لا يحد قاذف أمه لان احضان المذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصائها لان عقاد القذف عليه
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بيينة لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا
 يقدر على ابطال هذا الظاهر البديل ولو بلغ فأقر انه عبده فلا نظر في ذلك ان كان لم يجبر عليه شئ من أحكام الاحرار
 بعدم قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حر يته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق
 فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة
 والاعتاق والتكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في
 أحد قوليه ينسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البيينة
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير
 لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بجرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لان الشاهد غير متمم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فتمم فهو
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت
 حر يته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطاله بالاحرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجدته
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم يكون مسلما حتى لو مات بغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر
 المسلمين وان وجدته ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكما للظاهر كما اذا وجدته مسلم في بيعة
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجدته ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد
 من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية
 هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم
 وتصرفه يكون مساما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين فيبلغ
 كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكمه تبع للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا
 أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بليقطة فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الي من
 كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط والغى في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير
 على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى
 ومن أحيها فكأنما أحيانا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بما ساء منه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه
 هو الذي أحياه بالتقاطه ومن أحيأ أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت
 يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان تقتنه من بيت المال لان ولاءه
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يولى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يولى أحد الا ان العقد يلزم بالعقل على ما ذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاة ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسامه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضه اليه من غير ضرر فان شبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الاب ببينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى امر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مريحي وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخير عن أمر والخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والترسية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولدي يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى ثبتت نسبه منه ولكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصورا انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا الا ترى أنه يحكم باسلامه وباسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبتت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا مهمة في الشهادة لما سر ولو ادعى عبدا انه ابنه محبت دعوته وثبتت نسبه منه ولكنه يكون حرا الماذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينتفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالسليم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذ رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقه فلا بد من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قيصه قد من دبر فكذب وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة بحكم يكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البيعة فهو أولى به وان أقام جميعا البيعة يحكم بكونه ابنا لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنيهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البيعة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من حمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنا فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البيعة صحت دعوتها والافلالان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذ كره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البيعة فهي أولى به وان أقامت جميعا فهو ابنيهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنيهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها منها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها صاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء مال المسلم معني فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فإخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير مازم والامتناع من حفظ غير مازم لا يكون تضييعا كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الاضال والمراد أن يضمها الى نفسه لا جل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى النصب وكذا القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها خذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربهانها نهي عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعير بالحرمة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء مال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبها قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربهانها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارد في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربهانها فبيد أكان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي