

« كتاب الودعة »

« الودعة » فعيلة بمعنى مفعولة ، من الودع وهو الترك ، أي متروكة عند المودع .

٢٣٤٤ - وفي مسلم عن النبي ﷺ « لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات » [أي عن تركهم الجمعات]^(١).

٢٣٤٥ - وفي النسائي عنه ﷺ « اتركوا الترك ما تركوكم ، ودعوا الحبشة ما ودعوكم »^(٢) (وهي جائزة) بالإجماع ، وسند ذلك قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ ﴾ الآية^(٣).

(١) تقدم في الجمعة برقم ٨٢٣ وذكرنا أنه في صحيح مسلم ١٥٢/ ٦ عن الحكم بن مينا ، عن ابن عمر وأبي هريرة ، ورواه الدارمي ٣٦٩/ ١ كذلك ، ورواه أحمد ٢٣٩/ ١ ، ٢٥٤ ، ٨٤/ ٢ ، والنسائي ٨٨/ ٣ وابن ماجه ٧٩٤ والطحاوي في مشكل الآثار ٤/ ٢٣١ عن الحكم ، عن ابن عمر وابن عباس ، وصححه أحمد شاكر ، ٢١٣٢ ، بجميع طرقه ، ولفظ ابن ماجه والطحاوي « عن ودعهم الجماعات » وكذا في (م) . وفي هامش (خ) : عن الجوهري : وقولهم : ودع ذا . أي تركه ، وأصله : ودع يدع . وقد أميت ماضيه ، لا يقال : ودعه . وإنما يقال : تركه . ولا : وادع . ولكن : تارك . وربما جاء في ضرورة الشعر : ودعه . فهو مودع . على أصله ، ثم قال الكسائي : يقال : أودعته مالا . أي دفعته إليه ، يكون ودعة عنده ، وأودعته أيضا إذا دفع إليك مالا يكون ودعة عندك فقبلتها ، وهو من الأضداد . اهـ ، وانظر المادة في الصحاح .

(٢) هو في سنن النسائي المجتبى ٤٣/ ٦ من طريق ضمرة ، عن أبي زرعة السيباني ، عن أبي سكينه ، رجل من المحررين ، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ ، وذكر في أوله حفر الخندق ، والصخرة التي عرضت لهم ، وأنه ﷺ ضربها بالمعول ثلاثا ، ندر في كل ضربة ثلاثها ، وهو يقرأ ﴿ وتمت كلمة ربك صدقا ﴾ الآية ، ومع كل ضربة برقة رآها سلمان ، فسأله عنها ، فذكر أنه رفعت له في تلك الساعة مدائن كسرى وقبصر والحبشة ، فسأله أصحابه أن يفتحها الله عليهم ، فدعا لهم بذلك ، وقال في الحبشة « دعوا الحبشة ما ودعوكم ، واتركوا الترك ما تركوكم » ورواه أبو داود ٤٣٠٢ من طريق ضمرة ، واقتصر على قوله « دعوا الحبشة » الخ ، وفي (م) : عن النبي . وفي (خ) : كما تركوكم ... كما ودعوكم .

(٣) سورة النساء ، الآية ٥٨ وفي (م) : بإجماع وسنده .

٢٣٤٦ - وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه أبو داود ، والترمذي وحسنه .^(١)

قال : وليس على المودع ضمان إذا لم يتعد .^(٢)

(١) هو في سنن أبي داود ٣٥٣٥ والترمذي ٤٧٩/ ٤ برقم ١٢٨١ من طريق طلق بن غنام ، عن شريك وقيس عن أبي حصين ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة ، ورواه أيضا الدارمي ٢٦٤/ ٢ والحاكم ٤٦/ ٢ والطحاوي في مشكل الآثار ٣٣٧/ ٢ وقال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . وسكت عنه أبو داود ، ونقل المنذري في تهذيبه ٣٣٩٢ تحمسين الترمذي وأقره ، وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي وذكره ابن أبي حاتم في العلل ١١١٤ قال : وسمعت أبي يقول : طلق بن غنام ، هو ابن عم حفص بن غياث ، روى حديثا منكرا عن شريك وقيس ، عن أبي حصين ... قال أبي : ولم يرو هذا الحديث غيره . اهـ وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية برقم ٩٧٣ من طريق الترمذي ، ثم ذكر حديثا آخر عن أنس ، من طريق الدارقطني ، وحديثا ثالثا عن أبي ابن كعب ، من طريق الدارقطني أيضا ، ثم قال : هذا الحديث من جميع طرقه لا يصح ، أما الأول فقال أحمد : شريك وقيس كانا كثيري الخطأ في الحديث ، وأما الثاني ففيه أيوب بن سويد ، قال ابن المبارك : ارم به . وقال يحيى : ليس بشيء . وقال النسائي : ليس بثقة . وأما الثالث فيوسف بن يعقوب مجهول ، وفيه محمد بن ميمون ، قال ابن حبان : منكر الحديث جدا ، لا يحل الاحتجاج به . اهـ وقد رواه البخاري في الكبير ٣٦٠/ ٤ في ترجمة طلق بن غنام ، قال سمع زائدة ، حدثنا طلق ، حدثنا شريك ورجل آخر ، عن أبي حصين ، فذكره ، ولم يطن في أحد من رواه ، وذكره الحافظ في التلخيص ١٣٨١ ونقل عن الشافعي قال : هذا الحديث ليس بثابت . اهـ وقد رواه أحمد ٤١٤/ ٣ من طريق حميد ، عن رجل من أهل مكة يقال له يوسف ، قال : كنت أنا ورجل من قریش نلني مال أيتام ، وكان رجل قد ذهب مني بألف درهم ، ووقعت له في يدي ألف درهم ، فقلت للقرشي : إنه قد ذهب لي بألف درهم . وقد أصبت له ألف درهم ، فقال القرشي : حدثني أبي ، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « أد الأمانة » الخ ، وهذا الحديث رواه الدارقطني ٣٥/ ٣ وعنه ابن الجوزي في العلل المتناهية ، كما ذكرنا آنفا ، من طريق محمد بن ميمون الزعفراني ، عن حميد الطويل ، عن يوسف بن يعقوب ، عن رجل من قریش ، عن أبي بن كعب ، ورواه الطبراني في الصغير ١٧٠/ ١ وفي الكبير ٧٦٠ والحاكم في المستدرک ٤٦/ ٢ وأبو نعیم في الحلیة ١٣٢/ ٦ والدارقطني ٣٥/ ٣ وعنه ابن الجوزي كما تقدم ، من طريق أيوب بن سويد ، عن ابن شوذب ، عن أبي التياح يزيد بن حميد ، عن أنس ، قال الطبراني : لم يروه عن أبي التياح إلا عبد الله بن شوذب ، تفرد به أيوب ، ولا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد . اهـ والطبراني في الكبير ٧٥٨٠ عن أبي أمامة نحوه وفيه ضعف . ولعل من حسنه أو صححه اعتمد شواهد وطرقه ، ومن ضعفه فلغرابته وضعف شواهد .

(٢) في (م د) : على مودع . وفي (خ) : ما لم يتعد .

ش : ليس على المودع ضمان إذا لم يتعد ، لأنه محسن ،
فيدخل في قوله تعالى ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ (١).

٢٣٤٧ - وأمين ، فیدخل في قوله ﷺ « لا ضمان على مؤتمن » رواه
الدارقطني (٢) ثم لو قيل بالضمان لانتفى هذا المرفق العظيم ،
لامتناع العاقل من الدخول فيما يتمحض ضررا ، ولا فرق بين أن
تلف مع ماله ، أو دون ماله على المذهب ، (وعنه) إن
تلفت (٣) دون ماله ضمنها .

٢٣٤٨ - لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه ضمن أنسا وديعة تلفت دون
ماله ، (٤) وينبغي أن يكون محل هذه الرواية فيما إذا ادعى التلف

(١) سورة التوبة ٩١ وفي (م) : فیدخل تحت قوله .
(٢) هو في سننه ٣ / ٤١ وعنه البيهقي ٦ / ٢٨٩ من طريق يزيد بن عبد الملك ، عن محمد بن عبد
الرحمن الحجبي ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، قال البيهقي : إسناده ضعيف . ورواه
البيهقي وعبد الرزاق ١٤٨٠١ عن القاسم بن عبد الرحمن ، أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما قالا :
ليس على مؤتمن ضمان . وروى الدارقطني والبيهقي أيضا من طريق عمرو بن عبد الجبار ، عن عبيدة
ابن حسان ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، عن النبي ﷺ قال « ليس على المستعير
غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » قال الدارقطني : عمرو وعبيدة ضعيفان ،
وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع . اهـ فالحديث ضعيف كما عرفت ، والشارح ذكره
بصيغة الجزم ، وهذا خلاف الأولى ، فالأحاديث الضعيفة تذكر بصيغة التمریض ، كما فعل أبو
محمد في المغني ٦ / ٣٨٣ بقوله : ويروى عن عمرو بن شعيب الخ . وفي (د) : في قول النبي
ﷺ .

(٣) في (د) لانتفى المؤلف العظيم . وفي (م) : لانتفى الرفق ... الدخول فيها ضررا ، ولا فرق أن .
وفي (د) : لامتناع القابل في الدخول فيها هذا ضررا . وفي (خ) : وعنه إن تلف . وفي جميع النسخ :
في الدخول . وما أثبتنا هو الصواب ، وعبرة المغني : لامتناع الناس من قبول الودائع .

(٤) رواه عبد الرزاق ١٤٧٩٩ عن معمر ، عن قتادة قال : كان عند أنس بن مالك وديعة ، فهلك
من بين ماله ، فضمنه إياها عمر بن الخطاب . قال معمر : لأن عمر اتهمه ، يقول : كيف ذهبت
من بين مالك ؟ ورواه ابن أبي شيبة ٦ / ٤٠١ عن الشيباني ، عن الشعبي ، أن عمر ضمن أنسا أربعة
آلاف كانت معه مضاربة . ثم رواه عن هشام ، عن أنس بن سيرين ، عن أنس بن مالك ، قال :
استودعت سنة آلاف ، فذهبت ، فقال لي عمر : ذهب لك معها شيء ؟ قلت : لا . قال :
فضمني . ورواه البيهقي ٦ / ٢٨٩ من طريق شعبة ، عن قتادة ، عن النضر بن أنس ، عن أنس بن

والحال هذه ، فإنه لا يقبل منه ، لمكان التهمة ، أما إن ثبت التلّف فإنه ينبغي انتفاء الضمان رواية واحدة ، أما إن تعدى فإنه خرج^(١) من حيز الأمانة ، إلى حيز الخيانة فيضمن بلا نزاع ، والله أعلم .

قال : فإن خلطها بماله وهي لا تتميز ، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله ، أو أودعها غيره فهو ضامن .^(٢)

ش : لما ذكر أنه إذا تعدى فيها ضمن ، ذكر ثلاث صور من صور التعدي ، (إحداها) إذا خلط الوديعة بماله والحال أنها لا تتميز مع ما خلطت به ،^(٣) كما لو خلط زيتا بزيت أو بشيرج ،^(٤) أو برا بير ، أو دراهم بدراهم ، ونحو ذلك ، لأنه صيرها في حكم التالف ، وفوت على نفسه ردها ، فضمنها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وعن أحمد في رجل أعطى رجلا درهما يشتري له به شيئا ، فخلطه مع درهمه فضاعا ، قال : ليس عليه شيء . ذكرها القاضي^(٥) في ما انتقاه من رواية عبد الله بن محمد بن عبد العزيز البغوي ، وحكم خلطها بمال غيره حكم

مالك ، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضمنه وديعة سرق من بين ماله . ثم رواه عن حميد الطويل ، عن أنس ، أن عمر غرمه بضاعة كانت معه ، فسرق أو ضاعت . ثم رواه عن الشعبي عن أنس ، قال : استودعت مالا فوضعت مع مالي ، فهلك من بين مالي ، فرفعت إلى عمر ، فقال : إنك لأمين في نفسي . ولكن هلك من بين مالك . فضمنته . قال البيهقي : يحتمل أنه كان فرط فيها . وفي (خ) : ضمن إنسانا .

(١) في (د) : فإنه ينتفي الضمان . وفي (م) : فإنه يخرج . وفي هامش (خ) : ولعل الخرقى يرى أن التفريط نوع من التعدي ، فلذلك اقتصر عليه . اهـ .

(٢) في (م) : لا تتميز من ماله . وفي المتن لا تتميز إن لم يحفظها . وفي (د) : فإنه ضامن .

(٣) في (م) : أنه إن تعدى إذا خلطها ... لا تتميز مما خلطت . وليس في (د) : بماله .

(٤) الزيت هو دهن الزيتون ، والشيرج دهن السمسم ، ولونهما متقارب .

(٥) في (م) : يشتري به شيئا ... مع دراهم ، ذكره القاضي . وفي (د) : مع دراهمه . وعلق في

هامش (خ) : يحتمل أنهما كانا مع الخلط متميزين فلا تنافي هذه الرواية ما سبق . اهـ .

خلطها بمال نفسه ، وإنما ذكر الخرقى ماله اعتمادا على الغالب .

(الصورة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله [فإنه يضمن ، لأن حقيقة المودع أنه وكيل في الحفظ ، فإذا لم يحفظ فقد فرط ، وإذا فرط ضمن ، وحفظها كما يحفظ ماله] أن يحرزها في حرز مثلها ، أو أعلى منه ، ويذكر ذلك إن شاء الله تعالى في القطع في السرقة ، وهذا إذا لم يعين له المالك حرزا ، أما إن عين له حرزا^(١) فإنه يمثل وإن كان دون حرزها ، فإن خالف فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى .

(الصورة الثالثة) إذا أودعها عند غيره ، وله حالتان (إحداهما) أن يفعل ذلك لغير عذر ، ولا إشكال في تضمينه إذاً لأنه متعد ، إذ لفظ مالكها إنما تضمن أن يحفظها بنفسه لا بغيره ، قلت : ويخرج عدم الضمان إذا لم ينهه ، بناء على رواية جواز توكيل الوكيل^(٢) ، وليس من إبداعها لغيره دفعها لمن جرت عادته بدفعها إليه ، كزوجته وعبد ، لأن ذلك مما يحفظ به ماله ، فهو داخل فيما تقدم ، وهذا منصوص أحمد ، وعليه الأصحاب ، وفيه وجه آخر : بلى فيضمن . ذكره ابن أبي موسى ، (الحالة الثانية) إذا أودعها عند غيره لعذر^(٣) ، كما إذا أراد سفرا غير مأمون ، أو كان الترك أحرز لها ، أو استوى الأمران في وجه ، أو خاف عليها من حريق أو ظالم ونحو

(١) في (م) : إن عين حرزا .

(٢) في (م) : ذلك بغير عذر ... عدم الضمان بدفعها إليه إذا لم ينهه . وفي هامش (خ) على قوله (توكيل الوكيل) : وقد يستفاد ذلك من لفظ الخرقى ، حيث قال : أو لم يحفظها كما يحفظ ماله . فإن المودع يحفظ ماله تارة بنفسه ، وتارة بمن يودعه عنده اهـ .

(٣) في (م) : إبداعها لغيره لمن جرت ... كزوجته لأن . وفي (د) : وجه آخر بلى يضمن الثانية أودعها . وفي (خ) : عند غيره لغير عذر . قال المصنف : صوابه لعذر .

ذلك ، ولم يجد ربها ولا وكيله ، فيجوز ، ولا ضمان عليه
لمكان العذر ، ثم هل يتعين الحاكم مع القدرة عليه - وهو
المذهب المقطوع به للأصحاب - أو لا يتعين ، ويكفي
إيداعها ثقة - وهو احتمال لأبي محمد في المغني - ؟ فيه
قولان ، قال القاضي : وقد أطلق أحمد القول - في رواية الأثرم ،
وإبراهيم بن الحارث - : لا يودعها لغيره إذا خاف عليها .
قال : وهذا محمول على المقيم في البلد ،^(١) والمسافر إذا وجد
حاكما فعدل عنه . والله أعلم .

قال : وإذا كانت علة فخلطها في صحاح ، أو صحاحا
فخلطها في علة ، فلا ضمان عليه .^(٢)

ش : العلة هي المكسرة ، فإذا خلطها في صحاح أو بالعكس
فلا ضمان عليه ، لأنها تتميز ، فلا يتعذر ردها ، وهذا هو
المذهب ، والمنصوص في رواية أبي طالب ، ونقل عنه ابن
منصور فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ، فأجرى ذلك
صاحب التلخيص وغيره في كل ما يتميز ، وخصها أبو محمد
بصورة النص ، لاحتمال كسبها سوادا فيتغير لونها فتتقص .^(٣)

(١) في (د) : مع القدر عليه . وفي (م) : المقطوع به عند الأصحاب ... إيداعها عند ثقة ...
على المقيم في البلدان . وانظر كلام أبي محمد في المغني ٦ / ٣٨٥ .

(٢) في المتن : فإن كانت صحاحا فخلطها في غلة ، أو غلة في صحاح . وفي (م) : فإن
كانت . وفي (د) المغني : وإن كانت . ورسمت : غلة . في نسخ الشرح بالمهملة ، وفي المغني
والمتن بالمعجمة ، وفسرت هناك كما هنا بالمكسرة ، ولم أجد اللفظة في كتب اللغة بهذا المعنى ،
وكأن استعمالها به اصطلاحا في ذلك الزمان ، حيث لم أجد لها في كتب الفقهاء بعده .

(٣) في (م) : فإن خلطها ... ونقل عن ابن منصور ... فيتغير لونها فتبيض . وفي (د) : بصورة
العتق لاحتمال . وفي هامش (خ) بعد قوله (فتتقص) : أي وذلك نوع تعد ، وقد يقال : خلطها بما
تتميز منه أيضا نوع تعد فيضمن به اهـ .

قال : ولو أمره أن يجعلها في منزله ، فأخرجها عن المنزل
لغشيان نار ، أو سيل ، أو شيء الغالب منه التوى فلا ضمان
عليه .^(١)

ش : إذا أمره أن يجعل الوديعة في محل فجعلها فيه فلا ضمان
عليه ، وإن كان دون حرز مثلها ، لأنه ممثّل غير مفرط ، وإن
أخرجها عن ذلك المحل لشيء نزل بها - من نار ، أو سيل ،
ونحو ذلك مما الغالب منه^(٢) الهلاك - فلا ضمان عليه ، لأنه
مأمور بحفظها ، وحفظها في إخراجها إذاً فلا تفريط ، وهل
يتعين الإخراج بحيث إذا تركه ضمن ؟ لا يخلو من ثلاثة أحوال
(أحدها) أن يعين له الحرز ولا ينهيه عن الإخراج كصورة
الكتاب ، فهنا يتعين عليه الإخراج والحال ما تقدم ، بحيث لو
تركه ضمن ، وإن تلفت بغير ذلك الحادث ، لأنه يعد إذاً
مفرطاً ، فيضمن لتفريطه . (الثانية) : عين له الحرز ، وقال
له : لا تخرجها وإن خفت عليها . فأخرجها والحال ما تقدم ،
أو تركها ، فلا شيء عليه ، لأنه إن أخرجها فقد زاده خيراً
بحفظها ، إذ المقصود من هذا الكلام المبالغة في حفظها ،
وإن تركها فلا شيء عليه ، لأن ربها صرح له بتركها مع
الخوف ، فكأنه رضي بإتلافها ، (الثالثة) عين له الحرز ،
ونهاه عن الإخراج ، ولم يقل : وإن خفت عليها . فيجوز له
الإخراج مع الخوف بلا ريب ، وهل يضمن إذ ترك ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا ضمان عليه ، لامتناله أمر صاحبها (الثاني) -

(١) في المتن : وإذا أمره . وفي المغني : في منزل . وفي (م د) : من المنزل . وفي (خ) : سيل أو
نار . وفي المغني : الغالب منه البوار . واعتمدها طابع المتن ، وليس في (خ) لفظة : عليه .
(٢) في (م) : أخرجها عن المحل ... مما الغالب فيه .

وهو مقتضى ما جزم به صاحب التلخيص ، وأورده في الكافي مذهباً - عليه الضمان ، لأن النهي للإحتياط عليها ، والإحتياط إذاً نقلها ، فإذا تركها فقد فرط فيضمن -^(١) انتهى .

ومفهوم كلام الخرقى أنه متى أخرجها بلا خوف عليها ، مع تعيين المالك الحرز لها ضمنها ، ولا نزاع في ذلك إن أخرجها لحرز دون الذي عينه مالكةا ، وفيما إذا أخرجها لمثله^(٢) أو أعلى منه ثلاثة أوجه (أحدها) يضمن مطلقاً ، كما هو ظاهر كلام الخرقى ، وظاهر كلام أحمد أيضاً ، قال في رواية حرب وغيره : إذا خالف في الوديعة فهو ضامن ، وذلك لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة ، أشبه ما لو نهاه ، (والثاني) لا يضمن مطلقاً ، قاله القاضي ، وابن عقيل ، لأن مثل الشيء يساوي ذلك الشيء ، فيعطي حكمه ، (والثالث) إن نقلها إلى أعلى^(٣) لم يضمن ، لأنه زاده خيراً ، وإن نقلها إلى المساوي ضمن ، لعدم الفائدة في ذلك ، قال في التلخيص : وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل ، وبين تلفها بغيره ، وعندى أنه

(١) في (م) : فكانه رضى بالإتلاف ... فيجوز الإخراج ... لا ضمان لامتناله ... فقد فرط إذا انتهى . وعلق في (خ) على قوله (وإن تلفت بغير ذلك الحادث) : في ضمانه لها بتلفها بغير ذلك الحادث نظر ، لكن المصنف تابع فيه المعنى ، والأظهر أنه لا يضمن إلا إن تلفت بالحادث المخوف ، أما بعد زواله إذا تلفت بغيره فالظاهر أنه لا يضمنها ، لأنها في حرز عينه المالك لا خوف عليه اهـ . وعلق أيضاً على قوله (فلا شيء عليه) : وفي الفروع (٤/ ٤٧٩) وقيل : إن واقفه أو خالفه ضمن ، كإخراجها لغير خوف ، وإن ترك علف الدابة ضمن ، وقيل : لا ، كلا تلفها ، وإن حرم اهـ وعبرة الكافي ٣٧٥/ ٢ : فإن تركها فتلفت ضمنها ، لأنه فرط في تركها ويحتمل أن لا يضمن الخ .

(٢) في (خ) : إذا أخرجها لمالكة . وفي (م) : إذا أخرجها لمثله .

(٣) في (د) : كما هو كلام الخرقى . وفي (م) : مثل الشيء يساوي الشيء . وفي (خ) : إن نقلها إلى الأعلى .

إذا حصل التلف بسبب النقل - كانهدام البيت المنقول إليه -
ضمن .

(تنبيه) « الغشيان » مصدر : غشي الشيء غشيانا . نزل
به ، « والتوى » مقصورا الهلاك .^(١)

قال : وإذا أودعه شيئا ، ثم سألته دفعه إليه في وقت أمكنه
ذلك ، فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن .^(٢)

ش : إذا أودعه شيئا ثم سألته دفعه إليه لزمه ذلك ، لأمر الله
سبحانه ورسوله ﷺ بذلك ،^(٣) فإن لم يفعل حتى تلف مع
إمكان الرد ضمن ، لمخالفة الأمر ، وانتفاء عذر المودع في
الإمتثال ، فأشبهه الغاصب ، أما إن لم يمكن ردها بعدها ، أو
لمخافة في طريقها ، ونحو ذلك فلا ضمان عليه ، لأنه لا
يتوجه الأمر إليه والحال هذه ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ،
وإذا لم يتوجه^(٤) الأمر إليه فلا ضمان ، لانتهاء تعديده ، أما إن
أخر لحاجة له مع إمكان الرد - كما إذا كان في الحمام ، أو
على طعام فأخر إلى الفراغ - فظاهر كلام الخرقى وجوب
الضمان ، وصرح به في التلخيص ، إناطة للحكم بإمكان
الرد ، وفي لحوق المأثم له والحال هذه وجهان ، وظاهر كلام
أبي محمد في المغني انتفاء الضمان ، لأنه قال : إذا قال :^(٥)

(١) في (د) : غشيان فنزل به ، والتوى مقصوده الخ واللفظتان وردتا في كلام الخرقى السابق .

(٢) في (د) : سألته الدفع إليه . وفي (م) : سألته الدفع في وقت .

(٣) أي أمر الله تعالى بقوله ﴿ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ مَنْ يَمْلِكُ أَنْ يُبَادِلَهُمْ أَمْثَلَهُمْ مِنْكُمْ فَاغْلِبُوا بِهِمْ ﴾ ، وأمر رسوله ﷺ بقوله
« أد الأمانة إلى من ائتمنك » وقد سبق أول الباب .

(٤) سقط من (م) : فإن لم يفعل ... في الإمتثال . وفي (د) : المودع في الإمساك ... أو مخافة
في طريقها ... لأنه لا ينفعه الأمر إليه والحال هذه ، والإلزام لم يتوجه .

(٥) في (م) : في حمام ، أو على طعام إلى الفراغ ، فظاهر كلام الخرقى الضمان ... انتفاء

أمهلوني حتى أقضي صلاتي ، أو آكل فإني جائع ، أو أنام فإني ناعس ، أو ينهضم الطعام عني فإني ممتليء . أمهل بقدر ذلك والله أعلم .

قال : وإذا مات^(١) وعنده ودیعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها .

ش : إذا مات إنسان وقد ثبت أن عنده ودیعة ، بإقراره أو ببينة ، ولم تتميز من ماله ، فصاحبها غريم بها ، لأنه قد ثبت بإقراره أو بالبينة استحقاق ردها ، وقد تعذر ، فيجب بدلها ، وإذا وجب بدلها كان غريماً بها ، كسائر الحقوق ، أما إن ثبت أنه كان عنده ودیعة في حياته ، ثم مات ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ولا تلفها ، فوجهان (أحدهما) - وقال في المغني : إنه المذهب - وجوب الضمان ، [اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله ، (والثاني) لا ضمان ، نظراً إلى أن الأصل عدم إتلافها والتعدي فيها ، فينتفي الضمان] ولا فرق فيما تقدم بين أن يوجد جنس الودیعة ، في ماله أو لم يوجد ، قاله أبو محمد ، وقال في التلخيص : إذا أوصى وأجمل ولم يعرف ضمن نص عليه ، وإن ذكر جنسها بأن قال : عندي ودیعة عمامة ، أو سراويل ، أو نحو ذلك ، ولم يوجد ذلك في تركته^(٢) فلا ضمان ، لاحتمال التلف قبل الموت ، والله أعلم .

الضمان ، لأنه إذا قال . وقوله : وصرح به في التلخيص . نقله في الفروع ٤ / ٤٩٠ عن الترغيب ، وفي الإنصاف ٦ / ٣٥٢ عن الترغيب والتلخيص معاً ، وانظر كلام أبي محمد المذكور في المغني ٦ / ٣٩٢ بلفظه وانظر الوجهين المذكورين في المغني ٦ / ٣٩٣ .

(١) في المتن : ولو مات .

(٢) في (خ) : أو ببينة لم تتميز . وفي (م) : أما إن أثبت أنه . ونحو ذلك ، ولا يوجد ذلك . وعلق في (خ) على قوله (بإقراره أو ببينة) : هذه الصورة أن يثبت أنه مات وعنده ودیعة ، والثانية يثبت أنه كان عنده ودیعة في حياته ، لا حين موته اهـ .

قال : ولو طالبه بالوديعة فقال : ما أودعنتي . ثم قال : ضاعت من حرز . كان ضامنا ، لأنه خرج من حال الأمانة .^(١)

ش : إذا طالبه بالوديعة فأنكر أصل الإيداع ، بأن قال : ما أودعنتي . فثبت الإيداع ببينة أو إقرار ، فادعى ما يسقط وجوب الضمان عنه - من ضياعها ، أو تلفها ، أو ردها - لم يسمع منه ، ووجوب عليه الضمان ، وإن أتى ببينة ، لأنه إن ادعى ذلك قبل الجحود ، فهو بدعواه الأولى مكذب لدعواه الثانية أو لبينته ، فينتفيان ، وقيل : يسمع منه ذلك بالبينة ، وإن ادعى ذلك بعد الجحود ، فقد خرج عن حال الأمانة ، فصارت يده يدا ضامنة لا يد أمانة ، فثبت التلف أو الضياع لا ينفي عنه الضمان ، نعم إن ادعى الرد بعد الجحود سمع منه كالغاصب ، فثبت بالبينة ،^(٢) ويحلف خصمه مع عدمها ، والله أعلم .

قال : ولو قال : مالك عندي شيء . ثم قال : ضاعت من حرز . كان القول قوله ولا ضمان عليه .
ش : أي ولو طالبه^(٣) بالوديعة ، فلم ينكر أصل الإيداع ، وإنما قال : ما لك عندي شيء . ثم ثبت أنه أودعه ، فادعى الضياع ، أو التلف ، ونحو ذلك سمع منه ، لعدم تنافي دعواه الأولى والثانية ، إذ مع الضياع أو التلف ليس له عنده شيء ،

(١) سقط هذا المتن من (د) : وفي المعنى : وإذا طالبه .

