

كتاب الإيداع

الأصل أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة، إن قبض رأس المال صحت القسمة، وإن لم يقبض بطلت. كذا في محيط السرخسي.

ولو دفع حربي إلى مسلم مال المضاربة ثم دخل المسلم دار الحرب بإذن رب المال فهو على المضاربة. كذا في خزائن المفتين.

إذا دفع المسلم إلى النصراني مالاً مضاربة بالنصف فهو جائز إلا أنه مكروه، فإن اتجر في الخمر والخنزير، فربح جاز على المضاربة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وينبغي للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح. وعندهما: تصرفه في الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة، فإن اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعاً، وإن أرى فاشترى درهمين بدرهم كان البيع فاسداً ولكن لا يصير ضامناً لمال المضاربة والربح بينهما على الشرط.

ولا بأس بأن يأخذ المسلم مال النصراني مضاربة ولا يكره له ذلك، فإن اشترى به خمراً أو خنزيراً أو ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن، فإن ربح في ذلك رد الربح على من أخذ منه إن كان يعرفه، وإن كان لا يعرفه تصدق به، ولا يعطي رب المال النصراني منه شيئاً.

ولو دفع المسلم ماله مضاربة إلى مسلم ونصراني جاز من غير كراهة، كذا في المبسوط من باب شراء المضارب وهبته. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب الإيداع

كان القياس أن يقول «كتاب الوديعة» بدون التاء، لأنه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوي المذكر والمؤنث، تقول رجل جريح وامرأة جريح، وإنما عدل عن القياس لأنه جعل من عدد الأسماء تدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث. نوح أفندي. وأصله أوداع وقعت الواو إثر كسرة قلبت ياء فصار إيداع اه. سري الدين.

واعلم أن الفقهاء يبحثون عن أفعال المكلف، لكن الفقهاء يعنونون بعض الكتب بها كقولهم كتاب النكاح كتاب البيع والهبة، وفي بعضها بما يتعلق بتلك الأفعال ككتاب العارية والمأذون والوجه فيه غير ظاهر. در. منتقى. وحفظ الأمانة يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما، قال عليه الصلاة والسلام «الْأَمَانَةُ تَجْرُ الْغِنَى، وَالْخِيَانَةُ تَجْرُ الْفَقْرُ»^(١).

وروي أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عينها من الحزن على يوسف عليه السلام قامت له تنادي: أيها الملك اسمع كلامي، فوقف يوسف عليه السلام، فقالت: الأمانة

(١) ذكره المظني الهندي في الكثر (٥٤٩٩).

لا خفاء في اشتراكه مع ما قبله في الحكم وهو الأمانة (هو) لغة من الودع: أي الترك. وشرعاً: (تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل

أقامت المملوك مقام المملوك، والخيانة أقامت المملوك مقام المملوك، فسأل عنها فقيل إنها زليخا، فتزوجها مريحة عليها انتهى. زيلعي. والإيداع والاستيداع بمعنى. وفي المغرب يقال: أودعت زيدا مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنما مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع: أي وديعة اه. ط بزيادة. قوله: (وهو الأمانة) قال الزيلعي: وحكم الوديعة الحفظ على المستودع ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده.

وفي العناية: وجه مناسبة هذا الكتاب لما تقدم قد مر في أول الإقرار، وهو أن المال الثابت له إن حفظه بنفسه فظاهر، وإن بغيره فوديعة ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تملك شيء، والعارية أمانة مع تملك المنفعة بلا عوض، والهبة تملك عين بلا عوض والإجارة تملك المنفعة بعوض، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم اه: أي فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى. [البسيط]

فَأَوَّلُ الْغَيْثِ قَطْرٌ ثُمَّ يَنْسَكِبُ

قوله: (من الودع) فالزيد مشتق من المجرّد. قال في الدر المنقي. من ودع ودعا: أي ترك وكلاهما مستعمل في القرآن والحديث. ذكره ابن الأثير. فلا ينبغي أن يحكم بشذوذها انتهى. وفي الزيلعي: من الودع، وهو مطلق الترك، وما ذكره النحاة من أن العرب أماتوا مصدر «يدع» رده قاضي زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال «لِيَتَّبِعِيْنَ أَقْوَامَ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجَمَاعَاتِ أَوْ لِيُخْتَمَنَّ عَلَى قُلُوبِهِمْ أَوْ لِيُكْتَبَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ»^(١) أي عن تركهم إياها، والمراد من الختم في الحديث أن يحدث في نفوسهم هيئة تمرنهم على عدم نفوذ الحق فيها، كذا بخط شيخنا. وقوله: «ليختمن» بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق ويفتح الميم أيضاً. وقوله: «ليكتبن» بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق ويضم الباء الموحدة من تحت. كذا السماع من شيخنا أبي السعود. وقال تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى﴾ [الضحى: ٣] قرئ بالتخفيف والتشديد. قوله: (وشرعاً الخ) الأنسب بالمعنى اللغوي أن يقول: هو ترك ماله عند غيره لحفظه. قوله: (كأن انفتق) عبر به لأنه لو فتقه ماله وتركه فلا ضمان على أحد، ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق. كذا ظهر لي ويحرر ط. قوله: (فأخذه رجل) أما إذا لم يأخذه ولم

بغية مالكة ثم تركه ضمن، لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة. بحر.
(والوديعة ما ترك عند الأمين) وهي أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره.

يدن منه لا يضمن. منح عن المحيط. وهذا يفيد أنه إذا دنا منه لزمه وإن لم يأخذه والعلة تنافيه. قوله: (بغية مالكة) أما إذا كان المالك حاضراً لم يضمن في الوجهين. منح: أي في الأخذ وعدمه. قوله: (ثم تركه ضمن) ما ذكره من التعريف ليس خاصاً بالوديعة بل يشمل اللقطة، لأنه إذا رفعها لزمه حفظها، ومع هذا لا تسمى وديعة، ثم في تعريفه على ما ذكره المصنف نظر، لأن المذكور في المصنف التسليط وهو فعل المالك وهذا التزم وهو فعل الأمين، ولم يكن بتسليط من المالك لا صريحاً ولا دلالة، وإنما التسليط دلالة فيما سيأتي، وهو ما لو وضع ثوباً بين يدي رجل ولم يقل شيئاً، فتأمل.

ويقرب من هذا ما ذكره في الأشباه في فن الحكايات عن أبي حنيفة قال: كنت مجتازاً فأشارت إلي امرأة إلى شيء مطروح في الطريق فتوهمت أنها خرساء وأن الشيء لها فلما رفعته إليها قالت احفظه حتى تسلمه لصاحبه فإنه لقطة انتهى. إلا أن يقال: المراد تسليط الشرع فإنه بالأخذ التزم حفظه شرعاً. تأمل. قوله: (لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة) علة. لقوله: (ضمن) ووجه كونه من التسليط على الحفظ دلالة أن المالك يجب حفظ ماله ويجب المعاونة على حفظه فكأنه أمره بالحفظ، والمؤلف جعل الدلالة من قبل المودع بالفتح وهو خلاف الموضوع، فلو قال لأنه بهذا سلطه على حفظه دلالة لكان أليق ط. قوله: (والوديعة ما ترك عن الأمين) أي للحفظ، زاد البرجندي فقط: ليخرج العارية لأنها ترك للحفظ والانتفاع، وإنما لم يقيد به تبعاً لصاحب الكنز لاعتباره في تعريف الإيداع السابق. قوله: (وهي أخص من الأمانة) لأن الأمانة اسم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصي بخدمته في يد الموصى له بها. والوديعة ما ودع للحفظ بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين: أي بالعموم والخصوص. والحكم في الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد الوفاق في الأمانة. والفرق بين الوديعة والأمانة العموم والخصوص، فإن كل وديعة أمانة، والعكس ليس كذلك، وحمل الأعم على الأخص يجوز كما فعله صاحب الدرر دون عكسه كما فعله القدوري، لأن الأمانة تشمل ما إذا كان من غير قصد، كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في حجر غيره.

وما يقال من أن الوديعة قد تكون من غير صنع المودع على ما صرح به صاحب الهداية في آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار فدفعه بحمل الوديعة ثمة على معناها اللغوي لا الاصطلاحي، ومثل هذا كثير لا يخفى على من تدرب. قوله: (كما حققه المصنف وغيره) قال المصنف في منحه: والفرق بينهما من وجهين.

(وركنها: الإيجاب صريحاً) كأودعتك (أو كناية). كقوله: لرجل أعطني ألف درهم أو أعطني هذا الثوب مثلاً فقال أعطيتك كان ودیعة. بحر. لأن الإعطاء یحتمل الهبة، لكن الودیعة أدنی وهو متیقن فصار كناية (أو فعلاً) كما لو وضع ثوبه بین یدی رجل ولم یقل شيئاً،

أحدهما: أن الودیعة خاصة بما ذكرنا والأمانة عامة تشمل ما لو وقع في يده شيء من غير قصد، بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره وحكمها مختلف في بعض الصور، لأن في الودیعة يبرأ من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف.

الثاني: أن الأمانة علم لما هو غير مضمون فتشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصي بخدمته في يد الموصى له بها، والودیعة بما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين، واختاره صاحب الهداية والنهاية، ونقل الأول عن الإمام بدر الدين الكردي اهـ. وقد أوسع الكلام في هذا المقام العلامتان صدر الشريعة وقاضي زاده. قوله: (وركنها الإيجاب صريحاً) أي قولاً أو فعلاً. قوله: (أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية كما تذكره قريباً. قوله: (كقوله لرجل أعطني الخ) لو قال كقوله «لرجل أعطيتك بعد قوله أعطني كان أوضح»، لأن الإيجاب هو قوله «أعطيتك على أن قوله أعطني ليس بلازم في التصوير ط. قوله: (لأن الإعطاء یحتمل الهبة) أي ویحتمل الودیعة. وفيه أن احتمال الودیعة في مثل هذه العبارة بعيد جداً لغة وعرفاً فلماذا عدلوا عن المتبادر إلى غيره. قوله: (لكن الودیعة أدنى) هذا التعليل ذكره في البحر أيضاً، ويشير إلى أن المراد بالكناية الكناية البيانية، وهي إطلاق الملزوم وإرادة اللازم كقوله: فلان طويل النجاد كثير الرماد على ما عرف في فن البيان، وليس كذلك لعدم انتقاله من اللازم إلى الملزوم ولا عكسه، فعلمنا أن المراد بالكناية ما احتملها وغيرها كما ذكرنا، فلو قال صريحاً أو احتمالاً لكان أظهر. تأمل. قوله: (ولم یقل شيئاً) فلو ذهب وتركه ضمن إذا ضاع فهذا من الإيجاب دلالة كما أنه من القبول كذلك، أما لو قال لا أقبل الودیعة لا یضمن إذ القبول عرفاً لا یثبت عند الرد صريحاً.

قال صاحب جامع الفصولین: أقول دل هذا أن البقار لا یصیر مودعاً في بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول اذهب بها إلى ربها فإني لا أقبلها فذهب بها فینبغي أن لا یضمن البقار، وقد مر خلافه.

یقول الحقیق: قوله ینبغي لا ینبغي، إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حکم الرسالة وصار أجنبياً، فلما قال البقار ردها على مالکها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا یضمن، بخلاف مسألة الثوب. نور العین، وتماه فيه.

فهو إيداع (والقبول من المودع صريحاً) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه

وفيه أيضاً عين الذخيرة: ولو قال لم أقبل حتى لم يصبر مودعاً وترك الثوب ربه فذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن لأنه لما ثبت الإيداع صار غاصباً برفعه.

يقول الحقيير: فيه إشكال، وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لا للضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمناً، فالظاهر أنه لا يضمن، والله تعالى أعلم اهـ.

وفي البحر عن الخلاصة: لو وضع عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع، وإن قاموا واحداً بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اهـ. فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريباً بل بطريق الدلالة.

أقول: لكن في النفس شيء من بحث نور العين في مسألة البقار، وهو أن البقار لما لم يقبل البقرة لم يصبر مودعاً قطعاً والرسول لما أدى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك وصار كل منهما أجنبياً في حق حفظ البقرة والبقرة في حكم اللقطة حيثئذ، فإذا أمر أجنبياً برفع اللقطة وحفظها لربها لا يضمن. الأمر قطعاً، فكذا لا يضمن هنا. وأما تضمين الرسول فلا وجه له أيضاً لأنه من قبيل من رد الضالة لربها وهو مأذون به عادة، هذا ما ظهر لي فليراجع.

فرع في جامع الفصولين: لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن لأنها تضر بالدار، ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن. قوله: (فهو إيداع) أي الوضع المرقوم إيداع.

وفي الفصولين في الغصب: والوديعة إذا وضع بين يدي المالك باريء لا في الدين حتى يضعه في يده أو حجره اهـ. فصار ابتداء الإيداع وانتهاءه سواء. قوله: (أو دلالة كما لو سكت) أي فإنه قبول. وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال: وضع شيئاً في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ.

وضع عند آخر شيئاً وقال أحفظه فضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اهـ. ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه. سائحاني. قوله: (دلالة) أي حالية، ولو قال لا أقبل لا يكون مودعاً لأن الدلالة لم توجد ذكره المصنف، والأولى ما في شرح المنتقى حيث قال: لأن الدلالة لا تعارض الصريح اهـ. ومثله في كثير من الكتب. فظهر من هذا سقوط ما في القنية من أول كتاب الوديعة: وضع عنده شيئاً وقال له أحفظه حتى أرجع فصاح لا أحفظه وتركه صاحبه صار مودعاً، ويضمن إن ترك حفظه فهو مشكل لأن فيه تقديم الدلالة على الصريح، بخلاف ما إذا قال ضعه في الجانب من بيتي إلا أنني لا ألتزم

فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثياب . وكقوله : لربّ الخان أين

حفظه حتى يصير مودعاً لتعارض الصريحين فتساقط فبقي وديعة عنده . قوله : (بمرأى من الثيابي) ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً ، فإذا كان غائباً فالحمامي مودع اهـ . بحر .

وفيه عن الخلاصة : لبس ثوباً فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن وهو الأصح اهـ : أي لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفترطاً فلا يتنافى ما يأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل . أفاده أبو السعود . والثيابي : بكسر الهمزة المثناة هو حافظ الثياب في الحمام ، وهو المعروف في بلادنا بالناطور . قال في القاموس : محمود بن عمر المحدث : الثيابي كان يحفظ الثياب في الحمام اهـ .

وفي الذخيرة : رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه ، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه ويظن أنه رفع ثياب نفسه فهو ضامن ، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو يراه ، وإن أقر إني رأيت واحداً قد رفع ثيابك إلا أنني ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان عليه ، لأنه لم يصير تاركاً للحفظ لما ظن أن الرافع هو ؛ وإن سرق وهو لا يعلم به فلا ضمان عليه إن لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع وهو قول الكل ؛ لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظه الثياب أجراً ، أما إذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجراً وقال الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ فحيثئذ يكون على الاختلاف ، وإن دفع الثياب إلى الثيابي وهو الذي يقال بالفارسية جامه دار فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة خلافاً لهما لأنه أجبر مشترك .

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدي صاحب الحمام ولم يقل بلسانه شيئاً فدخل الحمام ثم خرج ولم يجد ثيابه : إن لم يكن للحمام ثيابي يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع ، وإن كان للحمام ثيابي إلا أنه لم يكن حاضراً فكذلك ، وإن كان حاضراً لا يضمن صاحب الحمام ، لأن هذا استحقاق إلا إذا نص على استحقاق صاحب الحمام ، بأن قال له أين أضع الثياب فيصير صاحب الحمام مودعاً فيضمن ما يضمن المودع .

وفي التجنيس : رجل دخل الحمام ونزع الثياب بمحضر من صاحب الحمام ثم خرج فوجد صاحب الحمام نائماً وسرقت ثيابه ، إن نام قاعداً أو مضطجعاً بأن وضع جنبه على الأرض ، ففي الوجه الأول لا يضمن ، وفي الوجه الثاني قال بعضهم : يضمن اهـ .

وفي الفصول العمادية : رجل دخل حماماً وقال للحمامي أين أضع ثيابي فأشار الحمامي إلى موضع فوضعه ثمة ودخل الحمام ثم خرج رجل ورفع الثياب فلم يمنعه

أربطها فقال هناك، كان إيداعاً. خانية. وهذا في حق وجوب الحفظ؛ وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب وحده، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب يرى عن الضمان وإن لم يقبل. اختيار.

(وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير في

الحمامي لما أنه ظنه صاحب الثوب ضمن الحمامي لأنه استحفظه وقد قصر في الحفظ، وهذا قول ابن سلمة وأبي نصير الدبوسي. وكان أبو القاسم يقول: لا ضمان على الحمامي، والأول أصح اهـ.

أقول: وهو الموافق لما مر قريباً عن الذخيرة.

وفي فتاوى الفضلي: امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوباً من ثيابها: قال محمد بن الفضل: إن كانت المرأة دخلت أولاً في هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التي تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابة في قولهم إذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر، لأنها إذا دخلت أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشتط لها الأجر على الحفظ كان ذلك إيداعاً، والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع؛ وإن كانت هذه المرأة قبل هذه المرأة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها إلى هذه المسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة، خلافاً لهما لأنها أجيرة مشتركة. والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة، وقيل هو قول محمد، والفتوى على قول أبي حنيفة أن الثيابي لا يضمن إلا بما ضمن المودع. وذكر قاضيخان أنه ينبغي أن يكون الجواب في هذه المسألة عندهما على التفصيل إن كان الثيابي أجير الحمامي يأخذ منه كل يوم أجراً معلوماً بهذا العمل لا يكون ضامناً عند الكل بمنزلة تلميذ القصار والمودع اهـ.

وفي منهوات الأنقروبي: دخل الحمام فوضع الحارس له الفوطة ليضع ثيابه عليها فترع أثوابه ووضعها على الفوطة ودخل واغتسل وخرج ولم يجد عمامته هل يضمنها الحارس؟ أجاب: نعم يضمنها لأنه استحفظ وقد قصر في الحفظ. كذا في فتاوى ابن نجيم.

وفي زماننا الثيابي أجير مشترك بلا شبهة، والمختار في الأجير المشترك الضمان بالنصف، فعلى هذا ينبغي أن يفتى في الثيابي بضمان النصف. تأمل اهـ. قوله: (كان إيداعاً) هذا من الإيجاب والقبول دلالة. قوله: (وهذا) أي اشتراط القبول أيضاً. قال في المنح: وما ذكرنا من الإيجاب والقبول شرط في حق وجوب الحفظ، وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب اهـ. والمراد بحق الأمانة أنه لا يكون مضموناً. قوله: (وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فنفية هنا بمعنى الرد، أما لو سكت فهو قبول دلالة. والحاصل: أن المراد نفي القبول بقسميه فتأمل. قوله: (وشرطها كون المال قابلاً للخ) فيه تسامح إذ

الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيّاً فاستهلكها لم يضمن، ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه

المراد إثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعي، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر. بقوله: وحفظ شيء بدون إثبات اليد عليه محال اهـ. وجرى عليه بعضهم كالحموي والشرنبلالي. وأجاب عنه العلامة أبو السعود بأنه ليس المراد من جعل القابلية شرطاً عدم اشتراط إثبات اليد بالفعل، بل المراد الاحتراز عما لا يقبل ذلك بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح، فتدبر اهـ.

أقول: لكن الذي قدمه في الدرر يفيد كفاية قبول وضع اليد؛ فإن من وضع ثيابه بين يدي رجل ساكت كان إيداعاً، وكذلك وضع الثياب في الحمام وربط الدابة في الخان مع أنه ليس فيه إثبات اليد بالفعل. وقوله: وحفظ الشيء بدون إثبات اليد عليه معناه بدون إمكان إثباتها، فتأمل. وعليه فيكون المراد بقبولها إثبات اليد وقت الإيداع والظاهر ونحوه ساعة الإيداع غير قابل لذلك. قوله: (لم يضمن) الأولى أن يقول «لا يصح» لأنه إذا وجده بعد ووضع يده عليه وهلك من غير تعدّ لم يضمن فتدبر ط.

قال في الجوهرة: أودع صبيّاً ودبعة فهكلت منه لا ضمان عليه بالإجماع، فإن استهلكها: إن كان مأذوناً في التجارة ضمنها إجماعاً، وإن كان محجوراً عليه، إن قبضها بإذن وليه ضمن أيضاً إجماعاً، وإن قبضها بغير إذن وليه لا ضمان عليه عندهما لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسف: يضمن في الحال، وإن أودعه عبداً فقتله ضمن إجماعاً.

والفرق أن الصبي من عادته تضييع الأموال فإذا سلمه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضي بالإتلاف فلم يكن له تضمينه، وليس كذلك القتل لأنه ليس من عادة الصبيان فيضمونه ويكون قيمته على عاقلته، وإن جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي اهـ.

قال العلامة الخیر الرملي: أقول: يستثنى من إيداع الصبي ما إذا أودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والأخذ. كذا في الفوائد الزينية.

وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده ودبعة ضمن في الحال. كذا في العناية لأنه محجور عليه في الأقوال دون الأفعال كما ذكر في الحجر، وسيأتي مزيد تفصيل في المسألة في كتاب الجنايات قبل القسامة بأسطر فراجع إن شئت اهـ. قوله: (ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه) أي لو بالغاً، فلو قاصراً لا ضمان عليه أصلاً. أبو السعود. وإنما لم يضمن في الحال لحق مالكة فإن المودع لما سلطه على الحفظ وقبله العبد حقيقة أو حكماً كما لو كان ذلك بالتعاطي فكان من قبيل الأقوال، والعبد

(وهي أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها

محجور عنها في حق سيده، فإذا عتق ظهر الضمان في حقه لتمام رأيه، وهذا إذا لم تكن الوديعة عبداً، فلو أودع صبيّاً عبداً فقتله الصبي ضمن عاقلته سواء قتله عمداً أو خطأ، لأن عمده خطأ، وليس مسلطاً على القتل من جانب المولى لأن المولى لا يملك القتل فلا يملك التسليط عليه، فإن أودع العبد عند عبد محجور فقتله خطأ كان من قبيل الأفعال وهو غير محجور عنها، ولم تكن من الأقوال لأن مولى العبد لا يملك تفويض قتله للمودع، فكان على مولى العبد المودع القاتل أن يدفعه أو يفديه كما هو حكم الخطأ، وإن قتله عمداً قتل به إلا أن يعفو وليه. رحمتي. قوله: (وهي أمانة) هذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كالإنسان حيوان، ولا يجوز عكسه لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، والوديعة خاصة والأمانة عامة، والوديعة بالعقد والأمانة أعم، فتفرد فيما إذا هبت الريح بشوب إنسان وألقته في حجر غيره، وتقدم أنه يبرأ عن الضمان في الوديعة إذا عاد إلى الوفاق، والأمانة غيرها لا يبرأ عن الضمان بالوفاق ط: ومثله في النهاية والكفاية. قال يعقوب باشا: وفيه كلام، وهو أنه إذا اعتبر في إحداهما القصد وفي الأخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص. والأولى أن يقال: والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى. لكن يمكن الجواب بأن المراد. بقوله: (والأمانة ما يقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد)، لأن عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين، بل هي أعم من الوديعة لأنها تكون بالقصد فقط والأمانة قد تكون بالقصد بغير تدبر.

وما في العناية من أنه قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد فيه كلام، وهو أن الأمانة مبينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منها، لأن التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والأمانة عين من الأعيان فيكونان متباينين. والأولى أن يقول: والوديعة ما تترك عند الأمين كما في هذا المختصر. داماد. قوله: (والأداء عند الطلب) أي إلا في مسائل ستأتي: منها ما إذا كانت سيفاً وأراد قتل آخر ظلماً كما في الدر المنقي. قوله: (واستحباب قبولها) قال الشمني: وشرعية الإيداع. بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها، ولأن قبول الوديعة من باب الإعانة لأن يحفظها لصاحبها، وهي مندوبة لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَاللَّهُ تَعَالَىٰ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَاذَا مَعَالِ الْعَبْدِ فِي عَوْنِ أَخِيهِ﴾ اهـ. قال الزيلعي: وقال عليه الصلاة والسلام «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، وحفظها يوجب سعادة

(فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزياً للزليعي (مطلقاً) سواء أمكن التحرز عنه أم لا، هلك معها شيء أم لا،

الدارين، والخيانة توجب الشقاء فيهما الخ. ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله واستيجابه الأجر والثناء. حموي.

والحاصل: أنه يبتنى على الإيداع أربعة أشياء: كون الوديعة أمانة، ووجوب الحفظ على المودع، ووجوب الأداء عند الطلب، واستحباب قبولها. قوله: (فلا تضمن بالهلاك) تفريع على كونها أمانة. قوله: (إلا إذا كانت الوديعة بأجر) سيأتي أن الأجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان، وبه يفتى. وأيضاً قول المصنف قريباً واشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى، فكيف يقال مع عدم الشرط أنه يضمن.

وفي البزازية: دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف فذكر أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى، لكن قال الخير الرملي: صرح الزليعي في كتاب الإجارة في باب ضمان الأجير الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة، وسيأتي مثله في هذا الشرح، ومثله في النهاية والكفاية شرح الهداية وكثير من الكتب اهـ. وعللوه بأن الحفظ حيثئذ مستحق عليه كما قدمنا. فأفاد أن الأجرة تخرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان.

وفي صدر الشريعة: إذا سرق من الأجير المشترك والحال أنه لم يقصر في المحافظة يضمن عندهما، كما في الوديعة التي تكون بأجر فإن الحفظ مستحق عليه. وأبو حنيفة يقول: الأجرة في مقابلة العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بلا أجر اهـ. فأفاد أن الوديعة بأجر مضمونة اتفاقاً وبلا أجر غير مضمونة اتفاقاً. وأما الأجير المشترك فيضمن عندهما، لأن الأجرة في مقابلة العمل والحفظ، ولا يضمن عنده لأنها في مقابلة العمل فقط، فحصل الفرق بين المودع بأجر والأجير المشترك.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصداً، بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل اهـ. يؤيده ما سمعت وما قدمنا.

والحاصل: أن الأجير المشترك من يعمل لغيره عملاً غير مؤقت ولا مخصوص كالحمامي والحارس فهو مستأجر لحفظ المكان الذي فيه المتاع فلم يكن مودعاً، بخلاف المودع بأجر فإنه يقال له احفظ هذه الوديعة ولك من الأجر كذا، فينطبق عليه اسم المودع وهو تسليط الغير على حفظ ماله، فتأمل. قوله: (معزياً للزليعي) ذكره في ضمان الأجير، وعلل الضمان بأن الحفظ واجب عليه مقصوداً ببطل اهـ. قوله: (سواء أمكن التحرز عنه أم لا) وليس منه النسيان، كما لو قال وضعت عندي فنسيت وقمت بل يكون مفرطاً، بخلاف ما إذا قال ضاعت ولا أدري كيف ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من منزلي شيء فإن القول قوله مع يمينه، ولا يضمن لأنه أمين اهـ. حموي بتصرف ط.

لحديث الدارقطني «ليس على المستودع غير المغل ضمان» (واشترط الضمان على الأمين) كالحمامي والخاني (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة. (وللمودع حفظها بنفسه

قال مؤيد زاده: إذا قال ذهب يقبل قوله مع يمينه واقعات. قوله: (لحديث الدارقطني) قال في المنح: وإنما كانت الوديعة أمانة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرُ الْمُغْلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرُ الْمُغْلِ ضَمَانٌ»^(١) والغلول والإغلال: الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام، وهذا الحديث مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اهـ ملخصاً. ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، ولو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح. قوله: (واشترط الضمان الخ) ولو ضمن تسليمها صح أبو السعود. قوله: (كالحمامي) أي معلم الحمام الذي يأخذ الأجرة في مقابلة انتفاع الداخل بالحمام، أما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه شيئاً وهو المسمى بالناطور في زماننا وهو الذي سماه الشارح الثيابي فإنه يضمن لأنه وديعة بأجرة كما تقدم، لكن الفتوى على عدمه ويأتي تمامه. قوله: (والخاني) أي فإنه لا نفع له غير الحفظ فينبغي أن يكون من قبيل الحافظ بالأجر، إلا أن يقال: قد يقصد الخان لدفع الحر والبرد ومنع الدابة عن الهروب فلم يكن مستأجراً للحفظ. تأمل. قوله: (باطل به يفتى) قال مؤيد زاده في أنواع الضمانات: استأجر رجلاً لحفظ خان أو حوانيت فضاع منها شي قيل يضمن عندهما لو ضاع من خارج الحجره لأنه أجبر مشترك، وقيل لا في الصحيح، وبه يفتى. ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس في الأصح وحارس السوق على هذا الخلاف، واختار أبو جعفر أنه يضمن ما كان خارج السوق لا داخله. جامع الفصولين.

وفي البزازية: نقب حانوت رجل وأخذ متاعه لا يضمن حارس الحوانيت على ما عليه الفتوى، لأن الأمتعة محروسة بأبوابها وحيطانها والحارس يحرس الأبواب. وعلى قول أبي حنيفة: لا يضمن مطلقاً وإن كان المال في يده لأنه أجبر اهـ.

وفي النية: دفع الثوب إلى الحمامي ليحفظه فضاع لا يضمن إجماعاً لأنه مودع لأن محل الأجر بإزاء الانتفاع بالحمام، إلا أن يشترط بإزاء الانتفاع به الحفظ فحيث شد على الخلاف. وإذا دفع إلى من يحفظ بأجر كالثيابي فعلى الاختلاف. خلاصة وصدر الشريعة. قوله: (حفظها بنفسه) قال في المنح: وذلك بالحرز وباليد. أما الحرز فداره ومنزله وحانوته سواء كان ملكاً أو إجارة أو عارية.

(١) أخرجه الدارقطني ٤١/٣ بنحوه والبيهقي ٩١/٦ وذكره المتقي الهندي في الكتر (٤٦١٣٦).

وعياله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة،

قال الرمي: أقول: لا يخفى أن لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصيناً، حتى لو لم يكن كذلك بحيث يعد الوضع فيه تضييعاً يضمن ذلك كالدار التي ليس لها حيطان ولا لبيوتها أبواب. وقد سئلت عن خياطة في دار بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلاً لعرس جارتها فسرقت أثواب الناس منها فأفتيت بالضمن والحالة هذه، لأن مثل ذلك يعد تضييعاً. تأمل اهـ.

وفي الأنقروي من الوديعة: سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه، لأنه غير مضيع لما في حانوته لأن جيرانه يحفظونه، إلا أن يكون هذا إيداعاً من الجيران فيقال ليس للمودع أن يودع، لكن هذا مودع لم يضيع. واقعات: في الوديعة: قوله ليس للمودع أن يودع الخ ذكر الصدر الشهيد ما يدل على الضمان، فتأمل عند الفتوى. فصولين من الثالث والثلاثين.

وفي البزاية: قام من حانوته إلى الصلاة وفيه ودائع الناس وضاعت لا ضمان، وإن أجلس على بابه ابناً له صغيراً فضاع: إن كان الصبي يعقل الحفظ ويحفظ لا يضمن، وإلا يضمن اهـ.

وقال قبيله: والحاصل أن العبرة للعرف، حتى لو ترك الحانوت مفتوحاً أو علق الشبكة على بابه ونام ففي النهار ليس بتضييع، وفي الليل إضاعة. وفي خوارزم: لا يعد إضاعة في اليوم والليلة.

أقول: الذي يظهر في مسألة الحانوتي عدم الضمان سواء أجلس صبيّاً أو لا حيث جرى عرف أهل السوق لأنه غير مودع قصداً بل تركها في حرزها مع ماله فقد حفظها بما يحفظ به ماله. ولهذا نقل في جامع الفصولين بعد ما تقدم رامزاً إلى فتاوى القاضي ظهير الدين أنه يبرأ على كل حال لأنه تركها في الحرز فلم يضيع اهـ.

والحاصل: أنه يجب حرز كل شيء في حرز مثله، بخلاف الحرز في السرقة فإن كل ما كان حرز النوع فهو حرز لسائر الأنواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل، أما هنا فإن حرز كل شيء بحسبه.

ففي البزاية: لو قال وضعتها بين يديّ وقمت ونسيتها فضاعت يضمن، ولو قال وضعتها بين يديّ في دار والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصّة الدار كحصرة النقدين ضمن، ولو كانت مما يعد عرصتها حصناً له لا يضمن اهـ. وسياقي تمامه إن شاء الله تعالى: قوله: (وعياله) بالكسر جمع عيل بفتح فتشديد وهو من يقوته، لكن المراد هنا في تفسير من في عياله أن يسكن معه سواء كان في نفقته أو لم يكن، والعبرة في هذا للمساكنة إلا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد، لكن يشترط في الولد الصغير أن يقدر على

أو حكماً لا من يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن. خلاصة وكذا لو دفعتهما لزوجها لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة، وقيل يعتبران معاً. عيني (وشروط كونه) أي من في عياله (أميئاً) فلو علم خيانتة ضمن. خلاصة.

(و) جاز (لمن في عياله الدفع لمن في عياله، ولو ناه عن الدفع إلى بعض من

الحفظ، فعلى هذا التفسير ينبغي أن لا يضمن بالدفع إلى أجنبي يسكن معه. ذكره حفيد السعد في حواشي صدر الشريعة.

ويؤيده ما في الولوالجية: رجل أجر بيتاً من داره إنساناً ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر: إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة يضمن لأنه ليس في عياله ولا بمنزلة من في عياله، وإن لم يكن لكل منهما غلق على حدة وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة لا يضمن لأنه بمنزلة من في عياله اهـ.

وفي الخلاصة: مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن ويدفع المفتاح إلى غيره، ويدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت في يد غيره اهـ ط. قوله: (أو حكماً) تفسير لمن يسكن معه في عياله. قوله: (فلو دفعها) تفريع على. قوله: (أو حكماً) وتفسير له كما تشعر به عبارة المنح. قوله: (المميز) بشرط أن يكون قادراً على الحفظ. بحر. قوله: (ولا يسكن معهما) لأنها في الحكم كأنها في مسكن زوجها. قوله: (خلاصة) قال فيها: وفي النهاية: لو دفعها إلى ولده الصغير أو زوجته وهما في محلة والزوج يسكن في محلة أخرى لا يضمن، ولو كان لا يجيء إليهما ولا ينفق عليهما، لكن يشترط في الصغير أن يكون قادراً على الحفظ، فإن الزوجة: أي والولد الصغير وإن كانا في مسكن آخر إلا أنهما في الحكم كأنهما في مسكن الزوج والأب اهـ.

قال الرملي: وقد زاد صاحب المجتبى العبد الذي لم يكن في منزله، وكل ذلك يرجع إلى قولهم يحفظها بما يحفظ به ماله، فتنبه لذلك اهـ. قوله: (وقيل يعتبران معاً) أقول: وعليه فيدخل عبده وأمته وأجيرته الخاص كالمشاهرة، بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الأجير بالمياومة وولده الكبير إن كان في عياله كما ذكره بعضهم، فتأمل. قوله: (عيني) نصه: وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة، حتى أن المرأة لو دفعتهما إلى زوجها لا تضمن وإن لم يكن الزوج في عياله، لأن العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة. وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة اهـ. قوله: (ضمن) أي بدفعها له، وكذا لو تركه في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن. بحر عن الخلاصة. قال ط: فلا يضمن في صورتين: أما إذا علم أمانته وما إذا لم يعلم حاله أصلاً. قوله: (الدفع لمن في عياله) الضمير في عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول، وبه صرح الشرنبلالي،

في عياله فدفع إن وجد بدأ منه)، بأن كان له عيال غيره. ابن مالك

ويصح أن يرجع للمودع وبه صرح المقدسي. وفيه لا يشترط في الأبوين كونهما في عياله، وبه يفتى. ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين، ولو وضع في حرز غيره بلا استئجار يضمن لأن الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم إليه. زيلعي: أي فيكون وديعة وليس للمودع أن يودع. رملي.

وفي سكوتهم عن الدفع لعيال المودع بكسر الدال إشارة إلى أنه لا يملكه. ونقل العلامة أبو السعود اختلافاً فقال: والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعاً، بخلاف الغاصب إذا رد إلى من في عيال المالك فإنه لا يبرأ.

وفي الخلاصة: إذا ردّ الوديعة إلى منزل المودع أو إلى من في عياله فضاعت لا يضمن. وفي رواية القدوري يضمن، بخلاف العارية.

قال في البحر: والفتوى على الأول، وهذا إذا دفع إلى المرأة للحفظ. أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن اهـ. فعلى ما ذكر إذا كان ابنها في عيالها ولم يكن متهماً يلزمها اليمين أنها دفعتها لابنها المذكور ويسأل المدفوع إليه ماذا صنع ويجعل كأنه نفس المودع، ويجري الحكم الشرعي فيه، لما في فتاوى مؤيد زاده وصور المسائل عن الفصولين: أتلفها من في عيال المودع ضمن المتلف صغيراً أو كبيراً لا المودع اهـ.

المودع إذا قال دفعت الوديعة إلى ابني وأنكر الابن ثم مات الابن فورث الأب مال ابنه كان ضمان الوديعة في تركة الابن. خاينة.

وفي فتاوى قاضيهان: عشرة أشياء إذا ملكها إنسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده: المرتهن لا يملك أن يرهن، والمودع لا يملك الإيداع، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره، والمستعير لا يعير ما يختلف بالمستعمل، والمزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره والمضارب لا يضارب، والمستبضع لا يملك الإبضاع، والمودع لا يملك الإيداع اهـ. ولم يذكر العاشر في البحر. وذكره الخير الرملي فقال: العاشر المساقى لا يساقى غيره بغير إذن كما في السراجية وشرح الوهبانية اهـ.

وفي الخلاصة: والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، وإن فعل شيئاً منها ضمن، والمستأجر يؤجر ويعار ولم يذكر حكم الرهن، وينبغي أن لا يرهن كما هو الصحيح من عبارة الخلاصة، ويأتي بيانها في العارية موضحاً.

وفي التجريد: وليس للمرتهن أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك، لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم، فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل الرهن انتهى. قوله: (بأن كان له عيال غيره) أي غير البعض الذي نهاء عنه ضمن بدفعه إلى المنهي عنه،

(ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن)، وعن محمد: إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه ومفاوضة وعناناً جاز وعليه الفتوى: ابن ملك. واعتمده ابن الكمال وغيره، وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق

وإن لم يكن له إلا ذلك البعض لا يضمن بدفعه إليه. قوله: (وإلا لا) يعني مع كون المدفوع إليه أميناً لأنه شرط جواز الدفع كما مر. قوله: (وإن حفظها بغيرهم ضمن) أي لأن صاحبها لم يرض ببذ غيره والأيدي تختلف بالأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب. أبو السعود. قال الرملي: إنما يضمن إذا كان بغير إذن صاحبها اهـ.

فرع لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إليّ فدفعها إلى أمين فضاغت: قيل يضمن، وقيل لا يضمن: تاترخانية.

فرع آخر حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة. قال البلخي: إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عيالها لا تضمن، كما لو وقع الحريق في مال المودع له دفعها لأجنبي. خانية. قوله: (وعن محمد) رحمه الله تعالى أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه من يثق في ماله وليس في عياله لا يضمن، لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله فلا يجب عليه أكثر من ذلك. ذكره في النهاية. ثم قال: وعليه الفتوى، وعزاه إلى التمرتاشي، وهو إلى الحلواني. ثم قال: وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال، فقال: ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله، وذكر فيه أشياء، حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعنده المأذون له الذي في يده ماله، وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اهـ. وسيأتي ذكره ط. قوله: (كوكيله) أتى بالكاف لأن أمينه كذلك وإن لم يكن في عياله، وعليه الفتوى كما علمت، وبه صرح في الذخيرة. وفي التاترخانية: ولو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إليّ فدفعها إلى أمين فضاغت، قيل يضمن، وقيل لا يضمن. قوله: (واعتمده ابن الكمال) حيث قال: وله حفظها بنفسه وأمينه، لم يقل وعياله لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة، وعند تحققه لا حاجة إلى كونه عيالاً.

قال في الذخيرة: لو دفعها إلى أمين من أمنائه ليس في عياله يجوز، وعليه الفتوى اهـ. قوله: (وأقره المصنف) ونقله في البحر وقال قبله: وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط، واختاره في الخلاصة وقال: والأبوان كالأجنبي حتى يشترط كونهما في عياله، لكن قد علمت ما قدمناه قريباً عن المقدسي من أن المفتى به عدم اشتراط كونهما في عياله فلا تنسه. قوله: (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) الحرق بالسكون من النار،

وكان غالباً محيطاً) فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر)،

وبالتحريك من دق القصار، وقد روى فيه السكون. مغرب. وفي المصباح: الحرق بفتحيتين اسم من إحراق النار اه. وللغرق: بفتحيتين مصدر غرق في الماء فهو غريق. مكى. ومثل خوف الغرق والحرق خوف اللصوص.

وفي الخلاصة: فإن دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعها إلى جاره، وكذا فيما يشبه هذا اه. إتقاني: أي فإنه لا يضمن ط. قوله: (وكان غالباً محيطاً) لا حاجة إليه لأن فرض المسألة أنه خاف الحرق أو الغرق وهو إنما يكون عند كونه غالباً. محيط. إلا أن يراد الغالب الكثير، وحيث فلا منافاة، والمراد أن ذلك في بيت المودع.

قال الحموي: لا بد أن يكون غالباً محيط بمنزلة المودع. وفي القهستاني: إلا إذا حاف الحرق: أي حرقاً محيط بجميع محلها انتهى. قوله: (فلو غير محيط ضمن) إذ الخوف منتف عند عدم الغلبة والإحاطة فتأمل. قاله الرمي. قال في الخلاصة: أما إذا لم يكن محيطاً يضمن بالدفع إلى الأجنبي اه. قوله: (فسلمها إلى جاره) الظاهر أن أساليب الكلام أنه لا يجب أن يسلمها إلى جاره، حتى لو تركها في داره فحرق لا يضمن، وليحرر. أفاده سري الدين عن المجتبى، لكن في الهندي عن التمرتاشي أنه يضمن ط.

وفي التاترخانية عن التتمة: وسئل حميد الوبري عن مودع احترق بيته ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه. ومثله في الحاوي وجامع الفتاوى. ومثله ما لو تركها حتى أكلها العث خلافاً لما يأتي في النظم. قال في الحاوي: ويعرف من هذا كثير من الوقائع.

وفي نور العين: ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها إلى أجنبي لم يضمن، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن، كما لو دفعها إلى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها، فلو لم يستردها ضمن إذ يجب عليه الاسترداد، ولأن الإيداع عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء. وقال قاضيه خان: لا يضمن، إذ المودع إنما ضمن بالدفع وحين دفع كان غير مضمون عليه فلا يضمن عليه.

يقول الحقيير: هذا الدليل عليل، إذ للبقاء حكم الابتداء، فلو دفع الوديعة إلى أجنبي ابتداء ضمن، فكذا إذا لم يستردها في كلتا المسألتين خصوصاً في مسألة الحريق، فإن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فبعد زوال الحريق ارتفعت الضرورة فلم يستردها من الأجنبي فكانه أودعها إياه ابتداء، فالصواب أن يضمن في كلتا المسألتين كما ذكره صاحب المحيط. والله تعالى أعلم.

وفي عدة الفتاوى: لا يضمن بدفعها إلى جاره لضرورة كحريق. قال أبو جعفر في فتاويه: هذا لو لم يجد بداً من الدفع إلى أجنبي، أما لو أمكنه الدفع إلى من في عياله ضمن

إلا إذا أمكنه دفعها لمن في عياله أو ألقاها فوقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن. زيلعي (فإن ادعاه) أي الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أي الحرق (ببيته) أي بدار المودع (وإلا) يعلم، وقوع الحرق في داره (لا) يصدق (إلا ببيته) فحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق، وبالله التوفيق.

بدفعها إلى أجنبي. قال الإمام خواهر زاده: هذا لو أحاط الحريق بالمنزل وإلا ضمن بدفعها إلى أجنبي اهـ.

وفي العتائية: لا يشترط هذا الشرط في الفتوى. تاترخانية في الفصل الثاني من الوديعة. قوله: (إلا إذا أمكنه الخ) أي وقت الحرق والغرق. قوله: (أو ألقاها) أي أو ألقى الوديعة في السفينة فوقعت في البحر يضمن، لأنها قد تلفت بفعله، وإن كان ذلك بالتدحرج لأنه منسوب إليه فهو كفعله. والظاهر أن قيد في السفينة ساقط من النسخ بوجوده في الأصل.

قال الزيلعي: هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو في عياله، وإن أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبي يضمن لأنه لا ضرورة فيه، وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلك قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء بالتدحرج يضمن لأن الإلتلاف حصل بفعله اهـ. قوله: (صدق) أي بيمينه كما هو الظاهر. أبو السعود. قوله: (أي بدار المودع) كأن هذا من قبيل الاحتباك وأصلها: أي الحرق أو الغرق. وقوله: (بدار المودع) راجع إلى الحرق وحذف من الثاني، أو سفينته الراجع إلى الغرق لدلالة كل مذكور على ما حذف بإزائه، وهذا على ما نحاه الشارح في شرحه، وأما على ما بينا من أصل عبارة الزيلعي فالأمر ظاهر، وأما جوهر المتن على أنه يصدق إن علم دفعه لها عند خوف الحرق أو الغرق بالبيته وهو الذي ذكره الشارح بعد. قوله: (وإلا يعلم الخ).

وحاصله: أن صاحب المتن ذكر أنه لا يصدق مدعي الدفع للحرق أو الغرق إلا ببيته، والشارح صرف كلامه وقال: إن علم ذلك بالبيته على وقوعه في داره وفلكه أغنى عن البيته عن الدفع للخوف على نفس الوديعة، وإن لم تقم البيته على وقوع الحرق والغرق في داره وفلكه فلا بد من البيته على الدفع لخوف ذلك على نفس الوديعة، ثم إن الغرق كما يخشى منه على نفس السفينة قد يخشى منه على نفس الدار إذا كانت البيوت متصلة بطرف البحر أو النهر أو مجرى السيل، ومثل خوف الحرق والغرق لو خاف فسادها بخرب أسقفه من كثرة الأمطار وعند وقوع النهب في داره ودفعها إلى جاره عند توهم سلامتها عنده. قوله: (فحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق) وقد ذكر أيضاً صاحب الذخيرة عن المنتقى.

(ولو منعه الوديعة ظلماً بعد طلبه) لرد وديعته فلو حملها إليه لم يضمن. ابن ملك (بنفسه) ولو حكماً كوكيله بخلاف رسوله،

قال المصنف: فإن ادعاه: أي ادعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فلك آخر صدق إن علم وقوعه ببينة: أي بينة المودع وإلا لا: أي وإن لم يعلم لا يصدق. وفي الهداية وشرح الكتر للزيلعي أنه لا يصدق على ذلك إلا ببينة، لأن تسليم الوديعة إلى غيره يوجب الضمان، ودعوى الضرورة دعوى مسقط فلا تقبل إلا ببينة، كما إذا أتلها في الصرف في حاجته بإذن صاحبها.

وفي الخلاصة: أنه إذا علم أن وقع الحريق في بيته قبل قوله، وإلا فلا. ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم وقوع الحريق في بيته وبه يحصل التوفيق، والذي أحوجه إلى ذلك حمل كلام صاحب الهداية والزيلعي قولهما لا يصدق على ذلك: أي على تسليم الوديعة، ولو حمل لا يصدق على ذلك: أي على وقوع الحرق أو الغرق بدليل قولهما ودعوى الضرورة الخ فإن الضرورة إنما هي في الحرق والغرق لا في التسليم لا تحدث مع عبارة الخلاصة. تأمل. قوله: (فلو حملها إليه لم يضمن) لأن مؤنة الرد على المالك. حموي. وإنما الضمان بمنع التخلية بينه وبين الوديعة بعد الطلب، أما لو كلفه حملها وردها إليه فامتنع عن ذلك لم يضمن لأنه لا يلزمه سوى التخلية، فلو كان طلب المودع بكسر الدال بحملها إليه فامتنع المودع من ذلك لم يضمن، هكذا صريح عبارة ابن ملك المنقول عنه. وأما ما وقع في نسخة الشيخ أبي الطيب فإنه تحريف. والنسخة التي كتب عليها فلو حملها إليه: أي لو حمل المودع الوديعة إلى ربه: يعني لو طلب استردادها من المودع فحملها إليه لم يضمن لأن حملها إليه يخرجها عن المنع.

وفي القهستاني: لو استردها فقال لم أقدر أحضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لأنه بالترك صار مودعاً ابتداءً هـ. وعزاه إلى المحيط.

وفي البحر: إن تركها عن رضا وذهب لا يضمن، وإن كان من غير رضا يضمن. كذا في الخلاصة. ولو قال له بعد طلبه اطلبها ثم ادعى ضياعها: فإن قال ضاعت بعد الإقرار فلا ضمان، وإلا ضمن. قوله: (ولو حكماً كوكيله بخلاف رسوله) سوى في التجنيس بين الوكيل والرسول وقال: إذا منعها عنهما لا يضمن. وفي العمادية ذكر الضمان في المنع من الرسول فالمسألة ذات خلاف فيهما، واقتصر المصنف على ما ذكره يدل على اعتماده، وقد نقله القهستاني عن المضمرات.

وفي الخلاصة: المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكنني أن أحضر الساعة فتركها وذهب: إن تركها عن رضا فهلكت لا يضمن، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن، ولو كان الذي يطلب الوديعة وكيل المالك يضمن لأنه

ليس إنشاء للوديعة، بخلاف المالك انتهى. وهذا صريح في أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى، وهو خلاف ما تقدم في كتاب الوكالة في باب الوكالة بالخصومة.

ونصه: قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور الخ. وكتب سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن مقابل المشهور ما عن أبي يوسف ومحمد أنه يؤمر بالدفع، فلعل ما هنا على هذه الرواية.

وفي مجموعة مؤيد زاده: ولو قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بتسليم الوديعة إليه لأنه مأمور بالحفظ فقط، ثم قال قد جاء رسولك فدفعها إليه وكذبه المالك ضمنها، ولا يرجع بما ضمن على الرسول إن صدقه في كونه رسوله ولم يشترط عليه الرجوع، وإن كذبه ودفع إليه أو لم يصدقه ولم يكذبه يرجع على الرسول، وكذلك إن صدقه وشرط عليه الرجوع كما في الوجيز. ثم قال: ولو دفعها إلى رسول المودع فأنكر المودع الرسالة ضمن اهـ.

وفي فصول العمادي معزياً إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذي جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلك ضمن. وذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين هذه المسألة وأجاب عنها نجم الدين أنه يضمن. وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة فإنه قال في الوكالة لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل؛ ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا في فتاواه اهـ. منح.

قال محشيها الرملي في حاشية البحر: ظاهر ما في الفصول أنه لا يضمن في مسألة الوكيل كما هو منقول عن التجنيس، فهو مخالف للخلاصة كما هو ظاهر، ويتراءى لي التوفيق بين القولين بأن يحمل ما في الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له وقت آخر. وما في فتاوى القاضي ظهير الدين والتجنيس على ما إذا منع ليؤدي إلى المودع بنفسه، ولذلك قال في جوابه: لا أدفع إلا للذي جاء بها. وفي الخلاصة: ما هو صريح في أن الوكيل لو تركها وذهب عن رضا بعد قول المودع لا يمكنني أن أحضرها الساعة: أي وأدفعها لك في غير هذه الساعة، فإذا فارقته فقد أنشأ الإيداع ليس له ذلك، بخلاف قوله لا أدفعها إلا للذي جاء بها فإنه استبقاء للإيداع الأول لا إنشاء إيداع. فتأمل. ولم أر من تعرض لهذا التوفيق، والله تعالى هو الموفق انتهى.

فالخلاصة: أنه إذا منعها عن الرسول لا يضمن على ظاهر الرواية كما نقله عن

ولو بعلامة منه

البحر عن الخلاصة. وأما إذا منعها عن الوكيل ففيه اختلاف. ففي الخلاصة والقاعدة والوجيز والتاترخانية والحاوي الزاهدي والمضمرات أنه يضمن، واختاره المصنف في منحه، وتبعه الشارح هنا.

وفي شرحه على الملتقى: فتعين المصير إلى ما عليه الأكثر خصوصاً والمضمرات شرح القدوري والشروح مقدمة. ففي مسألتنا منع المودع الوديعة من الوكيل ظلماً ولم يقل له لم أدفعها إلا إلى الذي جاء بها حتى يكون استبقاء للإيداع الأول؛ لأن قول الشارح كوكيله يقتضي المنع ظلماً، وبه يظهر أن ما ذكره في الفصول العمادية من الفرق المتقدم بين الوكيل والرسول مبني على خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه في نور العين.

ثم اعلم أن كلام التاترخانية يفيد تفصيلاً في مسألة الوكيل، وذلك أن المودع إنما يضمن بالمنع عن الوكيل إذا كان كوكيله ثابتاً بالمعينة أو بالبينة، أما إذا كان بتصديق المودع فإنه لا يضمن، وكذا لو كذبه بالأولى. وانظر هل يجري على هذا التفصيل في مسألة الرسول أيضاً، ومقتضى ما نذكره في المقالة الآتية عن الخانية من قوله فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلك الوديعة لا ضمان أنه لو صدقه يضمن فيخالف مسألة الوكيل. إلا أن يقال: إن قوله فلم يصدقه ليس قيداً احترازياً فلا مفهوم له، وهذا إن حمل على أنه رسول، وكذا إن حمل على أنه وكيل يخالف ما ذكرنا من التفصيل. ثم قال في البحر: وينبغي أن يكون محل هذا التفصيل: أي في أصل المسألة فيما إذا ترك عن رضا وذبح لا يضمن، وفيما إذا كان عن غير رضا يضمن ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذباً في قوله، أما إذا كان صادقاً فلا يضمن مطلقاً لما قلنا انتهى.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: فيه نظر، لما في التجنيس أنه لو طلبها بوكيله أو رسوله فحبسها لا يضمن فتأمل. وانظر إلى ما ذكره بعيد من قوله «ولو بعلامة منه» يحتاج بأنه إنما منعه ليوصلها إلى الأصل بنفسه لتكذيبه إياه، وفرع الخلاصة فيه المنع للعجز عن التسليم والترك والذهاب عن رضا إلى وقت آخر، وفيه إنشاء إيداع بخلاف الأول، حتى لو كذبه في الفرع الذي تفقه فيه مع ذلك، والمسألة بحالها لا يضمن، فتأمل. قوله: (ولو بعلامة منه) لإمكان إتيان غير الرسول بهذه العلامة إلا أن يبرهن أنها له كما في الخلاصة وغيرها.

قال في الخانية: رجل أودع عند إنسان وديعة وقال في السر من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة، فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلك الوديعة، قال أبو القاسم: لا ضمان على المودع اهـ.

وفي حاشية جامع الفصولين للخير الرملي: وهل يصح هذا التوكيل ولا يضمن

على الظاهر (قادراً على تسليمها ضمن، وإلا)، بأن كان عاجزاً أو خاف على نفسه

المودع بالدفع أم لا يصح لكون الوكيل مجهولاً ويضمن بالدفع؟ قال الزاهدي في حاويه رامزاً: فيه تفصيل، لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان لا يمكن لأحد من الناس استماع كلامهما فالدفع لمن جاء إليه بتلك العلامة، وأما استماعه ذلك من أجنبي فنادر، وإن كان عند ذلك بمكان فيه أحد من الناس ممن يفهم اتفاقهما على ذلك أو بمكان يمكن فيه لأحد استماع اتفاقهما إلى ذلك خفية وهما لا يريانه فالوكالة باطلة والدفع مضمن اهـ. هذا ما نقله الرملي.

قلت: كثيراً ما يقع أن المالك بعد اتفاقه مع المودع على ذلك يبعث رجلاً بتلك العلامة فيسمعه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة.

وقد يقال: إن هذا لا ينافي صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع: والظاهر أن المالك إذا قال لم أذكر العلامة لهذا الرجل الذي جاء وإنما ذكرتها لغيره أن يكون القول له لأنه منكر فيضمن المودع، فتأمل والله تعالى أعلم. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى قوله: (على الظاهر) أي ظاهر المذهب، وهو راجع إلى الوكيل والرسول، وقال الثاني يضمن كما في الهندية، وقد اختلفت الفتاوى في هذا، وقد علمت المعتمد. قوله: (ضمن) إن ضاعت لوجود التعدي بمنعه لأنه صار غاصباً، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنهما بحبسه عنه. داماد.

قال في البحر: ولو قال له بعد طلبه اطلبها غداً ثم ادعى ضياعها، فإن قال ضاعت بعد الإقرار لا ضمان، وإلا ضمن انتهى. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: قوله بعد الإقرار: أي الإقرار ضمناً في قوله اطلبها غداً، وقوله بعد الإقرار ظرف لضاعت لا لقال.

وفي جامع الفصولين: طلبها ربهما فقال اطلبها غداً فقال في الغد تلفت، فلو قال تلفت قبل قولي اطلبها غداً ضمن، لا لو قال بعده للتناقض في الأول لا الثاني.

قال ربهما: ادفعها إلى قني هذا فطلبها فأبى أو قال غداً يضمن اهـ: أي لأنه كأنه وكل قته بحضرة المودع والوكيل لا يملك ابتداء الإيداع في قوله غداً انتهى. والمسألة في الخانية أيضاً. قوله: (بأن كان عاجزاً) أي عاجزاً حسياً كأن لا يستطيع الوصول إلى محل الوديعة أو معنوياً، وهو ما أشار إليه بقوله أو خاف على نفسه: أي من ظالم أن يقتله أو دائن أن يحبسه وهو غير قادر على الوفاء أو كانت امرأة وخافت من فاسق أو خاف على ماله بأن كان مدفوناً معهما، فإذا ظهر اغتصبه منه غاصب فامتنع عن التسليم لذلك لا يضمن، لأنه لم يكن ظالماً. قوله: (أو خاف على نفسه أو ماله) في المحيط: لو طلبها أيام الفتنة فقال لم أقدر عليها هذه الساعة لبعدها أو لضيق الوقت فأغاروا على تلك الناحية

أو ماله بأن كان مدفوناً معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفاً أراداه صاحبه أن يأخذ ليضرب به رجلاً ظلماً فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم به ترك الرأي الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح. جواهر (كما لو أودعت) امرأة (كتاباً) فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لثلاث يذهب حق الزوج. خانية (ومنه) أي من المنع ظلماً (موته) أي موت المودع (مجهلاً فإنه

فقال أغير عليها لم يضمن، والقول له اه. قوله: (كطلب الظالم) أي وديعته ليظلم بها فإنه بمنعها لا يكون ظلماً، حتى لو ضاعت لا يكون ضامناً كمنعه منه وديعة عبده فإنه به لا يكون ظلماً، لأن المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذوناً كان أو محجوراً ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير، فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحيثئذ يأخذه. خلاصة ط. وإنما كان المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام في طلبه هو فما بعده مفرع عليه: أعني قوله فلو كانت الوديعة سيفاً الخ، يدل عليه قول المصنف في المنع لما فيه من الإعانة على الظلم. قوله: (فلو كانت) تفريع على عدم الضمان بالمنع عند طلب الظالم.

وحاصله: أنه لا يضمن بطلب صاحب الوديعة حيث كان ظلماً بأن كانت الوديعة سيفاً فطلبه ليقتل به رجلاً مظلوماً بغير حق ولو معاهداً أو امرأة أو صبيّاً، فلو منعه لا يضمن لكون الطالب ظلماً ومثل السيف كل مؤذ فيما يظهر. قوله: (ليضرب به رجلاً) أي مظلوماً ولو معاهداً أو امرأة أو صبيّاً ط. قوله: (إلى أن يعلم الخ) فلو شك فيما ذكر لا يعد بمنعه ظلماً فلا يضمن بهلاكه. كذا يفاد من مفهومه ط. قوله: (كما لو أودعت) أتى بالكاف ليفيد أنه مثال غير مخصص، فمثله كل ما كان في معناه فيما يظهر.

قال في الأشباه: لا يجوز للمودع المنع بعد الطلب إلا في مسائل: لو كان سيفاً ليضرب به ظلماً، ولو كان كتاباً فيه إقرار بمال الغير أو قبض اه. قوله: (أي موت المودع) بفتح الدال مجهلاً، أما بتجهيل المالك فلا ضمان، والقول للمودع بيمينه بلا شبهة. قال الحانوتي: وهل من ذلك الزائد في الرهن على قدر الدين اه.

أقول: الظاهر أنه منه لقولهم: ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن، فإذا مات مجهلاً يضمن ما زاد، وقد أفيت به. رملي ملخصاً. قال ط: من الوديعة الزائد من الرهن على مقدار الدين فيضمن بالموت عن تجهيل وتكون الوديعة ونحوها كدين الصحة فيحاصص ربه الغرماء، لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، ولأنه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكاً لها اه.

قال في مجمع الفتاوى: المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دين عليه في تركته،

يضمن) فتصير ديناً في تركته، إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان.

لأنه صار مستهلكاً الوديعة بالتجهيل؛ ومعنى «موته مجهلاً» أن لا يبين حال الأمانة كما في الأشباه.

وقد سئل عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندي ورقة في الخانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد. فأجاب بأنه من التجهيل. لقوله: في البدائع: هو أن يموت قبل البيان ولم يعرف الأمانة بعينها اهـ. قال الحموي: وفيه تأمل. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: ولينظر ما وجه التأمل.

وفي نور العين: لو مات المودع مجهلاً ضمن: يعني لو مات ولم يبين حال الوديعة، أما إذا عرفها الوارث والمودع يعلم أنه يعرف المودع فمات لم يضمن؛ فلو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب، لو فسرهما بأن كانت كذا وكذا وقد هلك صدق لكونها عنده.

وفي الذخيرة: قال ربه مات المودع مجهلاً وقالت ورثته كانت قائمة يوم موت المودع ومعروفة ثم هلك بعد موته صدق ربه هو الصحيح، إذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الورثة. ولو قال ورثته ردها في حياته أو تلفت في حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلاً فيقرر الضمان في التركة، ولو برهنوا أن المودع قال في حياته رددتها يقبل إذ الثابت بينة كالثابت بعيان اهـ. قوله: (إلا إذا علم) بالبناء للفاعل وضميره للمودع بالفتح الذي مات مجهلاً، وإذا قال الوارث ردها في حياته أو تلفت في حياته لم يصدق بلا بينة، ولو برهن أن المودع قال في حياته رددتها يقبل.

قال الحموي في شرحه: وقيد في الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلاً بأن لا يعرفها الوارث، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لا يضمن اهـ. وذلك بأن سئل عنها فقال عند فلان علمها.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه في جواب سؤال: والذي تحرر من كلامهم أن المودع إن أوصى بالوديعة في مرض موته ثم مات ولم توجد فلا ضمان في تركته، وإن لم يوص فلا يخلو إما أن يعرفها الورثة أو لا: فإن عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد لا ضمان في التركة؛ وإن لم يعرفوها وقت موته فلا يخلو، إما أن تكون موجودة أو لا، فإن كانت موجودة وثبت أنها وديعة إما بينة أو إقرار الورثة أخذها صاحبها ولا يتوهم أنه في هذه الحالة مات مجهلاً فصارت ديناً فيشارك أصحاب الديون صاحبها، لأن هذا عند عدم وجودها، أما عند قيامها فلا شك أن صاحبها أحق بها، فإن لم توجد فحيثئذ هي دين في التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة، وإن وجد بعضها وفقد بعضها، فإن كان مات مجهلاً أخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود في التركة وإلا أخذ الموجود فقط؛ وإن مات وصارت ديناً، فإن كانت من ذوات الأمثال وجب مثلها وإلا

ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب، إن فسرهما وقال هي كذا وأنا علمتها وهلك، صدق هذا وما لو كانت عنده سواء، إلا في مسألة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع إذا دل ضمن. خلاصة. إلا

فقيمتها، فعليك بحفظ هذا التحرير. والله سبحانه وتعالى أعلم نقل من فتاوى التمرتاشي.

وأجاب قارئ الهداية عن سؤال بقوله: إذا أقام المودع بينة على الإيداع وقد مات المودع مجهلاً للوديعة ولم يذكرها في وصيته ولا ذكر حالها لورثته فضمنها في تركته، فإن أقام بينة على قيمتها أخذت من تركته، وإن لم تكن له بينة على قيمتها فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم، ولا يقبل قول الورثة إن مورثهم ردها لأنه لزمهم ضمانها فلا يبرؤن بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على أن مورثهم ردها هـ.

وقال في جواب آخر: ادعوا أن مورثهم ادعى قبل موته أنه رده إلى مالكه أو أنه تلف منه وأقاموا بينة على أنه قال ذلك في حياته تقبل بينتهم؛ وكذلك إذا أقاموا بينة أنه حين موته كان المال المذكور قائماً وأن مورثهم قال هذا المال لفلان عندي وديعة أو قرض أو قبضته لفلان بطريق الوكالة أو الرسالة لأدفعه إليه فادفعوه إليه ولكنه ضاع بعد ذلك من عندنا لا ضمان عليهم ولا في تركته هـ.

أقول: وفي قوله أو قرض نظر، إن حمل على أن الميت استقرضه منه لأنه دخل في ملكه وصار مطالباً ببده، وإذا هلك يهلك عليه بعد قبضه، إلا أن يحمل على أن المالك كان استقرضه ووضعه عند الميت أمانة فليتأمل هذا.

وفي حاشية الأشباه للبري عن منية المفتي ما نصه: وارث المودع بعد موته إذا قال ضاعت في يد مورثي: فإن كان هذا في عياله حين كان مودعاً يصدق، وإن لم يكن في عياله لا هـ. قوله: (صدق) يعني لو ادعى الطالب التجهيل بأن قال مات المودع مجهلاً وادعى الوارث أنها كانت قائمة يوم مات وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته فالقول للطالب في الصحيح، إذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الوارث كما في جامع الفصولين والبرازية كما علمت. قوله: (وما لو كانت عنده) أي عند المورث: يعني أن الوارث كالمودع فيقبل. قوله: (في الهلاك إذا فسرهما فهو مثله)، إلا أنه خالفه في مسألة وهي قوله الآتي إلا في مسألة وهي الخ. قوله: (إلا أنه إذا منعه) أي المودع السارق: يعني أن المودع بعد ما دل السارق على الوديعة فجاء السارق ليأخذها فمنعه فأخذها السارق قهراً لا يضمن. قال في الخلاصة: المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ، فإن منعه لم يضمن هـ. قوله: (إلا إذا منعه) أي المودع السارق فأخذ كرهاً. فصولين. وهو استثناء من قوله: (والمودع إذا دل ضمن).

إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما في سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشریک ومفاوض (إلا في) عشر على ما في الأشباه، منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلاً) فلا يضمن قيد بالغلة،

قوله: (كما في سائر الأمانات) ومنها: الرهن إذا مات المرتهن مجهلاً يضمن قيمة الرهن في تركته كما في الأقروي، والمراد بالضمان: أي الزائد كما قدمناه عن الرمي؛ وكذا الوكيل إذا مات مجهلاً كما يؤخذ مما هنا، وبه أفتى الحامدي بعد الخيري.

وفي إجارة البزازية: المستأجر يضمن إذا مات مجهلاً ما قبضه اهـ. سائحاني. ومنها: المأمور بالدفع إذا مات مجهلاً كما في التنقيح لسیدی الوالد رحمه الله تعالى. وفيه الأب إذا مات مجهلاً يضمن، لكن صحح عدم ضمانه إذ الأب ليس أدنى حالاً من الوصي بل هو أوفى حالاً من الوصي حيث لا يضمن إلا إذا كان الأب ممن يأكل مهوور البنات كالفلأحين والأعراب، فالقول بتضمينه إذا مات مجهلاً ظاهر لأنه غاصب من أول الأمر؛ لأنه إنما قبض المهر لنفسه لا لبنته، فليكن التعويل على هذا التفصيل ومثله الجد كما مر اهـ ملخصاً. قوله: (فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل) ويكون أسوة الغرماء. بيري على الأشباه. قوله: (ومفاوض) عطف خاص وكمرتن. أنقروي وتقدم عنه. قوله: (إلا في عشر على ما في الأشباه) وعلى ما في الشرنبلالي على الوهبانية تسعة عشر كما تقف عليه. وفيه شبه اعتراض على المصنف حيث اقتصر في الاستثناء على ثلاثة والسبعة الباقية ذكرها في الأشباه صارت عشرة.

وعبارة الأشباه: الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين. والأب إذا مات مجهلاً مال ابنه، والوارث إذا مات مجهلاً ما أودع عند مورثه، وإذا مات مجهلاً لما ألفته الريح في بيته أو لما وضعه مالكة في بيته بغير علمه، وإذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً اهـ ملخصاً. وقدمنا قريباً ذكر الأب والجد فلا تنسه، ومن السبعة الباقية أحد المتفاوضين، ويأتي للشارح اعتماد الضمان. ونذكر تمامه إن شاء الله تعالى. قوله: (ناظر أودع غلات الوقف) عبارة الدرر قبض وهي أولى. تأمل. والذي في الأشباه: الناظر إذا مات مجهلاً غلات الوقف، ثم كلام المصنف عام في غلات المسجد وغلات المستحقين.

أقول: هكذا أطلقت المسألة في كثير من الكتب، ووقع فيها كلام من وجهين:

الأول: أن قاضيخان قيد ذلك بمتولي المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان، أما إن كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقاً بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفاً على أخوين غاب أحدهما وقبض الحاضر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصياً ثم حضر الغائب وطالب الوصي بنصيبه من الغلة. قال الفقيه أبو

لأن الناظر لو مات مجهلاً لمال البدل ضمنه

جعفر: إذا كان الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع في تركه الميت بحصته من الغلة، وإن لم يكن هو القيم إلا أن الأخوين أجرا جميعاً فكذا، وإن أجرا الحاضر كانت الغلة كلها له في الحكم ولا يطيب له انتهى كلامه. وهذا مستفاد من قولهم غلة الوقف وما قبض في يد الناظر ليس غلة الناظر بل هو مال المستحقين بالشروط:

قال في الأشباه من القول في الملك: وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل انتهى. وبينغي أن يلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعمارة، والله أعلم. كذا حرره شيخ مشايخنا منلا علي رحمه الله تعالى.

الثاني: أن الإمام الطرسوسي في أنفع الوسائل ذكر بحثاً أنه يضمن إذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان، أما إذا لم يطالب: فإن محموداً معروفاً بالأمانة لا يضمن وإلا ضمن، وأقره في البحر على تقييد ضمانه بالطلب: أي فلا يضمن بدونه. أما به فيضمن وهو ظاهر. وبه أفتى الشيخ إسماعيل الحائك، لكن ذكر الشيخ صالح في زواهر الجواهر أنه يضمن وإن لم يطالبه المستحق، لأن لما مات مجهلاً فقد ظلم، وقيده بحثاً بما إذا لم يمت فجأة، أما إذا مات على غفلة لا يضمن لعدم تمكنه من البيان، بخلاف ما إذا مات بمرض ونحوه وأقره الشارح، وعدم تمكنه من البيان لو مات فجأة إنما يظهر لو مات عقب قبضه الغلة كما يأتي.

والحاصل: أن المتولي إذا قبض غلة الوقف ثم مات مجهلاً بأن لم توجد في تركته ولم يعلم ما صنع بها لا يضمنها في تركته مطلقاً كما هو المستفاد من أغلب عباراتهم، ولا كلام في ضمانه بعد طلب المستحق ولا في عدم ضمانه لو كانت الغلة لمسجد، وإنما الكلام فيما لو كانت غلة وقف لها مستحقون مالكون لها هل يضمنها مطلقاً على ما يفهم من تقييد قاضيهان، أو إذا كان غير محمود ولا معروف بالأمانة كما بحثه الطرسوسي، أو إذا كان موته بعد مرض لا فجأة كما بحثه في الزواهر؟ فليتأمل، وهذا كله في غلة الوقف. أما لو مات مجهلاً لمال البدل: أي لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف فإنه يضمن بموته مجهلاً بالأولى كما قال الشارح عن المصنف، وبه يعلم أن إطلاق المصنف والشارح في محل التقييد، فتنبه. قوله: (لأن الناظر لو مات مجهلاً لمال البدل ضمنه) أما لو علم ضياعه لا يضمن.

قال في البحر عن المحيط: لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه اهـ. وهذا صريح في جواز الاستبدال بالدرهم والدنانير، فلا يشترط كون البدل عقاراً، وهو يتأني ما قدمه في الوقف من اشتراط كون البدل عقاراً، أفاده أبو السعود في حاشية الأشباه ط.

أشبهاء: أي لثمن الأرض المستبدلة.

قلت: فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بحثاً بالفجأة، فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعاً لها ظلماً فيضمن، ورد ما بحثه في أنفع الوسائل،

أقول: لكن قدم الشارح في الوقف عن الأشبهاء أنه لا يجوز استبدال العامر إلا في أربع.

قلت: لكن في معروضات المفتي أبو السعود أنه في سنة ٩٥١ ورد الأمر الشريف بمنع استبداله وأمر بأن يصير بأمر السلطان تبعاً لترجيح صدر الشريعة اهـ فليحفظ اهـ. ونقله سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه.

أقول: وعليه المعول. قوله: (أشبهاء) قال محشيه الحموي: البديل بالبدال المهملة ثمن أرض الوقف إذا باعها بمسوخ الاستبدال كما صرح به في الخانية، قيد بالتجهيل إذ لو علم ضياعه لا يضمن.

قال في الذخيرة: إن المال في يد المستبدل أمانة لا يضمن بضياعه اهـ. وإنما ضمن بالموت عن تجهيل لأنه الأصل في الأمانات إذا حصل الموت فيها عن تجهيل، فافهم. ويستفاد من قولهم إذا مات مجهلاً لمال البديل يضمن جواب واقعة الفتوى، وهي أن المولى إذا مات مجهلاً لعين الوقف كما إذا كان الوقف دراهم أو دنائير على القول بجوازه وعليه عمل الروم أن يكون ضامناً، لأنه إذا كان يضمن بتجهيل مال البديل فتجهيل عين الوقف أولى. ذكره المصنف في منحه مع زيادة إيضاح. قوله: (على القول بجوازه) حيث جرت به العادة وعليه عمل أهل الروم كما علمت. قوله: (قاله المصنف) أي في منحه. قوله: (وأقره ابنه) الشيخ صالح. قوله: (وقيد) أي صاحب الزواهر. قوله: (موته بحثاً بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابساً ظلماً.

قلت: هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض. تأمل. وهذا راجع إلى المتن في البحث في غلة المستحقين كما يفيد كلامه الذي رد به على الطرسوسي لا إلى مال البديل وعين الوقف، حيث قال: لكن يقول العبد الضعيف: ينبغي أن يقال: إذا مات فجأة على غفلة لا يضمن لعدم تمكنه من بيانها فلم يكن حابساً ظلماً، وإن مات بمرض ونحوه فإنه يضمن لأنه تمكن من بيانها ولم يبين وكان مانعاً لها ظلماً فيضمن اهـ. وكان الأولى تقديم هذه المسألة هناك. قوله: (ورد ما بحثه في أنفع الوسائل) كما سمعته قريباً وما ذكره ابن المصنف من الرد.

وحاصل ما ذكره بحثاً تفصيلاً: إن حصل طلب المستحقين منه المال وآخر حتى مات مجهلاً يضمن، وإن لم يحصل طلب منه ومات مجهلاً ينبغي أن يقال أيضاً: إن كان

فتنبه، (و) منها: (قاض مات مجهلاً لأموال اليتامي) زاد في الأشباه: عند من

محموداً بين الناس معزوفاً بالديانة والأمانة لا ضمان عليه، وإن لم يكن كذلك ومضى زمان والمال في يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي يضمن، وما ذكره الشيخ صالح ابن المصنف هو قوله.

أقول: هو لما مات مجهلاً فقد ظلم وقصر حيث لم يبين قبل موته فكان حاسباً لها ظلماً فيضمن سواء طلب منه أو لا، ولا دخل لكونه محموداً أو غير محمود، ولو كان محموداً لبينها قبل موته في مرضه وخلص نفسه، فالحسن ما عليه المشايخ الأعلام، ثم ذكر بحثه السابق.

قال العلامة الرملي: العمل بإطلاقهم متعين، ولا نظر لما قاله الطرسوسي، وينبغي أن يقال ذلك فيما قال ابن المصنف في زواهره ا هـ. ثم إن هذا من المؤلف خلط مقام بمقام فإنه لا خلاف في عدم ضمانه بموته مجهلاً غلات المسجد، وأما إذا مات مجهلاً استحقاق المستحقين ففيه اختلاف المشايخ، وما عليه مشايخ المذهب أنه يضمن مطلقاً خلافاً لتفصيل الطرسوسي.

والحاصل: أن بحث الطرسوسي وصاحب الزواهر في غلة المستحقين، ولا تنس ما قدمناه قريباً من حاصل الكلام في هذه المسألة والسلام. قوله: (ومنها قاض مات مجهلاً لأموال اليتامي) قال المصنف في شرح تحفة الأقران: إذا خلط الأمين بعض أموال الناس ببعض أو الأمانة بماله فإنه ضامن، إلا في مسائل: لا يضمن الأمين بالخلط القاضي إذا خلط ماله بمال غيره أو مال رجل آخر، والمتولي إذا خلط مال الوقف بمال نفسه وقيل يضمن ا هـ.

واعلم ما ذكره المصنف تبع فيه الأشباه من أن القاضي إذا مات مجهلاً أموال اليتامي لا يضمن، لكنه مخالف لما في جامع الفصولين من السابع والعشرين: لو وضع قاض مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع، ولو دفعه القاضي إلى قوم ثقة ولا يدري إلى من دفع لم يضمن إذ المودع غيره ا هـ. تأمل.

وفيه أيضاً: ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً، ولو خلطاه بماله ضمن وضمن الأب بموته مجهلاً، ولو وضع القاضي مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع الخ.

أقول: لعل وجه الضمان كونها لا تتخطى الورثة فالغرم بالغنم، ويظهر من هذا الوصي إذا وضع مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً يضمن، لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضي أو الأب فضمنانه بالأولى. وفي الخيرية: وفي الوصي قول بالضممان. ويأتي تمام الكلام على ذلك قريباً إن شاء الله تعالى.

أودعها، ولا بد منه، لأنه لو وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضي ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما في تنوير البصائر، فليحفظ، (و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلاً) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد

وأقول: وكذا الغاصب كما ذكره الكمال في فصل الشهادة على الإرث، وكذا المستأجر كما في البزازية في مسائل موت أحد المتعاقدين أيضاً. قوله: (ولا بد منه) ويؤيده قول جامع الفصولين: مات المودع ولا تدري الوديعة بعينها صارت ديناً في ماله، وكذا كل شيء أصله أمانة وتفصيل الأشباه وعبرة الظهيرية والفصولين. قوله: (لأنه وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن) وقدمنا وجهه، وكذا إذا جن جنوناً لا يرجى برؤه، كذا في شرح البيري معزياً لخزانة الأكمل. أبو السعود. لكن ذكر قاضيخان عن إبراهيم بن رستم: لو مات القاضي ولم يبين ما عنده من مال اليتيم لا يضمن. شرنبلالية. وفي البزازية: إذا قبض ماله ووضعه في منزله ولا يدري أين وضعه ومات يضمن إلا إذا قال للقاضي حال حياته ضاع أو أنفقته عليه لا يضمن اهـ. فتأمل. قوله: (ومنها سلطان أودع النخ) وذلك إنما يكون قبل القسمة.

أقول: وكذا إذا مات مجهلاً أموال اليتيم عنده كما في العمادية.

قال ط: ومنها: الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين. ومنها: الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه. ومنها: إذا مات الوارث مجهلاً ما أودع عند مورثه، وهذه لم يعزها صاحب الأشباه لأحد. ومنها: إذا مات مجهلاً ما ألقته الريح في بيته. ومنها: إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكة في بيته بغير علمه كذا في الأشباه.

قال السيد الحموي: والصواب بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه. ومنها: إذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً لأنه لم يلتزم الحفظ وهي الستة تمام العشرة، وكذلك إذا بلغ ثم مات إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا، والمعتوه كالصبي في ذلك.

وذكر البيري أنه إذا مات الصبي بعد البلوغ ولم يدر متى هلك الوديعة ولم يعلم كيف حالها لم يوجب القاضي ضماناً في ماله بالعقد الموقوف حتى يقيم المدعي بينة يشهدون أنهم رأوها في يده بعد البلوغ اهـ. قوله: (وليس منها مسألة أحد المتفاوضين) ذكر محمد في كتاب شركة الأصل مسألة رابعة، وهي أن أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين المال الذي كان في يده لم يضمن نصيب شريكه كما في المنبع نقلاً عن تهذيب الواقعات للحسام الشهيد. وهكذا في الولوالجية. ولكن في فتاوى قاضيخان: وأما أحد المتفاوضين

لما نقله المصنف هنا. وفي الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلاً وخلافه غلط.

قلت: وأقره محشوها، فبقي المستثنى تسعة فليحفظ. وزاد الشرنبلالي في

إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات، ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه انتهى.

والعلامة الكمال بن الهمام قال في كتاب الشركة: الأمين إذا مات مجهلاً يضمن إلا في ثلاث، وجعل عدم ضمان المفاوض منها، ثم صرح في كتاب الوقف بأن المستثنى ثلاث وسكت عن ضمان المفاوض وأورد بدله غيره فليوفق.

أقول: من الله التوفيق، وغايته الحمل على اختلاف الروايتين. ولكن بدفعه تغليط قاضيه خان عدم الضمان ويصحح ضمان نصيب صاحبه، ويدل عليه ما نصه في القنية: مات أحد المتفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلاً يضمن، كما لو مات مجهلاً للعين انتهى. فظهر أن هذا هو المذهب وأن ما ذكره المحقق الكمال ضعيف.

قال المصنف تبعاً للبحر: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه، كذا في الخانية من الوقف. وبه يتضح أن ما في الفتح وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك يكون ضامناً بالموت عن تجهيل عناناً أو مفاوضة ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلاً لمال المضاربة أو للمشتري بمالها.

قال في البزازية من النوع الخامس عشر في أنواع الدعاوى ما نصه: وفي دعوى مال الشركة بسبب الموت مجهلاً لا بد أن يبين أنه مات مجهلاً لمال الشركة، وأما المشتري بمالها ومال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمالها مضمون بالقيمة ومثله مال المضاربة إذا مات المضارب مجهلاً لمال المضاربة أو للمشتري بمالها وهذا صريح في الضمان فإذا أقر في مرضه أنه ربح ألفاً ثم مات من غير بيان لا ضمان، إلا إذا أقر بوصولها إليه كما في قاضيه خان من كتاب المضاربة. قوله: (لما نقله المصنف هنا وفي الشركة) ونقله صاحب البحر في الشركة. قوله: (أنه يضمن نصيب شريكه) عناناً أو مفاوضة، ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلاً كما علمت. قوله: (وأقره محشوها) أي أقر الصواب. محشو الأشباه. قوله: (فبقي المستثنى تسعة) أي بخروج الشريك من العشرة وهي الثلاثة المذكورة في المصنف والستة المذكورة في الأشباه. قوله: (وزاد الشرنبلالي في شرحه

شرحه للوهبانية على العشرة تسعة: الجد ووصيه ووصي القاضي وستة من المحجورين، لأن الحجر يشمل سبعة؛ فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته؛ والمعتوه كصبي، وإن بلغ ثم مات لا يضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا، فإن كان الصبي والمعتوه مأذوناً لهما،

للهبانية على العشرة) أي بزيادة مسألة أحد المتفاوضين على ما تقدم. قوله: (الجد) قلت: يفهم من ذكر الأب، فإن أحكامه أحكامه إلا فيما استثنى وهذه ليست منها؛ وقدمنا ذكرهما. قوله: (ووصيه ووصي القاضي) هما داخلان في الوصي في كلام الأشباه فلا وجه لزيادة ما ذكر، إلا أن يقال: حمله على وصي الأب لبيان التفصيل للإيضاح، فتأمل. قوله: (وستة من المحجورين) أي والسابع وهو الصبي المحجور عليه مذكور هنا.

قلت: هي تعلم من ذكر الصبي ط: أي لو أودع عندهم وماتوا مجهلين فلا ضمان عليهم والستة من المحجورين وهم ما عدا الصغرى، وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه، ومراده الزيادة على ما في الأشباه، فافهم. قوله: (لأن الحجر يشمل سبعة) أي وقد قدمنا ما لو كان المودع صبياً وهي من الصور التي ذكرها في الأشباه ولم يذكرها شارحنا هنا. قوله: (فإنه) أي الحجر لصغر مسألة الصغر من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقول: عدها هنا باعتبار قوله: (وإن بلغ ثم مات لا يضمن). تأمل. أو يقال: إن مراده مجرد المحجورين سبعة وأن مراده ستة منهم ما عدا الصغر لأنه مذكور في الأشباه، ولذلك قال: وستة من المحجورين. قوله: (ورق) قال في الظهيرية لو أن عبداً محجوراً عليه أودعه رجل مالاً ثم أعتقه الولي ثم مات ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله سواء شهد الشهود بقيام الوديعة بعد العتق أم لا، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه، إلا أن تعرف الوديعة فترد على صاحبها هـ. قوله: (ودين) بفتح الدال وسكون الياء. قوله: (والمعتوه كصبي) قال في تلخيص الجامع: أودع صبياً محجوراً يعقل ابن اثني عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلاً لا يجب الضمان انتهى. ولعله قصد بكاف التشبيه الإشارة إلى ما يأتي عن الوجيز تأمل. وعلل في الوجيز شرح الجامع الكبير عدم ضمانه بأنه لم يلتزم الحفظ، ثم قال: وإن بلغ ثم مات فكذلك إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا. والمعتوه كالصبي في ذلك، فإن كان مأذوناً لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا هـ. وبه تتضح عبارة الشارح. قوله: (وإن بلغ) أي الصبي ومثله إذا أفاق المعتوه كما يؤخذ مما سلف. قوله: (مأذوناً لهما) أي في التجارة كما في البيري عن خزانة الأكميل، أو في قبول الوديعة كما في الوجيز، فإن عبارته كما في الحموي: فإن كانا مأذوناً لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا هـ. ونص في الهندية على ضمانه في صورتين إجماعاً

ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا. كذا في شرح الجامع الوجيز. قال: فبلغ تسعة عشر، ونظم عاطفاً على بيتي الوهبانية بيتين وهي: [الطويل]

وَكُلُّ أَمِينٍ مَاتَ وَالْعَيْنُ يَحْصُرُ وَمَا وَجَدَتْ عَيْنًا قَدَيْنًا تُصِيرُ
سِوَى مُتَوَلِّيِ الْوَقْفِ ثُمَّ مَفَاوِضِ وَمُودِعَ مَالِ الْغَنَمِ وَهُوَ الْمُؤَمَّرُ
وَصَاحِبُ ذُرِّ أَلْقَتِ الرِّيحَ مِثْلَ مَا لَوْ أَلْقَاهُ مُلَاكٌ بِهَا لَيْسَ يَشْعُرُ
كَذَا وَالِدٌ جَدٌّ وَقَاضٍ وَصِيُّهُمْ جَمِيعاً وَمَحْجُورٌ قَوَارِثُ يَسْطُرُ

ط. قوله: (ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا) هذا نشر على سبيل اللف، وهذه ثمرة تشبيه الشارح المعتوه بالصبي دون غيره، لا أن ثمرته جعل السبعة ستة بتداخل العته في الصغر لأن الصبي المحجور عليه من عشرة. الأشباه. قوله: (شرح الجامع) أي الكبير، وقوله: (الوجيز) بدل من شرح فإن اسمه الوجيز. قوله: (قال) أي الشربلالي فبلغ: أي المستثنى. قوله: (تسعة عشر) أي بناء على عدّ المفاوض منها وهو غلط كما تقدم نقله عن قاضيخان. قوله: (ونظم الغ) أي نظم التسعة وبقية عشرة. الأشباه. قوله: (وهي) أي الأبيات الأربعة الأولان لابن وهبان. قوله: (والعين) مفعول مقدم ليحصر والجملة حال: أي كل أمين مات والحال أنه يحوز العين، وما وجدت تلك العين بعينها فتصير ديناً فضمير وجدت وتصير راجعان إلى العين، وكلمة ما نافية وضمير يحصر للأمين، ومعناه يحفظ. قوله: (وما وجدت) أي العين الأمانة عيناً: أي معينة مشخصة. قوله: (تصير) بالبناء للمجهول. قوله: (ثم مفاوض) هذا على خلاف المعتد كما قدمناه. قوله: (ومودع) بكسر الدال اسم فاعل، من أودع: أي سوى مودع مال اليتيم: يعني إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. قاله أبو الطيب. قوله: (وهو المؤمر) أي الذي جعل أميراً على الجيش فإن ذلك له قبل القسمة، فالمؤمر بصيغة اسم المفعول. قوله: (ألقت الريح) أي في تلك الدار شيئاً. قوله: (لو القاه) بدرج الهمزة. قوله: (ملاك) جمع مالك. قوله: (بها) أي بالدار. قوله: (ليس يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال لغير علمه. واعترضه الحموي بأن الصواب بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه اهـ. وقدمناه قريباً فكان عليه أن يقول في النظم ليس يأمر. قوله: (جميعاً) يعني أن وصي الأب والجد والقاضي لا يضمن، وليس المراد أن الجميع أوصوا إليه، وقد مر الكلام على ذلك، ويأتي قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (ومحجور) بأنواعه السبعة، فإن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكون الموجود في النظم سبعة عشر. تأمل. قوله: (قوارث) بغير تنوين: أي إذا مات مجهلاً لما أخبره المورث به من الوديعة. قوله: (يسطر) خبر لمبتدأ محذوف: أي وهذا يسطر لحفظه ويسطر مخفف.

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر. ابن كمال

قال ابن الشحنة: وفي التبيين قاعدة استثنى منها مسائل، فالقاعدة قال في البدائع: لو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فإنه يعود ديناً فيما خلف المضارب، وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان، ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه ديناً في تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال، ولو عين الميت المال في حال الحياة أو علم ذلك تكون تلك الأمانة في يد وصيه أو يد وارثه كما كانت في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته.

والمسائل الثلاثة المستثناة ذكرها بعد القاعدة في التتمة ناقلاً عن واقعات الناطقي، الأمانات تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل: إحداهما: متولي الأوقاف إذا مات ولم يعرف حال غلتها الذي أخذ ولم يبين لا ضمان عليه.

الثانية: إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه.

الثالثة: أن أحد^(١) المتفاوضين إذا مات وفي يده مال الشركة اهـ. وقد علم ذلك مما قدمناه قريباً. قوله: (وكذا لو خلطها المودع) خلط مجاورة كقمح بقمح أو ممازجة كمائع بمائع.

اعلم أن الخلط على أربعة أوجه:

خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وأنه لا يقطع حق المالك بالإجماع، ولو هلك قبل التمييز هلك أمانة كما لو هلك قبل الخلط.

وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير، وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان في الصحيح، وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع هنا ويكون له الخيار. وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكاً للمخالط عند أبي حنيفة، وفي الاستحسان لا يصير.

وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم والخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وإنه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع.

وخلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن أو خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الحنطة بالحنطة أو الشعير

(١) في ط (قوله أن أحد الخ) لعل الظاهر إسقاط لحفظ أو زيادة لا ضمان عليه بعد قوله مال الشركة.

بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود، فعند أبي حنيفة هو استهلاك مطلقاً لا سبيل لصاحبه، إلا تضمين المودع مثله أو قيمته وصار المخلوط ملكاً للمخالط، ولا يباح له قبل أداء الضمان، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار، إن شاء ضمن المخالط مثله، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه، لأنه يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه فيميل إلى أيهما شاء لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عيناً من غير قضاء ولا رضا، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائماً معنى فيخير. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك، لأن إعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامناً. زيلعي ومسكين. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه جعل الأقل تابعاً للأكثر. وقال محمد رحمه الله تعالى: يشاركه بكل حال، وكذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى في كل مائع خلطه بجنسه يعتبر الأكثر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بانقطاع حق المالك في الكل، ومحمد رحمه الله تعالى بالتشريك في الكل. هندية.

ولو خلط المتولي ماله بمال الوقف لم يضمن، وفي الخلاصة ضمن. وطريق خروجه من الضمان الصرف في حاجة المسجد أو الرفع إلى الحاكم. منتقى.

القاضي لو خلط مال صبي بماله لم يضمن، وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر، ولو بماله ضمن، وينبغي أن يكون المتولي كذلك، ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً، ولو خلط بماله ضمن.

يقول الحقير: وقد مر نقلاً عن المنتقى أيضاً أن الوصي لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن.

وفي الوجيز أيضاً قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين من أواخر السادس والعشرين.

ويخط السائحاني عن الخيرية: وفي الوصي قول بالضمان اهـ. قلت: فأفاد أن المرجح عدمه.

والحاصل: أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولي والقاضي والسمسار بمال رجل آخر والوصي، وينبغي أن الأب كذلك، يؤيده ما في جامع الفصولين: لا يصير الأب غاصباً بأخذ مال ولده، وله أخذه بلا شيء لو محتاجاً وإلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا

(بغير إذن) المالك (بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياذ بزيوف. مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط، لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء، ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبة وبعكسه شريك،

إذا أتلفه بلا حاجة اه بل هو أولى من الوصي تأمل، والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده في الفصول العمادية.

وفي الهندية: ولو خلطت الفضة بعد الإذابة صار من المائعات لأنه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور كذا في التبيين.

وفي الفتاوى العتابية: ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطهما ضمنهما كذا في التاترخانية، وإن كان الذي خلط الوديعة أحداً ممن هو في عياله كزوجته وابنه فلا ضمان عليه والضمان على الخالط. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا سبيل للمودع والمودع على العين إذا خلطها الغير ويضمنان الخالط. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إن شاء ضمنا الخالط وإن شاء أخذنا العين وكانا شريكين سواء كان الخالط كبيراً أو صغيراً. كذا في السراج الوهاج، حرأً كان أو عبداً. كذا في الذخيرة.

وقد قالوا: إنه لا يسع الخالط أكل هذه الدنانير حتى يؤدي مثلها إلى أربابها، وإن غاب الذي خلطها بحيث لا يقدر عليه، فإن تراضيا على أن يأخذها أحدهما وقد دفع قيمة مال الآخر جاز، وإن أبيا ذلك أو أبى أحدهما وقالاً نبيع ذلك فباعاها ضرب كل واحد منهما في الثمن بحصته، فإن كان المخلوط حنطة وشعيراً ضرب صاحب الحنطة بقيمتها حنطة مخلوطة وضرب صاحب الشعير بقيمة شعيره غير مخلوط. كذا في السراج الوهاج اه. قوله: (بحيث لا تتميز) أي أصلاً كخلط الشيرج مع الزيت أو مع التعسر كما مثل به الشارح. بقوله: (بكلفة كحنطة) واستفيد منه أن المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقاً كما في البحر. قوله: (ضمنها لاستهلاكه بالخلط) وإذا ضمنها ملكها، ولا تباح له قبل أداء الضمان، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة كما قدمناه. قوله: (وصح الإبراء) فلو أبرأه سقط حقه من العين والدين كما قدمنا. قوله: (ولو خلطه) أي الجيد قوله: (ضمنته) أي ضمن مثل الجيد قوله: (وبعكسه) أي لو خلط رديء الوديعة بجيدها. قوله: (شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى، ونص عبارته: لو خلط الوديعة بماله حتى لا تتميز يضمنها به ولا سبيل للمودع عليها. عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما يشركه إلى أن ذكر: ولو صبّ الرديء على الجيد يضمن مثل الجيد لأنه تعيب، وفي عكسه كان شريكاً لأن الرديء لا يتعيب بالجيد اه. فقد عرفه على قولهما القائلين بأن الخلط سبب الشركة ثم استثنى منها ما إذا خلط الرديء بالجيد وهو صحيح كما علمت مما قدمناه. وأما ما ذكره هنا مع اقتصاره على قول الإمام فإنه لا معنى له، لأنه

لعدمه. مجتبي (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك كما لو اختلطت بغير صنعه كأن انشق الكيس لتعدم التعدي ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيراً، ولا يضمن أبوه. خلاصة.

(ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي) خلطاً لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها؛ فلو تأتى التمييز أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداها ضمن ما أنفق فقط. مجتبي. وهذا إذا لم يضره التبعض.

إذا خلطه ملكه ووجب ضمانه ولو أبرأه عنه طاب سواء خلطه بالجليد أو بالرديء أو بالمائل، إلا أن هذا في غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط في الوديعة يوجب الضمان مطلقاً إذا كان لا يتميز. تأمل وتدبر. قوله: (لعدمه) أي عدم التعدي وهو علة المحذوف: أي ولا يضمن. قال في المنح: فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك اهـ. قوله: (كأن انشق الكيس) في صندوقه فاختلف بدراهمه اشتركا: أي المودع والمودع في المخلوط، حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما دراهم، ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل منهما. أبو السعود. قوله: (ولو خلطها غير المودع) أي سواء كان أجنبياً أو من في عياله كما علمت. قوله: (ضمن الخالط) عند الإمام. وقالوا: إن شاء ضمنها الخالط وإن شاء أخذ العين وكانا شريكين كما قدمناه عن الهندية. قوله: (ولو صغيراً) لأنه من التعدي على أموال الناس، كما لو كسر زجاجات الغير فإن الضمان عليه. قوله: (فرد مثله) قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أودع رجلاً ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها هبة أو شراء وردّها إلى موضعها فضاعت لم يضمن. وروي عن محمد: أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زبواً فردّها على المودع فهلكت ضمن. تاترخانية. قوله: (خلطاً لا يتميز) أي الباقي مع الخلط. قوله: (خلط ماله بها) قال في البحر: ضمن الكل البعض بالإتفاق والبعض بالخلط لأنه متعد بالإتفاق منها، وما رده باق على ملكه اهـ. قوله: (فلو تأتى التمييز) كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير فإنه لا يقطع حق المالك بإجماع كما قدمناه. قوله: (أو أنفق ولم يرد) فهلك الباقي لا يضمن لأنه حافظ للباقي. قوله: (وهذا إذا لم يضره التبعض) مرتبط. بقوله: «أو أنفق» ولم يرد كما في البحر.

وفيه: وقيد. بقوله: «فرد مثلها» لأنه لو لم يرد كان ضامناً لما أنفق خاصة لأنه حافظ للباقي، ولم يتعيب لأنه مما لا يضره التبعض، لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنائير، أو أشياء من المكيل والموزون اهـ.

قال الطحاوي: ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقي فيحرر اهـ.

(وإذا تعدى عليها) فلبس ثوبها، أو ركب دابتها أو أخذ بعضها (ثم رد) عينه إلى يده (حتى زال التعدي زال) ما يؤدي إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه من شروط النية،

أقول: وتحريره ما قاله العلامة أبو الطيب: فردتا ظفار إذا باع أحدهما فعيب تعيب الثاني أو باع بعض الفردة فيضمن الكل اهـ. قوله: (وإذا تعدى) أي المودع عليها، أما إذا هلك من غير تعدٍ فلا ضمان وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن. أبو السعود في حاشية الأشباه. قوله: (أو ركب دابتها) أو استخدم عبدها أو أودعها غيره. قوله: (حتى زال التعدي) بأن رد الثوب إلى مكانه والدابة إلى مربطها وأخذ البعض برده إلى يده وترك استخدام العبد واسترد الوديعة من الغير. قوله: (زال ما يؤدي إلى الضمان) وهو التعدي، ولا حاجة إلى هذه الزيادة لأنها أدت إلى ركافة عبارة المصنف، لأنه يصير المعنى: ثم زال التعدي زال التعدي، لأن ما يؤدي إلى الضمان هو التعدي، فلو أسقطه لكان أحسن كما وقع في العيني والدرر حيث قالوا: وإن زال التعدي زال الضمان، بمعنى أن الوديعة إذا ضاعت بعد العود إلى يده لم يضمن خلافاً للشافعي. قال العيني: لأن الضمان وجب دفعاً للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق فلا يضمن، وهذا مقيد بما لم ينقصها الاستعمال فإن نقصها ضمن أي النقصان لصيرورته حابساً لجزء منها على وجه التعدي. وكذا في شرح تنوير الأذهان، وإنما زال الضمان لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق الأجرة بقدره اهـ. منح. قوله: (إذا لم يكن من نيته العود إليه) فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلاً ومن عزمه أن يلبسه نهائياً ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان. بحر من الجنايات معزياً للظهيرية. ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفي بمجرد دعواه العود وإن لم يصدقه صاحب الوديعة، وهو مذكور في العمادية، وعبارتها: ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لا يصدق إلا ببينة.

فالحاصل: أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق.

ورأيت في موضع آخر: المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالحقول قول المودع كما في الرهن، بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها ثم اعترف فإنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك كما في الحواشي الحموية. قوله: (أشباه) عبارتها: قالوا في المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه ومن نيته أن يعود إلى لبسه لم يبرأ من الضمان اهـ.

قال البيري: هذا عجيب من المؤلف حيث قال: قالوا المشعر بأن ذلك قول علمائنا

بخلاف المستعير والمستأجر، فلو أزالاه لم يبرأ

كافة مع علمه بأن ذلك قول لصاحب الظهيرية وتخريجه، وقد نقله عنه فيما يأتي، ونصه: عندي المودع إذا لبس قميص الوديعة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص في الليل، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن اهـ. وبه انتهى كلام البيري.

أقول: ويمكن أنه أتى بلفظ قالوا للتبري، ويؤيد ذلك قول صاحب البحر عقب ذكره عبارة الخلاصة قوله فراجعه. لكن قال في الذخيرة: لو وضع طبق وديعة على رأس الجب فوقع فيه، إن وضع على وجه الاستعمال ضمن وإلا فلا اهـ.

وفي جامع الفصولين: وضع طبق الوديعة على رأس الخابية ضمن لو فيها شيء يحتاج إلى التغطية كماء ودقيق ونحوه لأنه استعمال صيانة لما فيها لا لو لم يكن فيها شيء، ولو وضع ثوباً على عجين ضمن للاستعمال.

وضع الطشت على رأس التنور ضمن لو قصد التغطية، وإلا لا، لأنه مستعمل في الأول لا في الثاني اهـ. وأنت خير بأن ما في الذخيرة أعم، فتأمل.

مَطْلَبٌ: رَجُلٌ تَنَاولَ مَالَ إِنْسَانٍ بِلاَ أَمْرِهِ فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ رَدَّهُ لَوْرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ

فرع رجل تناول مال إنسان في حال حياته ثم رده إلى ورثته بعد موته يبرأ عن الدين ويبقى حق الميت في مظلمته إياه ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له اهـ. نور العين عن الخانية. قوله: (بخلاف المستعير والمستأجر) يعني إذا تعدى في المستعار والمستأجر بأن استعار ثوباً ليلبسه فلبسه يومين ونزعه للتسليم أو استأجر الدابة ليركبها أياماً معدودة أو ليحمل عليها أماناً معلومة فركبها أو حملها أكثر منها ثم ردها كما كانت لم يبرأ خلافاً لزفر رحمه الله تعالى فيهما، لأن البراءة منه إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً ولم يوجد ذلك لأن قبضهما لأنفسهما، بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكماً لأنه عامل له في الحفظ: زيلعي. وقيل إذا استأجر الدابة ذاهباً وجائياً يبرأ، وإن ذاهباً فقط لا يبرأ لأن العقد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان وبالعود إليه لا يعود العقد بينهما. شلبي.

قال في جامع الفصولين: مستأجر الدابة والمستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائراً عند النية ضمن لو هلكت بعد النية، أما لو كان واقفاً إذا ترك نية الخلاف عاد أميناً اهـ.

واعلم أن ما مشى عليه المصنف تبعاً للكثر هو المفتي به كما في الشرنبلالية احترازاً عما ذكره في الدرر من أن منهم من قال المستعير والمستأجر إذا خالفوا ثم عادوا إلى الوفاق برؤوا عن الضمان إذا كانت مدة الإيداع والإعارة باقية الخ. قوله: (فلو أزالاه) أي

لعملهما لأنفسهما، بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عناناً أو مفاوضة، ومستعير رهن. أشباه.

التعدي. قوله: (لعملهما لأنفسهما) وعلمه البيري بأنهما مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال: أي المأذون فيه مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال المذكور لم يبق الحفظ ثابتاً فلا يبرآن بالعود اه ط.

وفي جامع الفصولين: ولو مأموراً بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال اه. قوله: (بخلاف مودع) لا حاجة إليه لأنه أصل المسألة المقصودة بالذكر، ولكن إنما ذكره ليظهر عدها، ويتضح الاستثناء في قوله إلا في هذه العشرة ط. قوله: (ووكيل بيع) بأن استعمل ما وكل بيعه ثم ترك وضاع لا يضمن. قوله: (أو حفظ) تقدم صورته قريباً. قوله: (أو إجارة) بأن وكله ليؤجر له دابته فركبها ثم ترك. قوله: (أو استئجار) بأن دفع له دراهم ليستأجر له بيتاً فدفعها في استئجار دكان ثم استردها بعينها فهلكت فإنه لا يضمن. قوله: (ومضارب ومستبضع) إذا خالف ودفع المال لنفقته ثم عاد إلى الوفاق صار مضارباً ومستبضعاً. أبو السعود عن الشيخ صالح. قوله: (وشريك عناناً أو مفاوضة) فإنهما يعودان أمينين بالعود إلى الوفاق. أبو السعود. أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان كما هو ظاهر، لما تقرر أنه أجنبي في حصة شريكه، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان، وهي واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت، وإن لم أرها في كلامهم للعلم بها عما ذكر إذ هو مودع في هذه الحالة. وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهي مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصباً. رملي على المنح. قوله: (ومستعير رهن) أي إذا استعار عبداً ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضى بالمال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برىء عن الضمان حين رهنها، فإذا كان أميناً خالف فقد عاد إلى الوفاق، وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضياً فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً فلماذا برىء عن الضمان، كذا في البحر معزياً إلى المبسوط اه. نقله في المنح. وإنما قال ثم قضى المال ولم يقبضها لما ذكره أنه لو هلك قبل أن يقضى المال كان قاضياً بها دينه فيضمن قيمتها للمالكها، وقوله ثم رهنها بمال بمثل قيمتها، الأولى أن يقول بما شرطه المرتهن لأنه لا يتجاوز كما يأتي في بابه. تأمل. وقد علمت أن هذه المسألة مقيدة بما إذا تعدى ثم رهن، فلو استعار ليرهن

والحاصل: أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة لأن يده كيد المالك، ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له، وقيل للمودع. عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أي جحود الإيداع، حتى لو ادعى هبة أو بيعاً لم يضمن. خلاصة. وقيد بقوله: (بعد طلب) ربه (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلك

فتعدى ولم يرهن وضاعت فالضمان عليه ويكون داخلاً في حكم المستعير المذكور في المصنف، وأن هذه المسألة مستثناة من قول المصنف، بخلاف المستعير كما أفاده في شرح ط.

وقد سئل الخیر الرملي عن المرتن إذا مات مجهلاً للرهن هل يضمنه كمالاً أم لا؟ فأجاب نعم، لأن الزائد عن الدين أمانة فتضمن كما هو ظاهر ا هـ. قوله: (ثم أزاله) أي التعدي. قوله: (إلا في هذه العشرة) بعد الشريك صورتين. قوله: (لأن يده كيد المالك) أي حكماً لأنه عامل في الحفظ، وهذه علة لمسألة الوديعة المذكورة في المصنف.

والحاصل: أن كل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً لأن يده يد المالك حكماً لأنه عامل في الحفظ، إلا المستعير والمستأجر فإنهما ضامنان مطلقاً لأن قبضتهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع، فإذا ترك الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً، بخلاف المودع وما عطف عليه فإن يده يد المالك حكماً لأنه عامل في الحفظ كما ذكرنا. قوله: (فالقول له) أي للمالك إلا أن يقيم المودع البينة على العود إلى الوفاق، والأولى التصريح بذلك لدفع اللبس الواقع في العبارة، فتأمل ط. قوله: (وقيل للمودع) بفتح الدال لأنه ينفي الضمان عنه أي ولا يشترط إقامة البينة على العود إلى الوفاق، وظاهر كلامهم اعتماد الأول. قوله: (وبخلاف إقراره بعد جحوده) بأن قال لم تودعني. أما لو قال: ليس له علي شيء ثم ادعى رداً أو تلفاً صدق. أبو السعود عن الشرنبلالية. ومثله جحوده بلا إقرار بأن أقام بينة بعد الجحود كما في الدرر. وقوله: (وبخلاف إقراره) معطوف على قوله «بخلاف المستعير والمستأجر». قوله: (حتى لو ادعى هبة أو بيعاً) يعني قيد. بقوله: (بعد جحوده)، لأنه لو ادعى أن المالك وهبها له أو باعها منه وأنكر صاحبها ثم هلك لا ضمان على المودع لأنهما اتفقا على اليد واختلفا في الجهة فيحمل على المحقق وهو يد الأمانة والملك للمالك. قوله: (وقيد بقوله بعد طلب ربه) ومثله طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصي لينفق عليه من ماله كما في الخانية، ومثله في التاترخانية. وقوله «بعد» متعلق. بقوله: (بجحوده). قوله: (فلو سأله عن حالها) بأن قال ما حال وديعتي عندك ليذكره على حفظها. بحر. والأولى أن يقول لأنه الخ بدل الفاء، وكذا يقال فيما يأتي. قوله: (فجحدها) قال الرملي: هذا ليس بجحود حقيقة،

لم يضمن. بحر. وقيد. بقوله: (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أي حال جحوده، لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن. خلاصة: وقيد. قوله: (وكانت الوديعة (منقولاً) لأن العقار،

وإنما هو حفظ فاستغنى في الكنز عن ذكره. قوله: (لم يضمن) لأن كتمان الوديعة أمكن في حفظها لأن بذكرها قد يتنبه لها الظالم والسارق فكان جحوده من باب الحفظ، بخلاف ما إذا كان جحوده عند طلب المالك لها فإن بالطلب ينتهي الإيداع فإنه ما أودعها إلا ليسلمها له عند حاجته إليها فبالمنع يكون غاصباً فيضمن ولم تبق يده يد المالك، فبإقراره بعد ذلك لم يحصل الرد إلى مالكها لا حقيقة ولا حكماً، فلذا لا يبرأ عن الضمان إلا بتسليمها إلى المالك حقيقة. قوله: (ونقلها من مكانها وقف الإنكار) المراد به زمن الإنكار، وليس المراد نقلها وقته حقيقة لأنه لا يتأتى في نادر من الصور.

وعبارة الخلاصة: وفي غضب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذي كانت فيه حال الجحود وإن لم ينقلها وهلك لا يضمن ا هـ. وهو ظاهر، وعليه فهو متعلق. بقوله: (مكانها)، وانظر ما لو كان نقلها قبله وفي نيته الجحود، وقد نقل هذا التقيد الشرنبلالي عن الناطفي. ونقل عن جامع الفصولين أنه يضمن بجحوده الوديعة كالعارية ولو لم يحولها. وقوله: (وكانت منقولاً) لا حاجة إليه بعد. قوله: (ونقلها من مكانها) ولو قدمه عليه لكان أولى. قوله: (لأنه لو لم ينقلها وقته) صادق بعدم النقل أصلاً وينقلها بعده وقبله، وإنما اعتبر النقل ليتحقق الغصب في المنقول، إذ الغصب إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلّة، وهو إنما يتحقق بنقلها من مكانها وقت الجحود لأن يده عليها يد أمانة لا ضمان، فإذا جردها فنقلها فقد أزال يد الأمانة وأثبت يد الغصب، بخلاف ما إذا لم ينقلها فإن يد الأمانة باقية، وقد نقل هذا القيد الشرنبلالي كما قدمناه.

ونصه: إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كان فيه حالة الجحود يضمن، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن ا هـ. ونقله في التاترخانية عن الخانية معزياً للناطق، لكن ذكر في جامع الفصولين أنه يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها.

وفي المنتقى: لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها. وفي البدائع أن العقد ينفسخ بطلب المالك لأنه لما طلبها فقد عزله عن الحفظ أو لما جرده المودع بحضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً، فإذا هلك تقرر الضمان ا هـ.

قال الخیر الرملي: لم يظهر لأصحاب المتون صحة هذا القول فلم ينظروا إليه، فراجع المطولات يظهر لك ذلك ا هـ. فتأمل. قوله: (وكانت الوديعة منقولاً) أقول: العقار

لا يضمن بالجحود عندهما خلافاً لمحمد في الأصح غصب. الزيلعي. وقيد بقوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ. وقيد بقوله: (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدتها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة، فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها لأنه لم يتم الرد. اختيار. وقيد بقوله: (لمالكها) لأنه لو جحدتها لغيره لم يضمن لأنه من الحفظ، فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد.

مقرر عدم الضمان فيه لعدم تصوّر غصبه فلم يصرح في الكنز بنفيه اكتفاء بذلك كما سيذكره في باب، أو لأن الأصح مذهب محمد فيه فأراد دخوله. تأمل. ذكره الخير الرمي. قوله: (لا يضمن بالجحود عندهما) لعدم تصوّر غصبه. قوله: (خلافاً لمحمد) فإن الغصب يجري فيه عنده، فلو جحدته يكون ضامناً. قوله: (في الأصح) أي قوله هو الأصح. قوله: (غصب الزيلعي) أي ذكره الزيلعي في كتاب الغصب. قوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) أي لأنه لو جحدتها في وجه عدوّ يخاف عليها التلف، إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لأنه إنما أراد حفظها. كذا في المنع. قوله: (فلو كان لم يضمن) أي أقر ثم هلكت. قوله: (وقيد بقوله ولم يحضرها الخ) أقول: لم يصرح به في الكنز. والجواب عنه أنه حيث قلتم إنه إيداع جديد فما مدخله في مسألتنا فتأمل. ذكره الخير الرمي. قوله: (فإن أمكنه) أي ربها أخذها عند إحضارها ليجعل قابضاً لها. قوله: (لم يضمن لأنه إيداع جديد) أي بقوله: «دعها» فيكون إيقاؤها إيداعاً جديداً قوله: (وإلا) أي وإن لم يكن المالك أخذها عند إحضارها. قوله: (ضمنها) لأنه لم يجعل قابضاً لها فبقيت مضمونة على جاحدها. قوله: (لأنه لم يتم الرد) أي ردها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكنه من أخذها فلا يصح الإيداع الجديد، لأن الإيداع إنما يكون لعين ماله، وهو إنما يستحق على المودع ضمانها فهو كالدين في ذمته والمضمون لا يصير أمانة إلا بعد الخروج عن عهدة ضمانه وذلك بالتسليم التام الذي يمكن المالك معه القبض والتسليم. قوله: (وقيد بقوله للمالكها) أو وكيله كما في التارخانية فاللام بمعنى عند، ويؤيده قول الدرر: أو جحودها عند مالكها.

قال الخير الرمي: لا حاجة إليه: أي مالكها لأنه هو المراد لا غيره إذ الكلام فيه فلذا لم يذكره في الكنز. قوله: (فإذا تمت الشروط) وهي طلب ردها ونقلها وكونه منقولاً وعدم الخوف عليها وعدم إحضارها بعد جحودها وكون الجحود للمالكها لم يبرأ الخ. قوله: (إلا بعد جديد ولم يوجد) والحاصل على ما ذكره المصنف أنه لا يضمن إلا بشروط: أن يحدد عند سؤال ردها، وأن ينقلها، وأن يكون نقلها زمن إنكاره، وأن تكون مما ينقل، وأن لا يكون عند الإنكار من يخاف عليها منه، وأن لا يحضرها بعد الجحود، وأن

ولو جحدتها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبريء (وكما لو ردها قبل الجحود، وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أنني دفعتها) قبل برهانه.

ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك

يكون الجحود للمالكها. فإن وجدت هذه الشروط ضمن. وإلا بأن جحد عند غير صاحبها أو عنده حين يسأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف منه فيجحدتها لا يضمن. قوله: (قبل) لعدم تناقضه فإنه يقول إنني بعد أن جحدتك الوديعة نسياناً أو ظلماً ثم تذكرت^(١) أو رجعت عن الظلم كان مدعياً فإذا نور دعواه بالبينة قبلت فيبرأ عن الضمان. قوله: (كما لو برهن الخ) هكذا نقله في الخانية والخلاصة.

ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق، لكن في عبارته سقط، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في مجرد الدعوى، حتى يقال لا يصدق.

وعبارة الخلاصة بعد قوله لم يستودعني هكذا: وفي الأقضية: لو قال لم يستودعني ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق، ففي عبارته سقط.

قال في الخانية: وذكر في المنتقى إذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال إنما غلطت الخ، فظهر أن فيما نقله صاحب البحر عن الخلاصة سقط.

وفي الخانية أيضاً: ولو جحد المودع الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها قبل الجحود، إن قال ليس لك عندي وديعة قبلت بينته وبرأ عن الضمان. ولو قال نسيت في الجحود أو قال غلطت ثم أقام البينة أنه دفعها إلى صاحبها قبل الجحود بريء اهـ. قوله: (وقال غلطت) حال من الضمير في برهن الثانية التي هي على الرد قبل الجحود لأنه متناقض في دعواه ذلك لأنه حيث جحدتها زعم أنه لا وديعة عنده فلا يتأتى الرد لنفي أصل الوديعة فيحتاج إلى التوفيق، فإذا قال غلطت: أي أردت أن أقول رددتها فقلت لا وديعة عندي أو لم تودعني شيئاً لأن الوديعة التي قد أودعتها عندي قد انتهت بالتسليم إليك فصرت كأن لم تودع شيئاً فيقبل حينئذ برهانه لارتفاع التناقض، وكذا لو قال نسيت: أي حين سألتني عن الوديعة بعد ردها إليك نسيت الإيداع والرد فلذلك قلت لك لم تودعني شيئاً ثم تذكرت وهذه بينتي على الرد تقبل. قوله: (أو ظننت أنني دفعتها) أي وبعد الدفع لم أكن مودعاً فأنا صادق في قولي لك لم تودعني لأنني قد برئت من وديعتك بتسليمها إليك. قوله: (ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك الخ) أي عند القاضي بطلب المودع

(١) في ط (قوله ثم تذكرت) لعل الظاهر إسقاط «ثم».

ما يعلم ذلك، فإن حلف ضمنه، وإن نكل برىء، وكذا العارية. منهاج. ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم، وإلا فيوم الإيداع. عمادية.

عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع، لأن كل من إذا أقر بشيء لزمه يحلف عند إنكاره، والمالك لو أقر بهلاكها قبل جحود المودع انتفى الضمان، فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف ضمنها المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده، وإن نكل برىء المودع لأن النكول إقرار أو بذل على ما عرف. قوله: (ما يعلم ذلك) لأنه تحليف على غير فعله فيكون على العلم وذلك عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع. أما إذا أقام بينة، فإن كان قبل الجحود تقبل لعدم التعدي والتناقض، وإن بعده لا تقبل لأنه بالجحود غاصب ولم يرد إلى المالك كما تقدم.

قال في الهندية: إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ما جحد المودع وأقام المودع البينة على الضياع: فإن جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع لم تودعني، ففي هذا الوجه المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود. وإن جحد الوديعة بأن قال ليس لك عندي وديعة ثم أقام البينة على الضياع: إن أقام البينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن، وإن أقام بينته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان، وإن أقام بينته على الضياع مطلقاً ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود أو بعده فهو ضامن اهـ. قوله: (فإن حلف ضمنه) أي ضمن المالك المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده، وإن نكل برىء: أي المودع لأن النكول إقرار أو بذل كما سمعت. قوله: (وكذا العارية) أي إذا ادعى المستعير هلاكها قبل جحوده فإن القاضي يحلفه على العلم. قوله: (ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم) الأصوب علمت: أي القيمة لأن الفاعل ضمير مؤنث متصل فتلزم التاء.

ونقل في المنح قبله عن الخلاصة: ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل، لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر، وفيما نقله سقط كما قدمناه قريباً، فإن ما رأيته في الخلاصة موافق لما في العمادية فتنبه.

وأصل العبارة: قضى عليه بقيمته يوم الجحود، فإن قال الشهود لا نعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع.

وعبارة العمادية: أنه لو جحد الوديعة وهلكت ثم أقام المودع بينة على قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الجحود، وإن لم يعلم قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع: يعني إذا أثبت الوديعة. كذا ذكره في العدة اهـ. ولذلك تعقب العلامة المقدسي صاحب البحر بأن الذي في الخلاصة يقضى عليه بقيمته الخ. قوله: (وإلا فيوم الإيداع) قال مؤيد زاده: إن لم تعلم قيمة الوديعة يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع. قوله:

بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن . خانية (و) المودع (له السفر بها)،

(بخلاف مضارب جحد) أي قال لرب المال لم تدفع لي شيئاً . قوله : (ثم اشترى) أي بعد ما أقر ورجع عن الجحود، بأن قال بلى قد دفعت إليّ، بخلاف ما لو أقر بعد الشراء فيضمن المتاع له . منح عن الخانية . قوله : (لم يضمن خانية) عبارتها كما في المنح : المضارب إذا قال لرب المال لم تدفع إليّ شيئاً ثم قال بلى قد دفعت إليّ ثم اشترى بالمال ذكر الناطفي أن المشتري يكون على المضاربة، وإن ضاع المال في يده بعد الجحود وقبل الشراء فهو ضامن والقياس أن يضمن على كل حال .

وفي الاستحسان : إن جحد ثم أقر ثم اشترى برىء عن الضمان، وإن جحدها ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن والمتاع له، وكذا الوكيل بشراء شيء بغير عينه بألف ودفع الموكل المال إلى الوكيل، فإن كان العبد معيناً فاشتره في حالة الجحود أو بعد ما أقر فهو للآمر .

ولو دفع رجل عبداً إلى رجل لبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة جاز وبرأ عن الضمان . وقال غيره من المشايخ في قياس قوله ولو باعه بعد الجحود ثم أقر جاز أيضاً اهـ . وبهذا يعلم ما في عبارته من حذف ما لا بد منه وهو قوله ثم أقر ثم اشترى الخ، فتأمل . وعليه فلو قال بخلاف مضارب جحد ثم أقر ثم اشترى لم يضمن لأصاب . قوله : (والمودع له السفر بها) أي برأ، وأجمعوا أنه لو سافر بها بحرأ يضمن . هندية عن غاية البيان .

قال في البحر : ومن المخوف السفر بها في البحر لأن الغالب فيه العطب اهـ . وعزاه للاختيار .

وتعقبه المقدسي بحثاً منه رحمه الله تعالى بأن من المقرر أن النادر لا حكم له، فلو العطب قليلاً والسلامة أغلب فلا ضمان سواء سافر برأ أو بحرأ، وبالعكس يضمن، يعمل ذلك من هنا ومن قولهم للمضارب السفر برأ أو بحرأ، ومن قولهم يجب الحج إذا كان الأغلب السلامة ولو بحرأ، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان كما هو مشاهد فتدبر انتهى . وأجيب أيضاً بأن التقييد مستفاد من تعليقه اهـ .

أقول : وحيث كانت العلة الخوف وهو أيضاً منتف بسفينة التجار في زماننا المعروفة بالبابور فإن الغالب فيها السلامة، لأن التجار الآن لا تطمئن قلوبهم في إرسال أموالهم إلا بها بحرأ، وإذا انتفت العلة انتفى المعلول . على أننا قدمنا ويأتي أن العبرة في حفظ الوديعة العرف، وحيث كان العرف كذلك فينبغي أن يقال لا فرق بين السفر بها برأ أو بحرأ في البابور، فتأمل وراجع . وقيد بالمودع لأن الأب أو الوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن إجماعاً . والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال له بعه

ولو لها حمل. دَرر (عند عدم نهي المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج؛ فلو

بالكوفة فأخرجها من الكوفة يصير ضامناً عندنا؛ وإن أطلق للوكالة فسافر به، إن كان شيء له حمل ومؤنة يكون ضامناً، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يصير ضامناً عندنا إذا لم يكن له بد من السفر، وإن كان له بد من السفر لا يكون ضامناً عند أبي حنيفة طال الخروج أم قصر.

وقال أبو يوسف: إن طال الخروج يكون ضامناً، وإن قصر لا يكون ضامناً. كذا في فتاوى قاضيهان، ويأتي تمامه قريباً. قوله: (ولو لها حمل) فسرّه في الجوهرة بما يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال اه مكّي.

وفي الهندية عن المضمّرات: لو كانت طعاماً كثيراً فسافر بها فهلك الطعام فإنه يضمن استحساناً اه.

وذكر في المنح: ولا يضمن ولو كان الخروج طويلاً، ومؤنة الرد على المالك. قال في التبيين: وما يلزم الأمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعد ذلك إضراراً به اه.

قال الزيلعي: وقال محمد: لا يخرج بما له حمل ومؤنة اه. وجعله في العناية قول الثاني أيضاً. ثم قال: لكن قيل عند الثاني إذا كان بعيداً. وعند محمد: مطلقاً قريباً كان أو بعيداً اه. واستثنى في شرح القدوري الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحساناً، ونقله في البحر.

وفيه عن قاضيهان: للمودع أن يسافر بمال الوديعة إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

وتعقبه الحموي بأن ما في الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبني على قولهما، أما على قول أبي حنيفة فيسافر بها مطلقاً عند عدم النهي. قوله: (عند عدم نهي المالك وعدم الخوف عليها) قال: إذا لم يعين مكان الحفظ أو لم ينه عن الإخراج نصّاً بل أمره بالحفظ مطلقاً فسافر بها: فإن كان الطريق مخوفاً فهلكت ضمن بالإجماع، وإن كان آمناً ولا حمل لها ولا مؤنة لا يضمن بالإجماع. وإن كان لها حمل ومؤنة: فإن كان المودع مضطراً في المسافرة بها لا يضمن بالإجماع، وإن كان له بد من المسافرة بها فلا ضمان عليه قربت المسافة أو بعدت. وعلى قول أبي يوسف: إن بعدت يضمن وإن قربت لا. هذا هو الملخص والمختار. وهذا كله إذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصّاً؛ وإن نهاه نصّاً وعين مكانه فسافر بها وله منه بدّ ضمن. كذا في الفتاوى العتابية.

إن أمكنه حفظ الوديعة في المصر الذي أمره بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبداً له في المصر المأمور به أو بعض من في عياله، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن، وإن لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال فسافر فلا ضمان. كذا في

نناه أو خاف، فإن له بد من السفر ضمن، وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا. اختيار.

(ولو أودعاً شيئاً) مثلياً أو قيمياً (لم) يجوز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه في

التأثر خانية. هندية من الباب الثالث من كتاب الوديعة. قوله: (فإن له بد من السفر) هذا التفصيل في صورتين كما أفاده الزيلعي وقد علمته من عبارة الهندية. قوله: (فإن سافر بنفسه ضمن) أي لو كان له أهل لم يسافروا معه لأن له بدأ من السفر بها.

فرع من استؤجر لحفظ عين أو وكل ببيعها ليس له أن يسافر بها، وكذا إذا قيد الإيداع بمكان.

وفي المقدسي عن النسفي: للوكيل بالبيع أن يدفع العين إلى السمسار. قوله: (فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا). لأنه يمكنه أن يحفظها بعياله، وقدمناه عن الهندية معزياً للتأثر خانية.

والحاصل: أن عند أبي حنيفة له أن يسافر بها مطلقاً: أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا، وسواء له بد من السفر أو لا، ولا فرق بين الطويل والقصير. وعندهما: ليس له السفر بها إذا كان لها حمل ومؤنة وطالت مدة السفر، وهذا الخلاف في خصوص ماله حمل ومؤنة مع طول مدة السفر، أما ما ليس له حمل ولا مؤنة ولم تطل مدة سفره فله السفر بها اتفاقاً عند عدم النهي والخوف، وكذا مع النهي والخوف أيضاً إن لم يكن له من السفر بد كما سبق. وفي خصوص ما إذا أمكنه الحفظ في المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتاج إلى نقلهم. أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج إلى نقلهم لا يضمن بالإجماع، وإن سافر بنفسه من غير عياله يضمن، وبه صرح في البحر عن الخانية كما يستفاد ذلك من أبي السعود، وهذا كله في سفر البر كما علمت. أما في البحر فليس له أن يسافر في قولهم جميعاً إلا على ما بحثه أبو السعود وأيدناه بما تقدم قريباً فلا تنسه. قوله: (ولو أودعاً شيئاً مثلياً أو قيمياً) لكن عدم جواز الدفع في القيمي بإجماع، وفي المثلي خلاف الصاحبين فإنهما قالا بجواز دفع حظه له قياساً على الدين المشترك. وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعدياً على ملك الغير، وفي الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضي بأمثالها فكان تصرفاً في مال نفسه كما في البحر. قوله: (لم يجوز) قدره بناء على ما سيأتي من أنه لو دفع لم يضمن فلم يبق المراد بنفي الدفع إلا عدم الجواز، وسيأتي ما فيه.

وفي البحر: وأشار بقوله: (لم يدفع) إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وإلى أنه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقاً، حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها اهـ.

غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن؟ في الدرر نعم. وفي البحر: الاستحسان لا

قال المقدسي: قلنا: بل يطالبه بدفع حظ الغائب لأنه طلب المقرر وحقه مشاع، ولا يتميز إلا بالقسمة ولا يملكها، ولذا لا يقع دفعه قسمة، فلو هلك الباقي رجع صاحبه، وإذا لم يقع قسمة كان متعدياً في النصف فيضمن، وفي الدين يطالبه بتسليم حقه لأن الدين يقضي بمثله فتصرف في ملكه ولا قسمة.

تنمة في أبي السعود: الغريم المدينون أن يأخذ وديعته إن ظفر بها، وليس للمودع الدفع إليها شيخنا، وإذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها إلى نفسه إن كان من المصارف وإلا صرفها إلى المصرف اهـ. وعزاه إلى الحموي عن البزازية. قوله: (ولو دفع هل يضمن) أي نصيب الغائب وهو نصف المدفوع إن هلك الباقي في القسمة أو لا يضمن لأن لأحد الشريكين أن ينتفع بحصته في المثل. قال بالأول الإمام، وبالثاني الصحابان. واعلم أنهم قالوا: إذا دفع لا يكون قسمة اتفاقاً، حتى إذا هلك الباقي رجع الغائب على الآخذ بحصته.

وفي الهندية: إذا دفع المودع إلى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقي وحضر الغائب. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد، وإن كان بغير قضاء فإن الذي حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض: كذا في الذخيرة. فإن هلك ما في يد المودع هلك أمانة بالإجماع ينابيع. ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له أن يشارك فيما بقي غاية البيان، فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على القابض، وهذا على قول أبي يوسف. قوله: (في الدرر نعم) أي يضمن، في فتاوى قاضيخان ما يفيد، ولفظه: ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً وقالوا لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم. قال محمد: في القياس يكون ضامناً، وبه قال أبو حنيفة، وفي الاستحسان: لا يضمن، وهو قول أبي يوسف اهـ. فلو لم يقل لا تدفع حتى نجتمع هل يضمن بالدفع: أي بناء على الاستحسان الذي يأتي ذكره قريباً؟ ظاهر تقييدهم أنه لا يضمن إلا أن يأتيا بالوديعة حاملين لها وسلمهاها كذلك، أما إذا سلمها أحدهما بحضرة الآخر فظاهر أنه يدفع لمن سلمه وحضور الآخر لا يقتضي كونه مودعاً لجواز أن يكون شاهداً له ونحوه. كذا أفاده الحموي.

من مناقب الإمام، أن اثنين أودعا الحمامي شيئاً فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطلبها منه فلم يخبره الحمامي واستمهله وانطلق إلى الإمام رحمه الله تعالى فأخبره فقال له قل له أنا لا أعطي الوديعة إلا لكما معاً فانصرف ولم يعد. زيلعي. قوله: (وفي البحر الغ) أي في المثل كالمثال الذي ذكره في البحر عن الحانية، أما في القيمي

فكان هو المختار.

(فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسامه وحفظ كل نصفه) كمرتين
ومستبضعين ووصيين وعدي رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه
ضمن) الدافع (بخلاف ما لا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر.
(ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى ما لا بد منه أو

فيضمن اتفاقاً لأنه لا يقسم بدون حضور الشريك أو نائبه. قوله: (فكان هو المختار)
تعقبه المقدسي فقال: كيف يكون هو المختار مع أن سائر المتون على قول الإمام. وقال
الشيخ قاسم: أختار قول الإمام النسفي والمحبوبي والموصلي وصدر الشريعة. وقال
المقدسي: وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستنداً بكونه الاستحسان مخالف لما عليه
الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون. كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي.
قوله: (اقتسامه) أي الرجلان المودعان بفتح الدال وذكر الرجل استطرادي. قوله: (وحفظ
كل) أي كل واحد منهما نصفه؛ لأنه لا يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد
منهما للنصف دلالة، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص. قوله: (وعدي رهن) أي العدلين
الذين وضع عندهما الرهن فهو بفتح العين تثنية عدل كذلك، فإنهما يقتسمان المثل ويحفظ
كل نصيبه، فإن دفع أحدهما نصيبه إلى الآخر ضمن ما دفع. قوله: (ووكيلى شراء) بأن
دفع لهما ألفاً يشتريان به عبداً اقتسما الألف، فإن دفع أحدهما نصفه ضمن الدافع،
وأجمعوا أن المدفوع إليه لا يضمن لأنه مودع المودع. هندية قوله: (ضمن) أي النصف
فقط. قوله: (الدافع) أي لا القابض لأنه مودع المودع. بحر. وهذا عند أبي حنيفة.
وقالا: لا يضمنان به. كذا أفاده مسكين، ومثله في الهداية، وقول أبي حنيفة أقيس، لأن
رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا
يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل كما في البيانية. قوله: (بخلاف ما لا يقسم) فسر ما لا
يقسم بالكيالات والموزونات، ومثلها كل ما لا يتعيب بالتقسيم، وما لا يقسم هو ما
يتعيب بالتقسيم الحسي اه مكى.

قال السيد الحموي: وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهاؤ في الحفظ.
كذا في الخلاصة. فلو دفعه زائداً على زمن التهاؤ ينظر اه. قوله: (لجواز حفظ أحدهما
بإذن الآخر) أقول: الصواب في التعليل أن يقول: لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا
يجمعان على حفظها دائماً كان راضياً بحفظ أحدهما. قوله: (فدفعها إلى ما لا بد منه) من
عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه. درر. وهذا إنما يظهر في
صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من عياله لا في النهي عن الدفع إلى العيال
مطلقاً، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه، محله إذا

حفظها في بيت آخر، من الدار، فإن كانت بيوت الدار مستوية في الحفظ) أو أحرز (لم يضمن،

كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه. أما لو كانت لا تحفظ عنده عادة فنهاء عن الدفع إليه فدفع ضمن، كما لو كانت الوديعة فرساً فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن. أفاده الزيلعي.

ومن حوادث الفتوى: شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجه هل يضمن للمخالفة أو لا؟ والذي يظهر من كلامهم عدم الضمان. حموي.

وأقول: ينبغي أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد، فلو كانت نحو فرس ضمن. أبو السعود.

وفيه: قوله وإن كان له منه بد هذه المسألة صادقة بصورتين.

الأولى أن تكون الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن المودع الحفظ بنفسه كالحاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله.

الثانية: أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه. بحر.

فإن قلت: هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف: «ولو قال لا تدفع إلى عيالك».

قلت: مبني هذا الإشكال ما هو المتبادر من أن قوله: «وإن كان له مند بد» مرتبط بقوله: «ولو قال لا تدفع إلى عيالك» وليس كذلك، ولهذا شرح العيني قول المصنف: أي الكثر وإن كان له منه بد بقوله بأن نهاء أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاء أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالقه اهـ. قوله: (لم يضمن) لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لأن التقيد غير مفيد، لأن الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز، والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض، وما لا فائدة في تخصيصه في الأمر يسقط في الإيداع، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو وضعها في يمين البيت دون يساره، وكما لو قال في كيسك هذا فوضعها في غيره أو في الصندوق، أو احفظ في الصندوق ولا تحفظ في البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن. لكن قد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة، وذلك أن المعتبر في قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحرورات، والمعتبر في ضمان المودع التقصير في الحفظ؛ ألا ترى أنه لو وضعها في داره الحصينة فخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز وإنما ضمن للتقصير في الحفظ، ولو وضعها في الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن في الدار أحد أو في الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع

وإلا ضمن لأن التقييد مفيد.

سارقها، ونظائر هذا كثيرة، فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر في السرقة لزم أن لا يضمن في هذه المسائل ونحوها، فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه في هذا الباب، فظهر يقيناً صحة ما قلنا من الفرق، والله تعالى أعلم.

قال في البزاية: ولو قال وضعتها بين يدي وقمت ونسيتها فضاعت يضمن. ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين يضمن، ولو كان مما بعد عرصتها حصناً له لا يضمن اهـ. ومثله في الخلاصة والفصولين والذخيرة والخانية وغيرها. وظاهره أنه يجب كل شيء في حرز مثله، وفي السرقة يعتبر في ظاهر المذهب كل ما كان حرزاً لنوع فهو حرز لكل الأنواع. وعليه فقد ظهر الفرق بين الحرزين.

ففي السرقة يقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل، ولو كانت وديعة وضعها في الإصطبل وهلك يضمن المودع، لأن الإصطبل ليس حرز مثلها، وبه ظهر جواب حادثة، وهي أن مودعاً وضع بقعة شال غالية الثمن في إصطبل فسرقت. والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها، والله تعالى أعلم. قوله: (وإلا ضمن) أي في المسألتين وهي: دفعها إلى من لا بد منه، بأن دفعها إلى من له منه بد: أي انفكاك وفرقة. والثانية حفظها في بيت آخر والبيوت مستوية بأن حفظها في بيت والبيوت مختلفة. قال في البدائع: والأصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد والعمل به ممكن فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر، وهنا إنما ضمن لأن التقييد مفيد كما قال الشارح، كما إذا ظهر البيت المنهي عنه إلى السكة كما في البحر: أي فإنه يضمن لأنه متعدد، لأن من العيال من لا يؤمن على المال: أي فيما إذا ناه عن الدفع إلى زوجته أو غلامه وللمودع زوجته أو غلام آخر ولتفاوت البيوت في الحفظ.

بقي لو أمره بالحفظ في دار فحفظ في دار أخرى، فالذي ذكره شيخ الإسلام الضمان وإن كانت الثانية أحرز.

والذي في شرح الطحاوي: إذا كانت الدار التي خبأها فيها والدار الأخرى في الحرز على السواء، أو كانت التي خبأها فيها أحرز فلا ضمان عليه سواء ناه عن الخبء فيها أو لم ينهه. كذا في المحيط. ولو قال: احفظها في هذه البلدة ولا تحفظها في بلدة أخرى فحفظها في البلدة المنهية ضمن بالاتفاق اهـ. هندية. قوله: (لأن التقييد مفيد) أي والنهي عن الوضع في الدار الأخرى مفيد، لأن الدارين يختلفان في الأمن والحفظ فصح الشرط وأمكن العمل به. وأما البيتان في دار واحدة فقلما يختلفان في الحرز، فالمتمكن من الأخذ من أحدهما يتمكن من الأخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعدر العمل به

(ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقتها، وإن

قبلها لا ضمان.

أيضاً فلا يعتبر، وكذا الصندوقان، فإن تعيين الصندوق في هذه الصورة لا يفيد، فإن الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان ظاهر إلا أن يكون لهما: أي للبيت والصندوق خلل ظاهر فحيث يفيد الشرط ويضمن بالخلاف، وكذا لو كان البيت أو الصندوق المأمور بالحفظ فيه أحرز من المنهي عن الوضع فيه فحيث يضمن أيضاً كما بينا. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أنه يضمن بالحفظ المنهي عنه مطلقاً كما في الظهيرية، وعليه كلام الذخيرة كما علمته من كلام الهداية المازّ قريباً. قوله: (ولا يضمن مودع المودع) أي بالهلاك عنده، أما لو استهلكه ضمن، ومودع الغاصب لو رده على الغاصب بريء؛ كما أن غاصب الغاصب لو رد على الغاصب بريء كما سيذكره في الغصب ذكره الخير الرملي. قوله: (فيضمن الأول) إذا دفع إلى غير من في عياله بغير إذن ولا ضرورة كحرق. در منتقى. وإنما ضمن الأول لأنه ترك الحفظ دون الثاني لأنه أخذ المال من أمين ولم يترك الحفظ وهذا قول الإمام. وعندهما يضمن المالك أيهما شاء، فإن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهد.

لهما أن الأول جنى بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني تعدى بالقبض بلا إذنه فيميل المالك إلى أيهما شاء. وللإمام أن الأول لا يضمن بالدفع إلى الثاني ما لم يفارقه لأن حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه، والمالك إنما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالإجماع، فإذا فارق الأول الثاني ضمن لأنه صار مضيعاً، والثاني أمين استمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه تعدّ ولم يكن متعدياً من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعدياً من غير إحداث فعل. زيلعي. وهنا ضمن في إيداع قصدي، لأنه لو كان ضمنياً قيل لا يضمن، كما لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي قيل يضمن، لأنه إيداع المودع كما قدمناه عن جامع الفصولين معزياً للذخيرة. وفيه معزياً للمحيط: لا يضمن لأنه إيداع ضمني وإنما يضمن بإيداع قصدي اهـ.

ومن هذا القبيل ما في الدرر: أودع حر عبداً محجوراً فأودع المحجور محجوراً مثله وضاع المودع ضمن الأول فقط بعد العتق لأنه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط في حق المولى، ولا يضمن الثاني لأنه مودع المودع.

وصورة المسألة: أودع عند رجل وديعة فأودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت: مسكين. قوله: (لا ضمان) لأن حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه الخ ولو

ولو قال المالك هلكت عند الثاني وقال بل ردها وهلكت عندي لم يصدق، وفي الغصب منه يصدق لأنه أمين. سراجية.

وفي المجتبى: القصار إذا غلط فدفعت ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن. وعن محمد: أصاب الوديعة شيء فأمر المودع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك، فلربها تضمين من شاء، لكن إن ضمن المعالج رجع على الأول إن لم يعلم

استهلك الثاني الوديعة ضمن بالاتفاق ولصاحب الوديعة أن يضمن الأول ويرجع على الثاني وأن يضمن الثاني ولا يرجع ط. قوله: (لم يصدق) لأنه يدعي زوال سبب الضمان بعد ثبوته والمالك ينكره فالقول للمالك بيمينه والبيئة للمودع. قال في جامع الفصولين: لم يصدق لأنه أقر بوجود الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببيئة اه. ووجوب الضمان عليه هنا كونه أودع عند الغير والإيداع إلى الغير موجب للضمان فلا يصدق في رفع الموجب. قوله: (وفي الغصب منه يصدق) يعني لو غصب الوديعة من المودع غاصب وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع رده عليّ وهلك عندي وقال لا بل هلك عنده فالقول قول المودع إذا لم يفعل المودع ما يوجب الضمان، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله وبعده، بخلاف دفعه للأجنبي لأنه موجب للضمان، سائحاني. قوله: (لأنه أمين) ولم يوجد منه تعدّ يوجب الضمان. قوله: (فكلاهما ضامن) أي كل من القصار وقاطع الثوب، وللمالك الخيار في تضمين أيهما شاء، فإن ضمن القصار رجع بما ضمنه على قاطع الثوب، وإن ضمن القاطع لا رجوع له على القصار.

ونظير هذه المسألة ذكره مؤيد زاده عن جامع الفصولين: لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن والجهل فيه ليس بعذر.

طلب ثوبه من قصار فقال دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه ضمن القصار كثيبي حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها فقال الثيابي خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له اه. قوله: (فلربها تضمين من شاء) المودع لتعديه بما لم يؤمر به والمعالج لمباشرته سبب الهلاك ط. قوله: (رجع على الأول) في جامع الفصولين رامزاً للذخيرة: مرضت دابة الوديعة فأمر المودع إنساناً فعالجها ضمن المالك أيهما شاء، فلو ضمن المودع لا يرجع على المعالج ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أو لا، إلا إن قال المودع ليست لي ولم أؤمر بذلك فحيث لا يرجع اه. تأمل. ومثله في نور العين رامزاً للأستروشنية ومجموع النوازل. لكن قال في الهندية: فإن ضمن المودع لا يرجع على أحد؛ وإن ضمن المعالج: إن علم أنها ليست له لا يرجع عليه، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظنها رجع عليه، ومثله في القهستاني وهذا هو المناسب لما هنا. وأما ما ذكره في الفصولين واستظهره صاحب الدرر من أنه يرجع وإن علم أن المودع غاصب في معالجة الوديعة بلا إذن

أنها لغيره، وإلا لم يرجع اهـ (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أياً شاء، وإذا ضمن

صاحبها، وما ذكره من قوله خلافاً لما نقله القهستاني الخ يوافق ما ذكره الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما نبه عليه، فليتأمل. اللهم إلا أن يحمل قوله إلا إن علم: أي بإخبار المودع صراحة، بأن قال للمعالج ليست لي ولم أؤمر بذلك. وأما إذا لم يقل ذلك فلا يعد عالماً، وبه يحصل التوفيق بين كلام الشارح والهندية وبين الجامع ونور العين وإن لم أره مسطوراً في كلامهم، والله تعالى أعلم.

وأقول: خلاصة ما ذكرناه أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها بأمر المودع فعطبت يرجع على المودع، إلا إذا قال المودع حين دفعها للمعالج ليست لي ولم أؤمر بذلك على ما في الفصولين. ومثله في نور العين عن الأستروشنية. وفي الهندية عن الجوهرية والشارح عن المجتبى أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها فعطبت يرجع على المودع إن لم يعلم: أي المعالج أنها لغير المودع وإلا لم يرجع، وهذا الذي يعول عليه حيث صرح في صدر عبارته بالرواية عن الإمام عن محمد رحمه الله تعالى فلا يعدل عنه، والله تعالى أعلم. قوله: (بخلاف مودع الغاصب) قال في البحر: والفرق بينهما على قول أبي حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء، وفي الأول ليس بغاصب لأنه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه، فإن فارقه صار مضيقاً لها وقت التفريق لترك الحفظ الملتزم بالعقد والقبض منه لم يكن متعدياً بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الأول، ويعد الافتراق لم يحدث فعلاً آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل بل هو أمين فيه فلا يضمن ما لم يوجد منه تعدّ اهـ. قوله: (فيضمن أياً شاء) قال في شرح الزيادات: رجل غصب جارية فأودعها رجلاً فأبقت منه ثم استحققت كان له الخيار يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب برىء المودع وكانت الجارية ملكاً للغاصب، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه عامل له وتصير الجارية بنفس تضمينه ملكاً للغاصب، حتى لو أعتقها الغاصب جاز ولو أعتقها المودع لا يجوز، ولو كانت محرماً من الغاصب عتقت عليه لا على المودع إذا ضمنها؛ لأن قرار الضمان على الغاصب لأن المودع وإن جاز تضمينه فله الرجوع بما ضمن على الغاصب والمودع لكونه عاملاً له فهو كوكيل الشراء.

ولواختار المودع بعد تضمينه أخذها بعد عودها ولا يرجع على الغاصب لم يكن له ذلك، وإن هلك في يده بعد العود من الإباق كانت أمانة وله الرجوع على الغاصب بما ضمن، وكذا إذا ذهبت عينها، وللمودع حبسها عن الغاصب حتى يعطيه ما ضمنه للمالك، فإذا هلك بعد الحبس هلكت بالقيمة، وإن ذهبت عينها بعد الحبس لم يضمنها كالكيل بالشراء لأن الغاية وصف وهو لا يقابله شيء، ولكن يتخير الغاصب إن شاء أخذها وأدى جميع القيمة، وإن شاء ترك كما في الكيل بالشراء، ولو كان الغاصب أجراها

المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر: درر. خلافاً لما نقله القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم، فتنبه.

(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل) عن الحلف (لهما،

أو رهنها فهو والوديعة سواء، وإن أعارها أو وهبها: فإن ضمن الغاصب كان الملك له، وإن ضمن المستعير أو الموهوب له كان الملك لهما، لأنهما لا يستوجبان الرجوع على الغاصب فكان قرار الضمان عليهما فكان الملك لهما، ولو كان مكانهما مشتر فضمن سلمت الجارية له، وكذا غاصب الغاصب إذا ضمن ملكها لأنه لا يرجع على الأول فتعتق عليه لو كانت محرماً منه، وإن ضمن الأول ملكها فتعتق عليه لو كانت محرمة، ولو كانت أجنبية فللأول الرجوع بما ضمن على الثاني لأنه ملكها فيصير الثاني غاصباً ملك الأول، وكذا لو أبرأه المالك بعد التضمن أو وهبها له كان له الرجوع على الثاني، وإذا ضمن المالك الأول ولم يضمن الأول الثاني حتى ظهرت الجارية كانت ملكاً للأول، فإن قال أنا أسلمها للثاني وأرجع عليه لم يكن له ذلك لأن الثاني قدر على رد العين فلا يجوز تضمينه، وإن رجع الأول على الثاني ثم ظهرت كانت للثاني اهـ. وتام التفريعات فيه فليراجعه من راه.

مَطْلَبٌ: مُودِعُ الْغَاصِبِ لَوْ اسْتَهْلَكَهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ إِذَا ضَمِنَهَا

وَإِذَا ضَمِنَهَا الْغَاصِبُ يَرْجِعُ عَلَى الْمُدَّعِ

قال المقدسي: قلت: فلو استهلكها مودع الغاصب فغرم الغاصب ينبغي أن يرجع، ولو غرم هو لا يرجع. قوله: (درر) وجزم به في البحر وأصله في التبيين. وعبارته: ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولاً واحداً، وإن علم فكذلك في الظاهر.

وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة. ذكره في النهاية. قوله: (خلافاً لما نقله القهستاني الخ) أي من أنه لا يرجع، وهو الموافق لما جزم به الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما مر التنبيه عليه. وعبرة القهستاني: وإنما يرجع على الغاصب إذا لم يعلم أنه غصب كما في العمادية اهـ. قوله: (فتنبه) أشار بالتنبيه إلى ما حررناه قريباً..

أقول: والحاصل أن المودع لو دفع الوديعة إلى أجنبي بلا عذر فللمالك أن يضمه فقط لا رجوع على الثاني إلا إذا استهلكها.

وعندهما: له أن يضمّن أياً شاء، فإن ضمن الثاني رجع على الأول. وأجمعوا على ذلك في الغاصب مع مودعه فللمالك تضمين أيّ شاء، لكن إن ضمن الثاني رجع على الأول بما ضمن إن لم يعلم أنها غصب كما في القهستاني عن العمادية. قوله: (فنكل) (لهما) أي أنكر، وليس له عليهما بينة.

فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر فالألف لمن نكل له.

(دفع إلى رجل ألفاً وقال ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم

وصور هذه المسألة ستة: أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر.

واعلم أنه إذا حلف لأحدهما لم يقض له حتى يحلفه الثاني لينكشف وجه القضاء، بخلاف ما لو أقر لأحدهما ليحكم له إذ الإقرار حجة بنفسه والنكول حجة بالقضاء، ولذا لو نكل فحلف برىء. مقدسي.

وفيه: ولو قال أودعنيها أحدكما فليس له الامتناع إن اصطالحا وليس عليه ضمان ولا استحلاف، فإن لم يصطلحا فلكل أن يستحلف كما تقدم، وتام تفصيلها في الزيلعي. قوله: (فهو لهما) لعدم الأولوية وعليه ألف آخر لإقراره به أو لبذله إياه على اختلاف الأصلين ولأيهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما أو عدم الأولوية.

والأولى عند التشاحن أن يقرع بينهما تطبيقاً لقلوبهما ونفياً لتهمة الميل، فإن نكل للأول لا يقضى به لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لأحدهما، ولا ضرر عليه في التأخير لأنه لا يقضى للمتقدم حتى يحلف للمتأخر. قوله: (ولو حلف لأحدهما) في التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لأنه لو أقر بها للأول ثبت الحق فيها فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الأول لكان صادقاً. بحر. قوله: (فالألف لمن نكل له) دون الآخر لوجود الحجة في حقه دونه، ولو حلف لهما فلا شيء لهما لعدم الحجة. زيلعي. قوله: (دفع إلى رجل ألفاً وقال ادفعها اليوم الخ) أقول: ذكر في الحانية قولين في المسألة: إذا كان بعد الطلب قال مودع قال له ربّ الوديعة إذا جاء أخي فرد عليه الوديعة فلما طلب أخوه منه قال له المودع بعد ساعة أدفعها إليك فلما عاد إليه قال له هلك لا يصدق لأنه متناقض ويكون ضامناً.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا طلب المودع وقال اطلبها غداً فأعيد الطلب في الغد فقال قد ضاعت، روي عن أصحابنا أنه يسأل المودع متى ضاعت، إن قال ضاعت بعد إقراره لا يضمن، وإن قال كانت ضائعة وقت إقراره لا يقبل قوله لأنه متناقض ويكون ضامناً، لأن قوله اطلبها غداً إنما يكون للشيء القابل اهـ. وقدمنا الكلام عليه بأوضح من ذلك. قوله: (فلم يدفعها الخ) أي إذا لم يطلبها المأمور بدفعها إليه، أما لو طلبها فممنها منه فهو كما لو منعها من مالها، وقد تقدم الكلام فيه.

فرع في البزاية: له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلاً ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال: أي الرسول دفعته إلى الدائن وأنكره الدائن فالقول قول

يضمن) إذ لا يلزمه ذلك (كما لو قال له احمل إلي الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلك لم يضمن، لأن الواجب عليه التخلية: عمادية.
 (قال) ربّ الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) في الدفع (فلان وضاعت) الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين. سراجية.
 (قال) المودع ابتداء (لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح، كما لو قال

الرسول مع يمينه اه. لكن الذي في نور العين: القول للمرسل بيمينه، فتأمل. وفي البزازية أيضاً: قال الدائن ابعت الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون. قوله: (احمل إلى) أي اليوم كما في الهندية. ويؤخذ من السياق واللاحاق. قوله: (وضاعت) يعني غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه. قوله: (صدق المودع مع يمينه) أي في براءة ذمته من الوديعة لا في إلزام المدفوع إليه. قوله: (لا يضمن على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن، لكن أفتى الخير الرمي بالضمان في حاشية الفصولين حيث قال: وفي البزازية في متفرقات الإجارة من نوع في المتفرقات: دفع إلى المشترك ثوراً للرعي فقال لا أدري أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع في زماننا اه. ولا يخفى أنه ليس مذهب أبي حنيفة، وانظر إلى قوله في زماننا اه. قوله: (بخلاف قوله لا أدري أضاعت أم لم تضع) هذا مخالف لما في جامع الفصولين ونور العين وغيرهما، من أنه لا يضمن على الأصح، وهكذا رأيت في نسخة المنح، لكن لفظة «لا» ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا، فتنبه.

ثم نقل في العمادية بعدها: ولو قال لا أدري أضيعتها أم لم أضيع يضمن لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه فكان ذلك تعدياً منه كما يأتي قريباً. قوله: (لا يضمن) أي إن كان للكرم أو للدار باب، وإن لم يكن لهما باب يضمن. هندية عن المحيط.

وفي نور العين عن قاضيخان قال: وضعتها في داري فنسيت المكان لا يضمنه. ولو قال وضعتها في مكان حصين فنسيت الموضع ضمن لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلاً. صغ: وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، ولو قال دفنت في داري أو في موضع آخر ضمن، ولو لم يبين مكان الدفن ولكن قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن.

عدة: لو دفنها في الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة، وإلا فلا. وفي المفازة ضمن مطلقاً. ولو دفنها في الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق. ولو وضعها بلا دفن برىء لو موضعاً لا يدخل فيه أحد بلا إذن اه.

أقول: ولا تنس ما قدمناه من أنه إذا كان الموضع حرزاً لتلك الوديعة وإلا يضمن مطلقاً ومن أن العبرة للعرف كما نقلناه عن البزازية، فتأمل.

ذهبت ولا أدري كيف ذهبت) فإن القول قوله، بخلاف قوله لا أدري أضاعت أم لم تضع أو لا أدري وضعتها أو دفنتها في داري أو موضع آخر فإنه يضمن، ولو لم يبين مكان الدفع لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتماه في العمادية.

وفيه: توجهت للصوص نحوه في مفازة دفنها حذراً فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه، لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ولم يفعل ضمن، وكذلك لو أمكنه العود قريباً بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا لو دفنها بإذن ربها.

فظ: وضعها في زمان الفتنة في بيت خراب يضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها اهـ.

وفي الهندية عن النوازل: إذا قال المودع سقطت الوديعة أو وقعت مني لا يضمن. ولو قال أسقطت أو تركتها يضمن.

قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى: لا يضمن في الوجهين، لأن المودع لا يضمن بالإسقاط إذا لم يترك الوديعة ولم يذهب، والفتوى عليه: كذا في الخلاصة: ولو قال: لا أدري أضاعت أو لم تضع لا يضمن. ولو قال لا أدري أضيعتها أم لم أضيع يضمن. كذا في الفصول العمادية اهـ. وقدمنا وجهه لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه، فهذا وجه ما نقلناه، وهي مسألة أخرى، بخلاف قوله ذهبت ولا أدري كيف ذهبت وقوله أضاعت أم لم تضع الخ، فلا فرق بينهما لأن مؤدّي العبارتين واحد كما لا يخفى على من تأمل، فتدبر.

قال في نور العين: ولو قال أسقطت أو تركتها ضمن كذا في ث. وطعنوا أن مجرد الإسقاط ليس بسبب ضمان، إذ لو أسقطها فرفعها ولم يبرح حتى هلكت يبرأ، فهنا لا يضمن بمجرد قوله أسقطت، بل بشرط أن يقول أسقطت وتركت أو أسقطت وذهبت أو أسقطت في الماء ونحوه، وقالوا في قوله سقطت أو وقعت ينبغي الضمان للسقوط بتقصير في الشد أو في جعلها في محل لا يحتملها فيكون كحمال. وذكر أنه ينبغي أن لا يضمن بمجرد قوله أسقطت أو تركت، إذ لا يفرق العامة بين سقطت وأسقطت. ولو قال ضاعت فالقول له. ولو قال لم يذهب من مالي شيء لا يضمن. ولو قال ذهبت ولا أدري كيف ذهبت فالقول له بيمينه. ولو قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت اختلف فيه المتأخرون، والأصح أنه لا يضمن اهـ.

أقول: لكن قدمنا عن العلامة الخير الرملي أنه أفتى بالضمان معللاً بأنه تضييع في زماننا فلا تنسه. وفيه: المودع لو سقط شيء من يده على الوديعة يضمن اهـ. وفيه: نام

فروع: هدد المودع أو الوصي على دفع بعض المال: إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن، وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان. عمادية.

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان.

ووضعها تحت رأسه أو بجانبه يبرأ وكذا بوضعه بين يديه في الصحيح قالوا يبرأ في الفصل الثاني لو نام قاعداً، ولو مضطجعا ضمن في الحضر لا في السفر.

عدة: يبرأ لو قاعداً لا لو واضعاً جنبه على الأرض، وفي السفر لا يضمن، ولو مضطجعا جعل ثياب الوديعة تحت جنبه، لو قصد به السرقة ضمن لا لو للحفظ. ولو جعل الكيس تحت جنبه يبرأ مطلقاً.

جعل دراهم الوديعة في خفه ضمن في الأيمن لا في الأيسر لأنها في اليمين على شرف سقوط عند ركوبه، وقيل يبرأ مطلقاً، وكذا لو ربطها في طرف كفه أو عمامته، وكذا لو شدها في منديل ووضعه في كفه يبرأ، ولو ألقاها في جيبه ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن. خلاصة: ضمن.

ولو دخل الحمام وهي في جيبه وتركه في الساكودة فسرق قيل يضمن. قاضيهان.

جعلها في جيبه وحضر مجلس فسق فضاعت بعد ما سكر بسرقة أو سقوط أو نحوها قيل لا يضمن لأنه حفظها في محل يحفظ مال نفسه، وقيل هذا إذا لم يزل عقله. أما إذا زال فلو بحيث لا يمكنه حفظ ماله يضمن لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعاً أو مودعاً غيره اهـ. قوله: (إن خاف الخ) ظاهر صنيعة أن المنظور إليه ما وقع عند المودع من خوف تلف نفسه أو عضوه أو حبسه أو أخذ ماله وإن كان التهديد مطلقاً أما إذا كان صريحاً بأحدها فالحكم ظاهر ط. قوله: (وإن خاف الحبس أو القيد) أو التجريس كما في الهندية. قوله: (وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر) لأنه يؤدي إلى تلف نفسه، بخلاف ما لو أبقى له قوت الكفاية.

وفي الهندية: سلطان هدد المودع بإتلاف ماله إن لم يدفع إليه الوديعة ضمن إن بقي له قدر الكفاية، وإن أخذ كل ماله فهو معذور ولا ضمان عليه. كذا في خزائن المفتين. قال ط: ولم يبين ما المراد بقدر الكفاية هل كفاية يوم أو شهر أو العمر الغالب؟ فيحذر اهـ. والظاهر أن المراد بها هنا كفاية شهر أو يوم. قوله: (كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان) أي من غير تفصيل كما يؤخذ من المنح. قوله: (رفع الأمر للحاكم) أي على سبيل الأولولة. قوله: (ليبيعه) وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها هندية، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع، ولو لم ينفق عليها

ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع.

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لا ضمان، لأن له ولاية هذا التصرف. صيرفية. قال: وكذا لو وضع السراج على المنارة.

وفيها: أودع صكاً وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبداً.

وفي الأشباه: لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

المودع حتى هلكت يضمن لكن نفقتها على المودع. ملا علي عن حاوي الزاهدي.

وفي التاترخانية: غاب رب الوديعة ولا يدري أحيى هو أو ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها، بخلاف اللقطة، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضي فهو متطوع ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده وعلى كون المالك غائباً؛ فإن برهن، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به وإلا يأمره بالإفناق يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر، لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة، وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغه ما بلغت؛ ولو اجتمع من ألبانها شيء كثير أو كانت أرضاً فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضي، فلو في المصر أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك ضمن. قوله: (فهلك حال القراءة) نص على التوهم فلا ضمان بعدها بالأولى. قوله: (لأن له ولاية هذا التصرف) أي وهو القراءة، وسيأتي آخر العارية ما نصه: أما كتب العلم فينبغي أن يجوز النظر فيها إذا كانت لا تتضرر بالنظر والتقليب، ويكون كالاستغلال بالحائط والاستضاءة بالنار لاسيما إذا كان مودعاً وعادة الناس في ذلك المساهلة والمساعدة، والاحتياط عدم النظر إلا بأمر. قوله: (وكذا لو وضع السراج) أي سراج الوديعة على المنارة: أي على محل النور فإنه لا يضمن إذا تلف. قوله: (أودع صكاً) أي له، أما إذا كان لغيره وقد أودعه هو وجاء الذي له الصك يطلبه فلا يدفعه إليه وعليه الفتوى. هندية. قوله: (وأنكر الوارث) أي وارث الطالب. قوله: (حبس المودع الصك) لما فيه من الإضرار، وقد تقدم نحو هذا في المصنف، ولعله محمول على ما إذا كان المكتوب عليه يقرّ به إذا عرض عليه، وإلا فمجرد الخط لا يثبت الحق، ثم ظاهر كلامه يعم ما لو أنكر الوارث لكونه لا يعلم الدفع. قوله: (أبداً) أن ما لم يقر الوارث بالأداء أي بما قبض مورثهم. قوله: (لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث) الظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه أو لا، وسواء كان الوارث مؤثماً أو لا، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه والوارث غير مؤثم، كما قيد بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث. حموي. لكن قال في منية المفتي: إذا كان

ليس للسيد أخذ ودیعة العبد.

العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصي والناظر

الميت ودیعة عند إنسان وفي التركة دين فدفع المودع الودیعة إلى الوارث بغير أمر القاضي يضمن.

في يده ألف ودیعة لرجل مات وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه وترك ابناً معروفاً فقضى المستودع ألف للغريم لم يضمن؛ لأنه قضى إلى من له الحق وهو غريم الميت، وليس للابن ميراث حتى يقضي الدين اهـ.

أقول: ولعل عدم البراءة بدفع الدين إلى الوارث ديانة. قال في الفوائد الزينية: ولو قضى المودع بها دين المودع ضمن على الصحيح، فتأمل وراجع.

فرع قال بعث الودیعة وقبضت ثمنها لا يضمن ما لم يقل دفعتها للمشتري. شرح تحفة الأقران.

وفي منية المفتي: لرجل على آخر دين فقضاه فممنعه ظلماً فمات صاحب الدين فالخصومة في الظلم بالمنع للميت وفي الدين للوارث هو المختار.

وفيهما: ومن أخذ من السلطان مالاً حراماً فحق الخصومة في الآخرة لغاصب الحق مع السلطان ومع القابض إن لم يخلطه السلطان وبعد الخلط يكون مع السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قوله: (ليس للسيد أخذ ودیعة العبد) أي ولو غير مأذون لاحتمال أنه مال الغير إلا إذا أقام السيد بينة على أنه ماله وقد سلف.

وفي البزازیة: الرقيق إذا اكتسب واشترى شيئاً من كسبه وأودعه وهلك عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يداً معتبرة، حتى لو أودع شيئاً وغاب فليس للمولى أخذه انتهى. هذا إذا لم يعلم أن الودیعة كسب العبد أو ماله، أما إذا علم ذلك فله حق الأخذ بلا حضور العبد كما نقله في البزازیة عن الذخيرة، وقد تقدم ذلك. قوله: (العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصي) أي وصي القاضي وقد نصبه بأجر، وأما وصي الميت فلا يستحق الأجر كما في الأشباه من فن الجمع. والفرق في الكلام على أجر المثل نقلاً عن القنية. وقد علل الولوالجي عدم صحة الأجر له، ولو جعله المتوفى له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجباً عليه والاستتجار على هذا لا يجوز انتهى.

قال العلامة الخیر الرملي: ولا يخفى أن وصي الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر في مقابلة عمله لا يجبر على العمل لأنه متبرع، ولا جبر على المتبرع. وإذا رأى القاضي أن يعمل له أجره على عمله وكانت أجره المثل فما المانع قياساً واستحساناً، وهي واقعة الفتوى، وقد أفتيت به مراراً، ولا ينافية ما في الولوالجية كما هو ظاهر لأن الموضوع مختلف كما يظهر بأدنى تأمل اهـ.

إذا عملاً.

قلت: فعلم منه أن لا أجر للناظر في المسقف إذا أحيل عليه المستحقون، فليحفظ، وفي الوهبانية: [الطويل]

وَدَافِعُ أَلْفٍ مُقْرِضاً وَمُقَارِضاً وَرِبْحُ الْقِرَاضِ الشَّرْطُ جَازٌ وَيُحَذَرُ

أقول: إنما كان الموضوع مختلفاً لأن موضوع مسألة الولوالجي في وجوب العمل بقبول الوصية وموضوع ما ذكره في عدم الجبر على العمل وهو لا يتنافى الوجوب، لكن قال الطحطاوي: وفيه تأمل، إذ بعد القبول لا يقال إنه متبرع.

والحاصل: أن وصي الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجاً فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله، وللقاضي أن يفرض له ذلك، لكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعاً. وأما وصي القاضي، فإن كان محتاجاً فكذلك، وإلا فإن نصبه القاضي وجعل له أجره المثل جاز، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أجره لأن وصايته غير لازمة، لأن له أن يعزل نفسه فله أن يمتنع عن المضي في العمل إلا بأجر، وتام الكلام على ذلك في باب الوصي آخر الكتاب فراجع إن شئت. قوله: (إذا عملاً) فيستحقان أجره المثل. أشباه.

قال في القنية: إذا عين القاضي له أجراً فهو له، وإلا فلا، وذكر أن له أجره مثله ولو لم يعينه القاضي، وتقدم ذلك في كتاب الوقف، وذكره في الوصايا. قوله: (قلت) القول لصاحب الأشباه. قوله: (فعلم منه أن لا أجر للناظر الخ) أي من قوله: (إذا عملاً) أي إلا إذا كان مشروطاً من جهة الواقف. أفاده أبو السعود. ووجه العمل أنه لا عمل حينئذ ط.

