

كتاب الوديعة

قال: (الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس على المستعير غير

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تملك شيء، وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى، كذا في الشروح. ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً. قال عليه الصلاة والسلام «الأمانة تجزّ الغنى، والخيانة تجزّ الفقر»^(١) وفي المثل: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك. ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ليتهنّين أقوام عن ودعهم الجمعات»^(٢) أي عن تركهم ليأها. قال شمر: زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع، والنبي ﷺ أفصح العرب، وقد رويت عنه هذه الكلمة، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، كذا في المغرب وبعض الشروح. قال صاحب العناية: وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى. أقول: فيه سماجة ظاهرة، إذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك، وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تملك بشيء. وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تملك العين بلا عوض، وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم. ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع لذنه وماله في إعانة عباد الله تعالى واستيجابه الأجر والثناء على ذلك. وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مراراً. ومشروعيتها بقوله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها» بإطلاقه. وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين. وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال. وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً، فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامناً، لأن هذا قبول للوديعة عرفاً. وشرطها: كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصور، فإيداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح. وحكمها: كون المال أمانة عنده. قال: (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا

كتاب الوديعة

قوله: (قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالمقد) أقول: مخالف لما تقدم في الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه قوله: (والأمانة أعم من ذلك، إلى قوله: جاز حمل الأهم على الأخص) أقول: فيه أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين.

(١) ضعيف، أخرجه الديلمي ٤١٥ من حديث جابر ومن حديث علي أخرجه القضاعي في الشهاب: ٣٢ - ٦٤. وقيل علي فيه ابن لهيعة والرووي عنه ليس من المبادلة، فهو ضعيف، وحديث جابر فيه ضعف أيضاً.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٥، والنسائي ٨٨/٣ وابن حبان ٢٧٨٦ وأحمد ٢٢٩/١، ٣٥٤، ٨٤/٢ كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس، وتقدم في كتاب الجمعة

المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان^(١) ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمنه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم. قال: (وللمودع أن يحفظها بنفسه ويمن في عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ

الترك. وقال جماعة من الشراح: الوديعه في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال. أقول: الظاهر أن الوديعه في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ المال، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع، وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالاً أو غير مال. يقال أودعت زيدا مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنما مودع ومستودع بكسر الدال فيهما، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما، والمال مودع ووديعه. وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى. حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعه، وقالوا: والمال مودع ووديعه. وأقول: فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء، لأن محصول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الأول المال وغيره، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصاحح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الأول أيضاً بالمال، لأن المذكور فيها عند بيان معناه، يقال أودعته مالاً: أي دفعته إليه ليكون وديعه عنده، فلو لم يكن لها اختصاص بالمال في اللغة أيضاً لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه، بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيئاً أو دفعته إليه ليكون وديعه عنده، والعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قالوا: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالاً أو غير مال قالوا أيضاً: يقال أودعت زيدا مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده، وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم، بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفاً فكان اللائق بهما جداً ترك ذلك قوله: (الوديعه أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية: فإن قيل: الوديعه والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جَوَزَ بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبراً إلا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعه بالأمانة. قلنا: جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص، فإن الوديعه خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعه هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر

هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص، والوديعه أمانة في يد المودع (إذا هلك لم يضمنها لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان») والغلول والإغلال: الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام. قيل فيه نظر، لأنه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع. وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ (ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، فلو ضمن المودع امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال: (وللمودع أن يحفظها بنفسه ويمن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعه لم يضمن لكن بشرط أن لا يعمل بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن، وهذا إذا لم ينه عن الدفع إليهم (لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو إنما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعه، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط، فإنه روي عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعه إلى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمانته ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لأنه لما كان موثقاً به في ماله كان في الوديعه كذلك قوله: (ولأنه) دليل آخر على ذلك، وهو أنه: أي المودع (لا يجبد بدأ من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصحاب الوديعه عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضياً به، فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك بيتاً فيه الوديعه وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها

(١) تقدم تخريجه في آخر باب الاستثناء، وما معناه.

مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا

غيره، والحكم في الودعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف. هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردي إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الكفاية: وقال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله: الفرق بين الودعة والأمانة بالعموم والخصوص، فالودعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالودعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، والحكم في الودعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة، إلى هنا كلامه. أقول: يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الودعة والأمانة تباين لا عموم وخصوص، فإنه قد اعتبر في الأولى القصد وفي الأخرى عدم القصد، وهما لا يجتمعان في مادة أصلاً، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وحكم الأخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص، بل يتعين التباين، وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب. وقال صاحب العناية هاهنا: قد ذكرنا أن الودعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص اهـ كلامه. ورّد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه: إن الأمانة مباین للودعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالودعة ما يترك عند الأمين اهـ. أقول: قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الودعة بهذا المعنى مبایناً للأمانة مع كلام آخر، وهو أنه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الودعة أمانة في يد المودع، إذ التسليط على الحفظ أمر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع، ولكن دفعتهما معاً بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الودعة من قبيل الإسناد المجازي، فلا ينافي هذا أن تكون الودعة في الحقيقة ما يترك عند الأمين فيندفع المحذوران المزبوران معاً. ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيداً عن ظاهر اللفظ إلا أنه لا بد من المصير إليه تصحيحاً لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام، فإن ذنبك المحذوران يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم؛ ألا ترى أنه قال في النهاية والكفاية: فالودعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد، وقال في غاية البيان: لأن الودعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ. بقي هاهنا شيء، وهو أن ما ذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أعم من الودعة بناء على اعتبار القصد في الودعة دون الأمانة مخالف لما صرحوا به في أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الودعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فإنها ودعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوباً في دار إنسان. وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الودعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الودعة كما يرشد إليه قوله هناك، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف، وقد نبهت عليه هناك فتدبر. ثم إن

غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن)، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره (و) الحال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك إيداع الودعة أيضاً، وخطؤه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الإيداع، لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ قوله: (ولأن الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فإن لهم ولاية فعل ما فعل بهم، والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره هاهنا

استصحب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به (فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع في حرز غيره إيداع، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه. قال: (إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقياها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك، ولا يصدق على ذلك إلا بينة لأنه يدعي ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع. قال: (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعذ بالمنع، وهذا لأنه

صاحب النهاية بعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردي. كما مر قال: والأولى من الجواب فيه أن يقال: لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده: أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها، وأراد بالوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مبتدأ وخبراً هـ. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج إلى ذكر قوله إذا هلك لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع إذا هلك لم تضمن لكون الثاني مستدركاً. ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه، لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك، وليت شعري أي علم هذا من أقسام الأعلام هـ كلامه. أقول: دفع هذا سهل، لأن لفظ الأمانة إن كان علماً لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس، كإسامة فإنه علم لجنس الأسد، وسبحان فإنه علم لجنس التسبيح إلى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحو وبيّنوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد، فمن أتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الأمر فيما نحن فيه قوله: (ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به) أقول: فيه شيء، وهو أن قوله فكان المالك راضياً به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة إلى عياله رضا المالك به، وذلك يقتضي عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب. فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله، فالأولى أن يترك فكان المالك راضياً به ويقال بدله، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي قوله: (فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة) أقول: فيه أيضاً شيء وهو أن ظاهر هذا

إجمالاً، وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التملك (والوضع في حرز الغير إيداع) كالتسليم إليه فيوجب الضمان (إلا إذا استأجره فيكون حافظاً بحرز نفسه) قوله: (إلا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن، فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقاً للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان، لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلا بد من إقامة البينة.

وقال في المنتقى: إذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة. قال: (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متعذ إذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع إذا طلبه لم يرض به ذلك بإمساهة وقد حبسه فصار ضامناً، والخلط النافي للتمييز تعذ فيوجب

قوله: (لأن الإيداع استحقاق لا حفظ) أقول: فيه تأمل.

لما طالبه لم يكن راضياً بإمسأكه بعده فيضمنه بحبسه عنه. قال: (وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالوا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع، ونظيره خلط الدراهم بمثلها

التعليل يقتضي أن يضمن أيضاً إذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال: لأن المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسألة، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي حيث قال: لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضا بيدهم رضا بيد غيرهم قوله: (ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اهـ. أقول: هذا ساقط، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعاً، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً، فإنما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازاها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لثلاثين المعلول علة، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة، ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل قوله: (وللمودع أن يسافر بالودعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: قالوا إذا كان الطريق

الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة. وقالوا: إن خلط الجنس شركه إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعذر الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله: (وأمكنه معنى) غير صحيح لأنه بالقسمة وهي من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لثلاثين المعلول علة (ولو أبرأ) المالك (الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط. وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الإبراء إليه فتبقى الشركة في المخلوط وإن خلط المائع بغير الجنس كـ (خلط الحل) بالحاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذمبهما كمذهب أبي حنيفة (بوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة

قال المصنف: (ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول: فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة قوله: (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول: هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ.

إذابة لأنه يصير مائعاً بالإذابة. قال: (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما إذا انشق الكيسان فاختلطاً لأنه لا يضمّنهما لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق. قال: (فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطها بالباقي ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم. قال: (وإذا تعدّى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردّها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ولنا أن الأمر باق لإطلاقه، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد، كما إذا

آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمّن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله هـ. أقول: هذا تحرير مختل وحل فاسد، لأنه إن كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً، إذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمناً فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب إذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح، وكان قوله فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً لحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة، وكان قوله وإذا كان آمناً وله بد من السفر الخ تفصيلاً لحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا إذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك متافياً لذلك قطعاً، وإن أراد بذلك ما هو مفيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينفيه قوله في التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر

بالشمير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وإن خلط المائع بحنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل (اعتباراً للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لصبرورته مائعاً بالإذابة وإن اختلطت بمال المودع من غير فعله، كما لو انشق الكيسان فاختلطاً صاراً شريكين لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فإن هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة (فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خلطاً. لا يقال: فاجعل الردّ قضاء لا خلطاً لعدم تفردّه بالقضاء بغير محضر من صاحبه، ولو لم يردّ ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقي، فإن هذا مما لا يضره التعيب إذ الكلام فيه، وإن أخذ ولم ينفق ثم بدا له فردّه إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه، لأن أخذه لم يناف الحفظ، وبمجرد النية لا يصير ضامناً، كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل. قال: (وإذا تعدّى المودع في الوديعة الخ) وإذا تعدّى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردّها إلى يده زال الضمان. وقال الشافعي رحمه الله: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ولنا أن

قوله: (لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطاً لعدم تفردّه) أقول: قوله لعدم تفردّه جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ قوله: (ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة) أقول: الظاهر أن يقال وهو الخيانة.

استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك. قال: (فإن طلبها صاحبها فبحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمسك غاصب مانع فيضمنها)، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجهود فسخ من جهة المودع كجهود الوكيل الوكالة ووجود أحد المتعاقدين البيع فتمّ الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدتها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزفر لأن الجهود عنده غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته. قال: (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالوا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين لأبي حنيفة رحمه الله

في الكتاب، على أن ما ذكر في الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ. ويدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد: وإذا نهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن، ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة إذا كان الطريق آمناً ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه، وإنما ذكروا ذلك التفصيل في صورة إن كان الطريق مخوفاً أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه: فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال: هذا كله إذا كان الطريق آمناً، أما إذا كان مخوفاً وله بد من السفر ضمن بالاتفاق، وكذا الأب والوصي وإن لم يكن له بد من السفر، إن سافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها في أهله، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان ١ هـ. وتحرير صاحب الكافي ومعراج الدراية حيث قال: هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ في المصر فسافر إن كان سافراً له منه بد ضمن، وإن كان سافراً لا بد منه فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن ١ هـ. وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام قوله: (وفي الجامع الصغير: ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالوا: له ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع

الأمر باق لإطلاقه عن التقيد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد. وعروض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه ردّ للأمر من الأصل كالجهود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الجهود. وأجيب بأننا لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه؛ ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل، بخلاف الجهود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردّاً لقول مثله؛ ألا ترى أن الجهود في أوامر الشرع ردّ لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله: (كما إذا استأجره) تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة، فصار كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم عاد إلى الحفظ في الباقي فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً. واعتراض بأن هذا التنظير غير مستقيم، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف

إطلاق الأمر، والمفاضة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر. قلنا: مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا ييالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم، ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (وإذا نهى المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقيد مفيد إذ الحفظ في المصر

الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون انتهى. أقول: فيه بحث، إذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسألة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون. قوله لأن المذكور فيه الألف وهو موزون ليس بشيء، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون، ولا للموزون الذي هو غير الألف فيفوت المطلوب. وقال في معراج الدراية: قال أبو جعفر في الكشف: في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة، وذلك أن رواية كتاب الوديعة: القاضي لا يأمر المودع بالدفع، وكان يجوز أن يقول قائل: إن كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة. وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول: نصيب الواحد الحاضر من

ما نحن فيه. وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستتجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقياً لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل. وقوله: (فحصل الرد إلى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. ووجهه أن المودع نائب المالك، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً حصل الرد إلى نائب المالك. وقوله: (فإن طلبها صاحبها الخ) ظاهر. وقوله: (ولو جحدتها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان؟ فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمناها عند أبي يوسف) وكذا لو جحدتها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول: ما حال وديعتي عندي؟ فقال ليس لك عندي وديعة (خلافاً لزفر) وإنما ذكر خلافهما فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة، قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك. وجه قول زفر أن الجحد سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة. ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين. قال: (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة قالوا إذا كان الطريق آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله، ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. وقالوا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيداً، وعند محمد قريباً كان أو بعيداً. وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين: أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا. لأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الأمر أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان. فإن قيل: سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفاضة ليس محلاً للحفظ. أجاب بقوله والمفاضة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا: أي ولكون المفاضة محلاً للحفظ يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي، فلو كان التلف مضموناً لما جاز لهما ذلك. قيل مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس

قوله: (لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية) أقول: لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما.