(٢) في (خ د) : ما يسقط وجوب الرد . وفي (د) : لأنه ادعى ذلك قبل ... فقد خرج من حال . وفي (م) : فصارت يده ضامنة ... فثبتت بالبينة . وفي (خ) : يده يدا ضامنة منه . وعلق في (خ) على قوله (يسمع منه ذلك بالبينة) : وهو قوي لثبوت التلف قبل زوال أمانته اهـ . وعلى قوله (فصارت يده يدا ضامنة) : أي لمنعه الوديعة عن ردها بعد طلبها اهـ .

(٣) في (م) : ش فلو طالبه . وفي (د) : أي لو طالبه .

فهو صادق في قوله ، فأمانته باقية ، ودعواه مقبولة ، ولا فرق بين قبل الجحود وبعده ، على ظاهر إطلاق جماعة ، وقال القاضي في المجرد : وقد قيل : إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود فعليه الضمان ، لأنه قد كذبها بالجحود ،^(١) وإن شهدت بالتلف قبل الجحود سمعت ولا ضمان عليه ، والله أعلم .

قال : ولو كانت في يده وديعة فادعاهها نفسان ، فقال : أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا ، أقرع بينهما ، فمن تقع له القرعة حلف أنها له وأعطى .^(٢)

ش : إذا كانت في يده وديعة فادعاهها نفسان ، كل واحد منهما يدعي أنه الذي أودعها ولا بينة ، فلا يخلو من خمسة أحوال (أحدها) أن يقر بها لأحدهما دون الآخر ، فهي له مع يمينه ، لأن اليد كانت للمودع ، وقد نقلها إلى المدعي ، فصارت اليد له ، ومن اليد له القول قوله مع يمينه ، وعلى المدعي اليمين للمدعي الآخر ، لأنه منكر لما ادعاه عليه ، فإن حلف بريء وإن نكل قضي عليه^(٣) بغرمها ، (الثاني) أن

(١) في (د) : الضياع والتلف . وفي (م) : وأمانته باقية ... قبل الجحود أو بعده . وفي هامش (خ) على قوله (قبل الجحود وبعده) : أي بين كون الشهادة بأن التلف كان قبل جحوده أو بعده ، والمراد بالجحود هنا قوله : ما لك عندي شيء . وجزم في المغني بقول القاضي ، ولم يحك فيه خلافا ، وهو الصواب قطعاً اهـ . وعلق على قوله (بعد الجحود) : أي بأنها تلفت بعد قوله : ما لك عندي شيء . اهـ . وعلى قوله (قد كذبها) : الأولى أن يقال : لأنه قد تبين كذبه وخيائنه في قوله : ما لك عندي شيء . فتصير يده يد ضمان . اهـ .

(٢) في (خ) : ولو كانت عنده وديعة . وفي المغني : فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه .

(٣) في (م) : نقلها إلى المودع فصارت إليه له . وفي (د) : وعلى المودع اليمين . وفي (خ) : وفي (م) : اليمين للمدعي ، لأنه منكر . وفي (م د) : وإن نكل عليه . وفي هامش (خ) على قوله (مع يمينه) :

يقر بها لهما ، فهي بينهما يقتسمانها ، مع تحالفهما ، كما لو كانت بأيديهما وتداعياها ، وعليه اليمين لكل واحد منهما في نصفها ، فإن نكل لزمه عوضها يقتسمانه أيضا ، (الثالث) أن يقر بها لواحد منهما غير معين ، وهذه مسألة الخرقى ، فإن صدقاه في عدم العلم فلا يمين عليه ، ويقرّع بينهما ، لتساويهما في الحق ، أشبه العبدین إذا أعتقهما في مرضه ، وإن أكذباه^(١) أو أحدهما ، لزمه يمين واحدة بأنه لا يعلم عين صاحبها ، لأن المدعي يدعي عليه العلم بعين صاحبها ، وهو ينكره ، فإن حلف أقرع بينهما كما تقدم ، وإن نكل لزمه غرمها ، قال في التلخيص : ثم إن اتفقا على أن العين وقيمتها يشتركان فيها فلا كلام ،^(٢) وإن تشاحاها أقرع بينهما ،

فعلى هذا إن نكل المقر والمقر له عن اليمين حصل للمدعي الآخر العين وعوضها ، هذا مقتضى كلامهم ، وفيه بعد ، فالأولى أن يحلف المقر له أولا ، فإن نكل تبين أن العين للآخر ، وإن حلف طلبت اليمين من المقر ، فإن حلف بريء ، وإن نكل لزمه عوض العين ، وحاصله أنه لا يقضى بعوض العين ، ولا بما يقتضيه من اليمين إلا بعد قطع علقته من العين اهـ .

(١) في (خ) : الثالث يقر . وفي (م) : وهي مسألة الخرقى ... وإن أكذابه . وفي (خ) : فإن صدقاه في عدم اليمين . وعلق عليها : كذا في النسخ ، ولعله في عدم التمييز اهـ . وفي (خ) : أن يقر بها لهما يقتسمانها . وفي (د) : في مرضه أو أكذابه . وفي هامش (خ) على قوله (يقتسمانه أيضا) : وإن حلف لأحدهما ونكل عن اليمين للآخر ، فالظاهر أنه يلزمه نصف عوضها ، يستحقه الذي نكل عن يمينه ، وصفة يمينه لكل واحد أن يقول : والله لا يستحق إلا نصفها ، أو ما أودعني إلا نصفها اهـ . وعلق على قوله (ويقرع بينهما) : فمن قرع منهما حلف أنها له وأعطيتها كما قال الخرقى اهـ . وعلق على قوله (أو أحدهما) : ولو قيل : إذا أكذابه أو أحدهما أقرع بينهما ، فمن قرع حلف وأخذها ، وعليه اليمين للآخر أنه لا يعلم أنه هو الذي أودعها ، وإن نكل غرمه له توجه ذلك اهـ .

(٢) في (م د) : لأن المدعي عليه العلم . وفي (م) : ثم إن اتفقا على العين وقيمتها فلا كلام . وفي (د) : يشتركان فيهما . وعلق في (خ) على قوله (لزمه يمين واحدة) : لأنه لا ينكر إلا أحدهما غير معين ، وذلك الواحد هو مستحق اليمين ، فإذا حلف يميناً واحدة فقد بريء لصاحب الحق منهما ، فلا يجب عليه يمين أخرى ، لكن ينبغي اليمين لهما بحضرتهما اهـ . وعلق على قوله (وهو ينكره) : قد يقال : بل كل منهما يدعي أنه يعلم أنه صاحبها دون صاحبه ، ومقتضى ذلك لزوم يمينين ، وإذا

فدفعت العين للقارع ، ومقتضى كلام أبي البركات أنه مع نكوله يقرع بينهما ، فيأخذ القارع العين ، ويطلب الآخر البذل ، (الرابع) جحدهما فالقول قوله ، لأن اليد له ، وعليه لكل واحد يمين ، فإن نكل لزمه لهما العين وعوضها ، يقرعان عليهما ، قال أبو البركات : ويحتمل أن يقتسماهما (الخامس) أقر بها لغيرهما ، وله تقاسيم^(١) ليس هذا موضعها ، والله أعلم .

قال : ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله^(٢) فضاء الكل ، لزمه مقدار ما أخذ .

قيل : إن الإنكار إنما هو لواحد منهما لم يلزمه غير يمين واحدة ، لكن كون ذلك الواحد غير معين يقتضي تعدد اليمين بتعدد المدعي ، ليرأى من اليمين الواجبة عليه يمين ، فإن مستحقها غير معين ، وكل واحد يدعي أنها حقه بمقتضى دعواه ، فلا يبرأ إلا بيمين لكل واحد منهما اهـ .

(١) في (م) : الرابع جحدها ... الخامس أقربها لغيرها . وفي (د) : يقرعان عليها . وعلق في (ح) على قوله (للقارع) : أي مع يمينه . اهـ وعلى قوله (أن يقتسماهما) : لتساويهما فيهما ، وعدم اختصاص أحدهما بمزية ، أشبه تداعيهما عينا بأيديهما ، وعلى هذا الأصل فالظاهر أنه لا بد من تحالفهما كالأصل الثاني اهـ وعلق على قوله (وله تقاسيم) : وذلك لأنه إما أن يقر بها لصبي أو مجنون أو غائب ، أو لحاضر مكلف ، أو لمجهول ، فإن أقر بها لصبي أو مجنون أو غائب أقرت في يده ، وأحلفه الحاكم أنهما لا يستحقان تسليمها إليهما ، فإن نكل لزمه لكل واحد منهما عوض كامل ، إلا أن يقيم بينة فلا يحلف ، وإن أقر بها لحاضر مكلف فصدقه فهو كأحد المتداعيين على ثالث ، إذا أقر له الثالث على ما سبق ، من أنها تكون له ، مع يمينه لكل من المدعين الأولين ، وعلى المدعي عليه لكل منهما يمين أيضاً ، فإن حلف بريء ، وإن نكل لزمه عوض العين لكل منهما ، أو لمن نكل عن الحلف له ، إن حلف لأحدهما ، ونكل عن يمين الآخر ، وإن قال المقر له : ليست لي ، ولا أعلم لمن هي له ، أو قال ذلك رب اليد ابتداء ، أعطبها المدعي الواحد ، والاثنان يقرعان عليها ، وقيل لا يعطى بغير بينة ، بل يجعل عند أمين الحاكم وقيل : تقر في يد رب اليد ، وعلى هذين الوجهين يحلف للمدعي ، فإن عاد فادعاه لنفسه أو لثالث سمع على الثالث دون الأولين ، وإن أقر بها لمجهول قيل له عرفها ، وإلا جعلت ناكلاً عن الجواب ، فإن عاد فادعاه لنفسه فهل تسمع ؟ على وجهين اهـ وانظر باب الوديعة في المحرر ١ / ٣٦٣ وليس فيه ادعاء اثنين للوديعة وتقسيم الحال المذكور .

(٢) في المتن : ولو أودع شيئاً . وفي (م) : ومن ادعى شيئاً . وليس فيها : أو مثله .

ش : إذا أودع إنسان إنسانا شيئا ، فأخذ بعضه ثم رده ، فضاء الجميع أو تلف ، لزمه مقدار ما أخذ فقط ، لأنه القدر الذي تعدى فيه ، هذا هو المشهور من الروایتين ، حتى أن القاضي في تعليقه ، وأبا البركات ، وأبا محمد في الكافي والمغني ، لم يذكروا غيرها (والرواية الثانية) يضمن الجميع ، حكاها صاحب التلخيص وغيره ، لأنها وديعة ، قد تعدى^(١) فيها فضمنها ، كما لو أخذ الجميع انتهى .

وإن لم يرد ما أخذ بل رد بدله ، فللأصحاب في ذلك طرق (إحداها) أنه لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ ، سواء كان البدل متميزا أو غير متميز ، وهذا مقتضى كلام الخرقى^(٢) ، وبه قطع القاضي في التعليق ، وذكر نص أحمد على ذلك من رواية الجماعة ، وحكي عنه من رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمن الجميع ، وأنه قال : إنه قول سوء . وذلك لأن الضمان منوط بالتعدي ، والتعدي إنما حصل في المأخوذ ، فيختص الضمان به ، (الطريقة الثانية) أنه إن تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط ، وإن لم يتميز^(٣) فعلى روايتين ، وهذه طريقة أبي محمد في المغني والكافي ، وأبي البركات ، (الطريقة الثالثة) أن المسألة على روايتين فيهما ، وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية ، (الطريقة الرابعة) أنه إن تميز البدل فعلى روايتين ،

(١) في (م) : لأنها وديعة تعدى . والمسألة المذكورة في المحرر ١ / ٣٦٤ والكافي ٢ / ٣٧٩ والمغني ٦ / ٤٠٠ .

(٢) في (م) : وهو مقتضى . وفي (م د) : مقتضى قول الخرقى .

(٣) نقل في الإنصاف ٦ / ٣٣٣ هذه الطرق وذكرها بلفظ المذكور ، ففيه : الطريق الثاني الطريق الثالث . الخ وفي (م) : وذلك أن الضمان ... ما أخذ فقط وإن يتميز . وفي (خ) : قدر ما أخذ وإن لم يتميز .

وإن لم يتميز ضمن الجميع رواية واحدة ، قالها صاحب التلخيص ، ويقرب من هذه الطريقة قول أبي محمد في المقنع ، وكلام القاضي على ما حكى عنه أبو محمد في المغني ومبنى هذه الطريقة على أن المردود باق على ملكه ، فقد خلط ملكه بالوديعة ، فيجري فيه ما تقدم ، وقد فرق أبو محمد بأن المردود^(١) يجب رده مع الوديعة ، فلم يفوت على نفسه إمكان الرد ، بخلاف ثم ، فإنه فوت على نفسه ، إمكان رد الوديعة ، وقد يقال : مسلم أنه يجب عليه الرد ، لكن لا يجب عليه رد هذا المخلوط بعينه ، فهو باق على ملكه ، فإذا خلطه بالوديعة ولم يتميز فقد فوت على نفسه إمكان رد باقيها ، وبالجمله هذه الطريقة وإن كانت حسنة لكنها مخالفة لنصوص أحمد^(٢) ، وقد يقال : إن نصوصه هنا مقوية لرواية البغوي ثم .

واعلم أن شرط هذه المسألة عند أبي محمد ، وأبي البركات ، أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ولا مشدودة ،

(١) في (د) : الرابعة إن تميز . وفي (د) والإنصاف ، قاله صاحب التلخيص . وفي (د م) : كلام أبي محمد في المقنع . وفي (د) : ما حكاه عنه أبو محمد . وفي (م) : باق على ملكه بالوديعة ، فيجري فيه ، وقد فرق . وفي (د) أخر قوله : باق على ملكه بأن المردود . بعد قوله : مع الوديعة . وفي هامش (خ) على قوله (ما تقدم) : أي في المسألة المذكورة أول الباب ، وهي ما إذا خلطها بماله وهي لا تتميز اهـ ونص كلام أبي الخطاب في الهداية ١/ ١٨٨ : فإن أخذ بعضها فأنفقها ورد بدله ضمن الكل في إحدى الروايتين ، وفي الأخرى بضمن مقدار ما أخذ الخ وانظر كلام أبي محمد في المقنع ٢/ ٢٨١ والمغني ٦/ ٤٠٠ .

(٢) تكرر بعض الجمل في (د) ها هنا ، وحصل تقديم وتأخير ، وفي (خ) : لكن مخالفة لنص أحمد . وفي الهامش : في نسخة لكنها مخالفة . اهـ وعلق على قوله (بخلاف ثم) : الإشارة بتم إلى المسألة المذكورة أول الباب ، وهي ما إذا خلطها بماله وهي لا تتميز . اهـ ، وعلق على قوله (المخلوط بعينه) : قد يقال : بل يجب عليه رده بعينه إذا اختار ذلك ، بدليل أنه لو دفعه إلى المالك لزمه قبوله ، لأنه مثل ما أئلف من وديعته ، بخلاف ما لو خلطها بماله وهي لا تتميز ، فإنه لو دفع إليه الوديعة مع ما خلطه بها لم يلزمه قبوله . اهـ .

أما إن كانت مختومة أو مشدودة فحلّ الشد ، أو فك الختم ، فإنه يضمن الجميع بلا نزاع ، لهتك الحرز ، وهذا الصحيح عند القاضي ، وقال : إنه قياس قول الأصحاب فيما إذا فتح قفصا عن طائر فطار . ولم يذكر عن أحمد بذلك نصا ،^(١) ونقل مهنا عن أحمد ما يقتضي أنه لا يضمن إلا ما أخذ ، فقال - في رجل استودع رجلا عشرة دنانير في صرة فأخذ منها المستودع دينارا فأنفذه ،^(٢) ثم رد مكانه دينارا ، فضاعت العشرة - يغرم الدينار ، وليس عليه التسعة ، وفي التلخيص أيضا أن البغوي روى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وينبني على ذلك لو خرق الكيس ، فإن كان من فوق الشد لم يضمن إلا أورش الخرق^(٣) فقط ، وإن كان من تحت الشد ضمن الجميع ، على المشهور عند الأصحاب .

وقوة كلام الخرقى تقتضي أنه لا يضمن بمجرد نية التعدي ، وهو المذهب المجزوم به ، لرفع المؤاخذة^(٤) عن ذلك ما لم يتكلم أو يعمل ، ولهذا لو أخرجها إلى السوق بنية الإنفاق ثم ردها ، ضمنها على أصح الوجهين ، لوجود العمل ، قال القاضي : وقد قيل : إنه يضمن بالنية ، لاقرانها بالإمساك ، وهو فعل ، وقد ينبني هذا الوجه على أن الذي لا يؤخذ به هو الهم ، أما العزم فيؤخذ به على أحد القولين ، والله أعلم .

(١) في (خ د) : وفك الختم . وفي (م) : فلم يذكر . وفي (م د) : بذلك نصا عن أحمد .
(٢) في (م د) : فقال رجل استودع . وفي (خ) : دنانير فأخذ . وفي (م) : دينارا فأنفقه .
(٣) في (د) : فوق الشد لا يضمن . وفي (م د) : إلا الخرق .
(٤) في (خ) : تقتضي أنه يضمن . وفي (د) : لدفع المؤاخذة .