أبلغ فكان صحيحاً. قال: (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع إليه نصيبه). وفي الجامع الصغير: ثلاث استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالوا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه طالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه. ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه طالبه بالمفرز وحقه في المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه طالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضي

الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً فله أخذه، فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى. أقول: في الفائدة الأخرى نظر، لأن جواب المسألة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة، وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة دون قول أبي حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف قوله: (بخلاف

للمودع حتى التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً. وأجيب بأنه توضيح للاستدلال، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية. وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً قياساً على الغبن اليسير في التجارات، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر، فإنه إذا استأجر رجلاً شهراً بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال، وإن سافر ضمن قوله: (قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان، فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالى به. وقوله: (والمعتاد كونهم في المصير) جواب عن قول الشافعي: يعني أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصير (لأحفظهم، فإن من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله إلى الأمصار (بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد، وإذا نهى المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد، إذ الحفظ في المصير أبلغ فكان صحيحاً) قال: (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة البخ) إذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي. وقالوا: يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب، حتى أن الباقي إن هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض. وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الآلف وهو موزون. وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم. قال في الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع، وحكاية الحمامي في المسألة مشهورة: لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا

بأمثالها. قوله له أن يأخذه. قلنا: ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أن يأخذه إذ ظفر به، وليس للمودع أن يدفعه إليه. قال: (وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك الجواب عنه في المرتينين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر. وقالوا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين. لهما أنه رضي بأمانتهم فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم. وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن، وهذا بخلاف ما لا

الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون (لأن الديون تقضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز، كذا في النهاية وغيرها. قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولاً هكذا: وفيه نظر، لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك انتهى. أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأن المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لا يجب له عليه ذلك، إذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه، فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائئه فكان مأموراً به. وبالجمله ليس كل ما يجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه، بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً. ثم قال صاحب العناية: والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن كلام المصنف لا يساعده، لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها، إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لأن المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون، فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون، وهذا مما لا ستره به. وأما ثانياً: فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأموراً بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه، لأنه قال: وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك

لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان في يد المودع بالاتفاق. ولأبي حنيفة لا نسلم أنه طالع بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه، لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل في ذلك، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه: أي حق المديون، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز، وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك. والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل

قوله: (أي حق المديون) أقول: يعني ماله قوله: (وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك) أقول: يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها.

يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال. قال: (وإذا قال صاحب الودعة للمودع لا تسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن. وفي الجامع الصغير: إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الودعة دابة فنهاء عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاء عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط، وإن كان مفيداً فيلغى (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط. قال: (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: له أن يضمن أيهما شاء. فإن ضمن الآخر رجع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمآن فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة. وله أنه قبض المال من يد أمين

بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى. وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحنه من قبل قوله: قوله: (له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسألة كذا وهو الإمامان على ما مر. وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال: والضمير في قوله يرجع إلى القاتل المعهود في الذهب أي قول القاتل نصرة لقولهما كذا انتهى. ولا يخفى ما فيه. وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه أفراد ضمير قوله هاهنا قوله: (قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الإمامين له أن يأخذه. تقريره أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: أي من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: هنا إشكال، وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير، فإن جواب المسألة فيها: فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وهذا دالٌّ على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله. والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضاً

مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة. وقوله: (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه، وتقديره جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: يعني من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه. قوله: (وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالتمكيل والموزون، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق، وكلامه ظاهر. وقال في المبسوط: قول أبي حنيفة أقيس، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ مما يتأنى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل (وإذا قال صاحب الودعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) معناه: إذا لم يكن له من التسليم إليها بد، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال: (إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها

لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارق فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك، وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريخ إذا ألقت في حجره ثوب غيره. قال: (ومن كان في يده ألف فأذعاه رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية. ولو تشاحا أقرع بينهما تطييباً لقلبيهما ونفياً لتهمة الميل، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة، وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء، ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويفرغ ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه، وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر

وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود، بل كان الجواب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضاً، فالجواب المزبور أيضاً إنما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر. واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذلك هو يؤمر بالدفع إليه، ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر، فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع. وقال في شرح الجواب عنه: والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول: لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف

إلى من لا بد له منه لا يضمن، كما إذا كانت الودعة دابة فنهاء عن الدفع إلى غلامه، أو كانت شيئاً يحفظ على أيدي النساء فنهاء عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله: (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً والعمل به ممكناً وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان، وإذا لم يكن مفيداً أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة، أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهل ضمن، وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن

قال المصنف: (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر الخ) أقول: في أوائل كتاب الصلح من المبسوط: المودع إذا وقع الحريق في بيته فنال الودعة جاراً له كان ضامناً في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصاً وأن لا يدفع إلى أجنبي، ثم قال في المبسوط: وفي الاستحسان لا يكون ضامناً لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى. والمسألة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الودعة قال المصنف: (إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً قوله: (لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدهي ألفاً) أقول: لا بل يدعي الألف المعين إلا أن يراد باعتبار المالك، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه».

فيغرمه، فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضي بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني. وذكر الخصاص أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعد

درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه، إلى هنا كلام ذلك الشارح. أقول: فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين، ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جداً تبصر قوله: (وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعاً عند اثنين بكماله، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام، فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصديق بلا كلفة أصلاً. وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ما ذكر في أصل المسألة من قوله فادعاهما رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أودعها إياه، ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكاً لاثنتين بكماله في حالة واحدة، ولا أن يكون مودعاً من اثنين بكماله في حالة واحدة، وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف ممن هي في يده وزال ملكه عنها أيضاً باشتراؤه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه، فكيف يحتمل أن يصدقاً معاً في دعواهما المزبورة قوله: (ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين: لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. أقول: يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعي ألفاً معيناً وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسألة، والنقود تتعين في الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسألة في التبيين، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين. ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال: والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»^(١) انتهى. أقول: ليس هذا بمفيد هاهنا، لأن ما

الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن، لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به. قال: (ومن أودع رجلاً وديعة الفخ) إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير رب المال في تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضممين، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعدياً بالتسليم إلى الثاني، والثاني قد قبض منه، والقابض من الضمين ضممين كمودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضممان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرة كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق، فإذا لم يكن بالدفع ضامناً لم يكن قبض الثاني من ضممين فلم يوجد

قوله: (يقضي بالألف للأول أو للثاني) أقول: في قوله أو للثاني بحث قوله: (لا يفيد إقراره به) أقول: فيلغو ذكر العبد قال المصنف: (قال يبغي أن يحلفه عند محمد إلى قوله: بناء على أن المودع) أقول: قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعل له لقوله قال أو حال من فاعله.

ما صار للأول، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه. قال: ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافاً له وهذه فريضة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم.

يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليف لأحدهما فقط، وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هاهنا، بل يحصل بتحليف لهما معاً، وإنما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه، ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيئاً واحداً مشتركاً بينهما على سبيل الشروع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد. والأظهر في تعليقه أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني (فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالآلف للأول أو للثاني أو لهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والآلف كله للأول، ولو نكل للثاني أيضاً كان الآلف بينهما انتهى. أقول: لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالآلف الثاني بعد نكول ذي اليد الأول والكلام فيه، فالمحتمل هنا وجهان لا غير، والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له، والآلف كله للأول. ولو نكل للثاني أيضاً كان الآلف بينهما، وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالآلف لهما أو لأحدهما، فتوهم الشراح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأول.

تعدّ منهما، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه. وأما الثاني: فمستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه، كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره (وإذا كان في يد رجل آلف فادعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغيير الحقين لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. قوله وإن نكل: أعني الثاني: أي بعد ما حلف الأول. قوله ولا يقضي بالنكول: يعني للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله: (فينكشف وجه القضاء) بأن يقضي بالآلف للأول أو للثاني أو لهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والآلف كله للأول (ولو نكل للثاني أيضاً كان الآلف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله: (لأنه) أي لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبي حنيفة (ويؤاقراره) عندهما (ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام علي البرقي في شرح الجامع الصغير: إنه يحلف للثاني، وإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني، لأن القاضي قدمه إما باختياره أو بالقرعة، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه. وقال أخوه في شرح الجامع الصغير: فإن حلف يقضي بنكوله للأول. وقوله: (لكونه إقراراً) أي لكون النكول إقراراً (دلالة) وقوله: (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه، ولا قيمته لأنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك. وقوله: (بناء) أي قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد خلافاً لأبي يوسف) كما إذا أقر بالوديعة لإنسان. ثم قال: أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل، ويضمن للأخر قيمتها لإقراره أنها للثاني، وأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامناً له قيمتها، وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء، فإن دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافاً لأبي يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئاً، وإنما القوات بالدفع إلى الأول، وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن. ولمحمد أنه سلط القاضي على القضاء بها للأول لإقراره، وقد أقر أنه مودع للثاني، والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامناً، وللمسألة تفرعات ذكرت في المطولات، والله سبحانه وتعالى أعلم.