والحاصل: أن الواقف إن عين للناظر شيئاً فهو له كثيراً كان أو قليلاً على حسب ما شرطه عمل أو لم يعمل حيث لم يشترطه في مقابلة العمل، وإن لم يعين له الواقف وعين له القاضي أجره مثله جاز، وإن عين أكثر يمنع عنه الزائد عن أجره المثل. هذا إن عمل، وإن لم يعمل لا يستحق أجره، وبمثله صرح في الأشباه في كتاب الدعوى. وإن نصبه القاضي ولم يعين له شيئاً، ينظر، إن كان المعهود أن لا يعمل إلا بأجرة المثل فله أجره المثل، لأن المعهود كالمشروط وإلا فلا شيء له، وبيان تفصيل ذلك مع أدلته في كتاب الوقف فراجع إليه. قوله: (ودافع ألف مقرضاً ومقارضاً) قال ابن الشحنة: مسألة البيت من البدائع. قال: ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن ربح لي فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جرّ نفعاً، فإن عمل هذا وربح فالربح بينهما نصفان، لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فربحه لرب المال. قوله: (وربح القراض) أي لرب المال خاصة. قوله: (الشرط جاز) ويجعل النصف بضاعة ونماء

وَإِنْ يَدَّعِي ذُو الْمَالِ قَرْضاً وَخَصَّمُهُ قِرَاضاً فَرُبَّ الْمَالِ قَدْ قِيلَ أَجْدَرُ
وَفِي الْعَكْسِ بَعْدَ الرِّيحِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ كَذَلِكَ فِي الْأَبْضَاعِ مَا يَتَغَيَّرُ
وَإِنْ قَالَ قَدْ ضَاعَتْ مِنَ الْبَيْتِ وَحَدَّهَا يَصِحُّ وَيُسْتَحْلَفُ فَقَدْ يُتَصَوَّرُ
وَتَارِكُ فِي قَوْمٍ لِأَمْرِ صَحِيحَةٍ

النصف القرض للمستقرض، لأن المضاربة لما فسدت باشرط كل الربح لرب المال صارت بضاعة. قوله: (ويحذر) للنهي عن قرض جر نفعاً. وإذا علم صحة الشرط فالربح الحاصل من الألف لهما والخسران عليهما لأنهما شريكان في الألف. قوله: (وإن يدعي ذو المال قرضاً وخصمه إلى آخر البيتين) قال الشارح: قد اشتمل البيتان على ثلاث مسائل: الأولى من الظهيرية: لو قال المضارب دفعته إلى مضاربة وقال رب المال دفعته إليك قرضاً فالقول قول رب المال، ومع ذلك لو هلك المال قبل التصرف لا ضمان على ذي اليد لاتفاقهما على قول المالك دفعته فإنها لا تفيد ضماناً قبل التصرف وضمن بعده: وإن أقام بينة لرب المال فيكون كل من القول والبينة لرب المال. وفي النهاية وشرح التحرير أن القول قول المضارب والبينة على رب المال. قوله: (فرب المال قد قيل أجدر) أي بقبول قوله وإن هلك المال، فإن كان قبل العمل فلا ضمان عليه لاتفاقهما على لفظ الدفع كما تقدم. قوله: (وفي العكس) وهذه المسألة الثانية من الظهيرية أيضاً، وهي عكس الأولى. إذا قال المضارب بعد ما تصرف وبيع أقرضتني هذا المال والربح كله لي وقال رب المال دفعته إليك مضاربة بالثلث أو قال دفعته إليك بضاعة أو قال مضاربة ولم أستم ربحاً أو يربح مائة درهم فالقول في ذلك قول رب المال وعلى المضارب البينة. وفي دعوى البضاعة الربح لرب المال، وفيما إذا لم يسم فالربح لرب المال وللمضارب أجر المثل، وإن أقام البينة فالبينة للعامل، وإن اختلفا قبل الربح يرد المال إلى مالكه لعدم لزوم العقد. قوله: (كذلك في الأبضاع) بأن قال رب المال دفعته بضاعة والمضارب يدعي القرض فالقول لرب المال. ولو ادعى المضاربة ورب المال الغصب وضاع المال قبل العمل فلا ضمان، وإن بعد العمل فهو ضامن؛ وإن أقام بينة فالبينة للمضارب في الوجهين، وهذه هي المسألة الثالثة. قوله: (ما يتغير) أي الحكم في هذه الصورة، وقد قدمنا الكلام على هذين البيتين آخر كتاب المضاربة. قوله: (وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها) مسألة البيت من الواقعات، وقد ذكرتها في هذا الباب، وهي المودع إذا قال ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء قبل قوله مع يمينه كما في الهندية والكافي وجامع الفصولين ونور العين وغيرها. قوله: (فقد يتصور) بأن يعجل السارق أو تكون هي المقصودة، ومعنى يصح يصدق. قوله: (وتارك) بغير تنوين. قوله: (لأمر) متعلق بتارك أو بصحيفة والصحيفة مثال، وهي قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيه، وقدما ذكر هذه المسألة. وذكر شارحها العلامة ابن الشحنة أن مسألة البيت من قاضيخان قال: قوم جلوس في مكان فقام واحد منهم وترك كتابه ثم قام الباقيون معاً فهلك الكتاب ضمنوا جميعاً، لأن

فَرَأَحُوا وَرَأَحَتْ يَضْمَنُ الْمُتَأَخَّرُ
وَتَارِكُ نَشْرِ الصُّوفِ صَيِّفًا فَعَثَ لَمْ يَضْمَنَ وَقَرْضُ الْفَارِ بِالْعَكْسِ يُؤْثَرُ

الأول لما ترك الكتاب عندهم فقد استحفظهم، فإذا قاموا وتركوا الكتاب فقد تركوا الحفظ الملتزم فضمنوا جميعاً، وإن قام القوم واحداً بعد واحد كان الضمان على آخرهم لأن الآخر تعين للحفظ فتعين للضمان. قال المصنف: وهذا ليس خاصاً بالصحيفة بل يطرد في غيرها أيضاً. قال ط: وينبغي تقييد هذا الفرع بما لا يقسم فإنه إذا كان عما يقسم يكون القائم أولاً مفراطاً بعدم قسمة المودع للحفظ اهـ. قوله: (يضمن المتأخر) لتعينه للحفظ فتعين للضمان اهـ. عبد البر. ومفهومه أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا جميعاً، وبه صرح قاضيخان. ويظهر لي أن كل مالا يقسم كذلك. سائحاني. قوله: (وتارك نشر الصوف صيفاً الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية.

قال في كتاب الوديعة: إذا أفسدها الفار وقد اطلع المودع على ثقب معروف، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن ها هنا ثقب الفار فلا ضمان، وإن لم يخبره بعد ما اطلع عليه ولم يسده ضمن، وهي المسألة الثانية.

والأولى ما قال في الظهيرية عن السيد الإمام أبي القاسم أن الإنسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يردّها في الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن، وهذا علم من صورة النظم إلا أنه يعلم من ذلك الحكم في نظيره. انتهى ما ذكره ابن الشحنة.

قال في الهندية: الوديعة إذا أفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع على ثقب الفأرة، إن أخبر صاحبها أن ها هنا ثقب الفأرة لا ضمان عليه، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه ولم يسده يضمن. كذا في الفصول العمادية. وذكر بعدها عبارة الظهيرية. ثم قال: وفي فتاوى أبي الليث: إذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب: فإن رفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه جاز وهو الأولى، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه لأنه حفظ الوديعة على ما أمر به. كذا في المحيط. وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها. كذا في السراج الوهاج انتهى. قوله: (فعث) العث بالثلثة: السوس أو الأرضة وهي دويبة تأكل الصوف. قوله: (لم يضمن) لأنه حفظ الوديعة كما أمر به. محيط. ويضمن بتشديد الميم. قوله: (وقرض الفار) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها في محل لا ثقب فيه فقرضها الفار أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتيّة ثم الخاء المعجمة أي نقص، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء: أي ثقب متسع فلا ضمان عليه. وأما إذا كان في المكان الموضوع فيه الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع: إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن. أفاده صاحب الهندية. قوله: (بالعكس يؤثر) أي بالخلاف. قوله:

إِذَا لَمْ يُسَدَّ الثُّقُبُ مِنْ بَعْدِ عِلْمِهِ وَلَمْ يَغْلَمْ المَالِكُ مَا هِيَ تَنْعَرُ
قلت: بقي لو سده مرة ففتحه الفأر وأفسده لم يذكر، وينبغي تفصيله كما
مر، فتدبر.

(ولم يعلم) الواو بمعنى أو، فينتفي عنه الضمان بسده أو بإعلام المالك به وإن لم
يسده، لأن المالك حيثن رضي بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء. قوله:
(وينبغي تفصيله) البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل لأن
الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه. عبد البر وأقره
الشربلاي.

تمة في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوباً لنفسه
فدفعها إلى ربه ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل
فيه لا يكون عذراً:

قال في نور العين: ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع
عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلاً، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذراً ليس على
إطلاقه، والله تعالى أعلم اهـ ملخصاً.

قال في السراجية: مؤنة الرد على المالك لا على المودع، وإن نقلها في بلده من محلة
فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الأجرة على
المالك سراج: أي أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه.

قال ط: وانظر مؤنة حمله للإخراج هل هي على المودع أو المالك؟

فروع ندت بقرة من الباقورة وترك الراعي اتباعاً فهو في سعة من ذلك ولا ضمان
عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعي خاصاً، وإن كان مشتركاً فكذلك عند أبي حنيفة.
وعندهما يضمن. وإنما لا يضمن عنده وإن ترك الحفظ فيما ندت لأن الأمين إنما يضمن
بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر، أما إذا ترك بعذر فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة
لأجنبي حالة الحريق فإنه لا يضمن وإن ترك الحفظ لأنه ترك بعذر، كذا هنا، وإنما ترك
الحفظ بعذر كي لا يضيع الباقي. وعندهما يضمن لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه.

قال صاحب الذخيرة: ورأيت في بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد
من يبعثه ليردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك، وكذلك لو تفرقت فرقاً ولم يقدر على اتباع
الكل فاتبع البعض وترك البعض لا يضمن. لأنه ترك حفظ البعض بعذر. وعندهما:
يضمن لأنه يمكن الاحتراز عنه. عمادية من ضمان الراعي.

وفي فتاوى أبي الليث: مكار حمل كرايس إنسان فاستقبله للصوص فطرح
الكرايس وذهب بالحمار قال: إن كان لا يمكنه التخلص منهم بالحمار والكرايس وكان

يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس فلا ضمان عليه لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه.

طرح الأمانة في السفينة وسبح في البحر خوفاً من الأسر والقتل لا يضمن.

في جامع الفصولين في ضمان الأجير المشترك رامزاً للذخيرة: قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة ربهها ولا يسلمها إليه ففعل الراعي كذلك فضاعت بقرة، قيل يبرأ إذ المعروف كالمشروط، وقيل لو لم يعد ذلك خلافاً يبرأ هـ. والظاهر أن القولين متقاربان إن لم يكونا بمعنى واحد، لأن ذلك إذا كان معروفاً لا يعد خلافاً لأنه يكون مأذوناً به عادة، وقدمنا نحو هذه المسألة، وهو ما لو أرسل الوكيل بالبيع الثمن إلى الموكل مع المكاري ونحوه مما جرت به العادة فإنه لا يضمن، وبه أفتى الخير الرملي لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولا فرق بين أن تتلف أو تضيع أو يأكلها الذئب إلا إذا نهاه ربه عنها.

قال الرملي: ومثله الشريك والمزارع أيضاً مثله وهو كالمودع وهذا إذا كانت العادة مطردة، أما إذا لم تكن كذلك فلا شبهة في الضمان في صورة الضياع أو أكل الذئب تنبه، وهذا أيضاً إذا لم يخش عليها، أما إذا خشي بأن كان على أهل القرية أعداء يقصدون نهب أموالهم أو إتلافها أو كانت كثيرة اللصوص فلا شبهة في الضمان فاعلم ذلك، والله تعالى أعلم اهـ.

رجل استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده فجاء السارق وقطع المقود بالدابة لا يضمن المستعير لأنه لم يترك الحفظ، ولو أن السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامناً؛ لأنه إذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لا يعلم به يكون مضيقاً، فإذا نام جالساً لا يضمن على كل لأنه لو نام جالساً ولم يكن المقود في يده ولكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فيها هنا لا يضمن أولى اهـ.

وفي البزازية من الوديعة: جعل الدابة الوديعة في كرم غير رفيع الحائط أو لم يكن له حائط ينظر، إن نام المودع ووضع جنبه على الأرض ضمن إن ضاعت الوديعة، وإن قاعداً لا يضمن، وإن في السفر لا يضمن وإن نام مضطجعاً اهـ. ومثله في الذخيرة وعدة الفتاوى والعمادية. وفي البزازية أيضاً في العارية ذكر ما ذكر في الخانية قائلًا: وهذا لا يناقض ما مر، إذ نوم المضطجع في السفر ليس بترك للحفظ لأن ذا في نفس النوم وهذا في أمر زاد على النوم اهـ.

كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إذا ادعى الرد. أشباه. ومثله ما تقدم متناً.

المودع أو المستعير أو المضارب أو المستبضع أو المساوم أو المستأجر أو الأب في مال ابنه الصغير أو الوكيل أو الرسول أو القاضي أو أمين القاضي أو المحضر أو أمير العسكر أو المتولي أو القيم أو الدلال أو السمسار أو البياع أو المرتهن أو العدل أو الملتقط أو أخذ الأبق أو الشريك أو الحاج عن الغير أو الأجير الخاص أو المشترك أو المرتهن أو نحوها إذا ادعى الهلاك بغير تعدد أو ادعى الرد إلى صاحبها يصدق مع يمينه لأن كل واحد منهم أمين والقول قول الأمين مع اليمين، إن لم يكن له بينة على الرد أو الهلاك، وإن كان له بينة فلا يمين عليه وإنما طلبت البينة لدفع اليمين عنه.

فالخاص: أن من تكون العين في يده أمانة إذا ادعى ردها إلى صاحبها أو ادعى الموت أو الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق وهذا في الرهن قبل قبضه، وما بعد قبضه فالقول للراهن كما سيأتي. سائحاني.

حوّل الأجنبي الوديعة عن محلها ثم ردها ثم هلكت ضمن. قاضيخان.

دفع إلى آخر قناً مقيداً بسلسلة وقال اذهب به إلى بيتك مع هذه السلسلة فذهب به بلا سلسلة فأبى القن لم يضمن إذا أمر بشيئين وقد أتى بأحدهما. فصولين.

أقول: أي أمر بالذهاب بالقن وأمر بالذهاب بالسلسلة فلا يضمن القن.

وأقول: المتبادر من كلامه أن يكون القن مصحوباً بها أي مسلسلاً فكأنه قال اذهب به مسلسلاً فهو مأمور بالذهاب به مسلسلاً فالأمر به واحد موصوف فينبغي لضمان. تأمل رملي.

بعثه إلى ماشية فركب المبعوث دابة الباعث برىء لو بينهما انبساط في مثل ذلك وإلا

ضمن. فصولين.

وفيه دفع بعيره إلى رجل ليكرهه ويشتري له شيئاً بكرائه فعمي البعير فباعه وأخذ ثمنه فهلك، ولو كان في موضع يقدر على الرفع للقاضي أو يستطيع إمساكه أو رده مع العمى ضمن قيمته، وإلا برىء.

أعاره حمارة وقال خذ عذاره وسقه كذلك ولا تخل عنه فإنه لا يستمسك إلا هكذا فقال نعم فلما مضت ساعة خلى عذاره فأسرع في المشي فسقط ضمن إذ خالف شرطاً مفيداً فغصبه.

أعطاه درهماً لينقده فغمزه فانكسر برىء لو أمره بغمزه وإلا ضمن، وكذا لو أراه قوساً فمده فانكسر فهو على هذا اهـ.

وفيه معزياً إلى فوائد صاحب المحيط. قال له بعث دمي منك بفلس أو بألف فقتله الآخر يقاد، لا لو قال اقتلني فقتله لأنه إطلاق فأورث شبهة، وهو هدر في أصح

الروايتين عند أبي حنيفة، وتجب الدية في ماله في رواية. ولو قال اقطع يدي أو رجلي أو اقتل قتي ففعل لم يجب شيء بالإجماع إذ الأطراف كأموال فيصح الأمر.

وقعت ببخارى واقعة وهي: رجل قال لآخر ارم السهم إليّ حتى آخذه فرمى السهم إليه بأمره فأصاب عينه فذهبت، قال قاضيخان: لم يضمن، كما لو قال له اجن عليّ فجنى عليه لم يضمن. وهكذا أفتى بعض المشايخ به، وقاسوا على ما لو قال اقطع يدي الخ. وقال صاحب المحيط: الكلام في وجوب القود، أما لا شك أنه تجب الدية في ماله إذ ذكر في الكتاب: لو تضاربا بالوكز: أي النخس، يقال له بالفارسية شت زون فذهبت عين أحدهما يجب القصاص إذا أمكن لأنه عمد.

ص: وإن قال كل واحد منهما للآخر ده ده، وكذا لو بارزا في خانقاه على وجه التعليم أو الملاعبة فأصابا الخشبة عينه فذهبت يقاد لو أمكن اهـ.

قال في مجمع الفتاوى: ولو قال كل واحد منهما لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شيء عليه، بمنزلة ما لو قال اقطع يدي فقطعها. قاضيخان اهـ.

والذي ظهر لي في وجه ما ذكر في الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده إباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتماله مع رمي السهم، فلم يكن قوله ارم السهم إليّ وقوله ده ده صريحاً في إتلاف عضوه، بخلاف قوله اقطع يدي أو اجن عليّ فلم يصح قياس الواقعة عليه. والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها، وكأن في المسألة قولين. تأمل.

في جامع الفصولين رامزاً إلى كتاب الدعاوى والبيّنات لصاحب المحيط: دفع ثوبه إلى دلال لبيّعه فساومه رب حانوت بثمان معلوم وقال أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن فذهب وعاد فلم يوجد الثوب في الحانوت ورب الحانوت يقول أنت أخذته وهو يقول ما أخذته بل تركته عندك صدّق الدلال مع يمينه لأنه أمين. وأما رب الحانوت فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتره بما سمى من الثمن فقد دخل في ضمانه فلا يبرأ بمجرد دعواه فيضمن قيمته، ولو لم يتفقا على ثمن لم يضمن إذ المقبوض على سوم الشراء إنما يضمن لو اتفقا على ثمنه. قنية.

لا يجب ضمان السوم إلا بذكر الثمن، قيل هو قول أبي يوسف. ويكفي عند محمد أن يعيل قلبهما. تجنيس.

دفعه إلى دلال لبيّعه فدفعه الدلال إلى رجل على سوم الشراء ثم نسيه لم يضمن، وهذا إذا أذن له المالك بالدفع للسوم إذ لا تعدي في الدفع حيثنّذ إيضاح، أما إذا لم يأذن له فيه ضمن.

ذكر في بعض الفتاوى عن فتاوى النسفي: لو عرضه الدلال على رب دكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الصحيح لأنه أمر لا بد منه في البيع. وذكر بعض المشايخ يضمن لأنه مودع، وليس للمودع أن يودع. قاضيخان. دفعه الدلال إلى من استام لينظر إليه ويشتري فذهب به ولم يظفر به الدلال قالوا لم يضمن لإذنه في هذا الدفع.

قال: وعندي أنه إنما لا يضمن لو لم يفارقه، وأما لو فارقه ضمن كما لو أودعه أجنبي أو ترك عند من لا يريد الشراء.

طلب المبيع رجل من الدلال بدراهم معلومة فوضعه عند طالبه ضمن قيمته لأخذه على سوم الشراء بعد بيان الثمن. قالوا: ولا شيء على الدلال، وهذا لو ماذوناً بالدفع إلى من يريد الشراء قبل البيع، فلو لم يكن ماذوناً ضمن فروق الجامع.

دلال معروف بيده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددته على من أخذته منه يبرأ كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ في الذخيرة، إنما يبرأ لو أثبت رده بحجة في عدة الفتاوى، هذا كغاصب الغاصب إذا قال رددت على الغاصب صدق بيمينه لا بدونها. متقى.

قال تلفت منذ عشرة أيام وبرهن ربها أنها كانت عنده منذ يومين فقال المودع وجدتها فتلفت تقبل ولم يضمن. ولو قال أولاً ليست عندي وديعة ثم قال وجدتها فتلفت ضمن اه. قنية.

دلال دفع ثوباً إلى ظالم لا يمكن استرداده منه ولا أخذ الثمن يضمن إذا كان الظالم معروفاً بذلك.

ن: خرج المودع وترك الباب مفتوحاً ضمن لو لم يكن في الدار أحد ولم يكن المودع في مكان يسمى حس الداخل عدة.

المودع: لو حفظها ليس فيه مال ضمن والمراد حرز غيره، أما لو استأجر بيتاً لنفسه وحفظها فيه لم يضمن ولم يكن فيه ماله.

مي: مودع استأجر بيتاً في مصر أودع فيه وأحرزها فيه وسافر وتركها فيه لم يضمن.

صع: تختم بخاتم الوديعة قيل ضمن في الخنصر والبنصر لا في غيرهما، وبه يفتى. وقيل ضمن في الخنصر لا في غيره يماثل المرتن. وتضمن المرأة مطلقاً لأنه استعمال منها. خلاصة في الأقضية.

ادعى وكالة بقبض دين أو ودیعة فأقر المطلوب ففي الدين يؤمر بدفعه إليه، وفي العين لا يؤمر في ظاهر الرواية. وذكر في محل آخر من الخلاصة في الفرق بينهما أن إقراره في الدين لا في ملك نفسه. وفي الودیعة لا في ملك غيره اهـ. فلو أقر بالوكالة وأنكر المال لا يصير خصماً، ولا تقبل البينة على المال إلا أن تقع البينة على الوكالة أو لم يثبت كونه خصماً بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة في حق الطالب، وإن أقر بالمال وأنكر الوكالة لا يحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالته، إذ الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح، إذ لم تثبت وكالته فلم يصير خصماً إلا إذا قامت البينة على الوكالة، والمال يقبل عند أبي حنيفة بناء على أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده.

هد: لا يؤمر بدفع الودیعة إلى الوكيل بقبضها لو صدقه إذا أقر بمال الغير، بخلاف الدين.

قن: عن محمد لو صدقه يجبر بدفع عين كدين غر: وكذا عند أبي يوسف.

حشجي: لو صدقه أو كذبه أو سكت لا يجبر بدفع الودیعة، ولو دفعها لا يسترد، فلو حضر ربا وكذبه في الوكالة لا يرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشترط عليه الضمان، وإلا رجع بعينه لو قائماً بقيمته لو هالكاً.

قال صاحب جامع الفصولين: أقول: لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغي أن يرجع على الوكيل لو قائماً إذ غرضه لم يحصل فله نقض قبضه على قياس ما مر عن الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقياً، كذا هذا.

شجع: لو لم يؤمر بدفع الودیعة ولم يسلمها فتلفت، قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن، إذ المنع من الوكيل بزعمه كمنعه من المودع، ولو سلمه إلى الوكيل لا يسترد لأنه سعى في نقض ما فعله ذخيرة.

وكل زيدا الغائب بقبض وديعة فقبضها زيد قبل أن يبلغه ذلك فتلف بخير المالك ضمن زيدا أو الدافع، ولو علم الدافع بالتوكيل لا زيد برئاً إذ للمودع أن يدفعه.

يقول الحقير: الظاهر أنه يبرأ الدافع لا زيد لكونه قبضه حين قبض فضولاً، والله تعالى أعلم.

عن: وكله بقبض الودیعة في اليوم فله قبضه غداً، ولو وكله بقبضه غداً لا يملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال أنت وكيلى به الساعة فإذا ثبت وكالته الساعة دامت ضرورة، ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لا صريحاً ولا دلالة، وكذا لو قال اقضه الساعة بدونهم فله قبضه بعدها، ولو قال اقضه بمحضر من فلان فقبضه بغيبته جاز.

قال اقبضه بشهود فله قبضه، بخلاف قوله لا تقبضه إلا بمحضر منه حيث لا يملك قبضه إذ نهى عن القبض واستثنى قبضاً بمحضر منه اهـ ما في نور العين.

وفي الهندية: من ترك باب حانوته مفتوحاً فقام واحد ثم واحد فضمان ما ضاع على آخرهم. كذا في الملتقط.

رجل في يده ثوب قال له رجل أعطني هذا الثوب فأعطاه إياه كان هذا على الوديعة. كذا في الظهيرية.

سئل ابن الفضل عمن دفع جواهر إلى رجل لبيعها فقال القابض أنا أريها تاجراً لأعرف قيمتها فضاعت الجواهر قبل أن يريها، قال: إن ضاعت أو سقطت بحركته ضمن، وإن سرقت منه أو سقطت لمزاحمة أصابته من غيره لم يضمن. كذا في الحاوي للفتاوى.

دفع إلى مراهق قمقمة ليسقي الماء فتغافل عنها فضاعت لا يضمن. كذا في القنية.
قال خلف: سألت أسدأ عمن له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهماً ثم درهماً وقال خذ درهمك فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهماً قال: هلك على المطلوب وللطالب درهمه.

ولو قال له حين دفع إليه الدرهم الأول: هذا حقك فهو مستوف ولا ضمان عليه للدرهم الآخر، كذا في التاترخانية.

صبي يعقل البيع والشراء محجور عليه أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده فحيثئذ يضمن بالموت عن تجهيل. كذا في الظهيرية. والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي إذا أفاق ثم مات ولم يدر ما حال الوديعة لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده وإن كان الصبي مأذوناً له في التجارة والمسألة بحالها، فهو ضامن للوديعة وإن لم تشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده، وكذا الحكم في المعتوه إذا كان مأذوناً له في التجارة كذا في الذخيرة.

إذا قال المستودع للمودع وهبت لي الوديعة أو بعتهمني وأنكر رب الوديعة ثم هلك لا يضمن المودع. كذا في الخلاصة.

سئل عمن أودع عند آخر أواني صفر ثم استردها بعد زمان فرد عليه ستة فقال المالك كانت سبعة فأين السابع فقال لا أدري أودعتهني ستة أو سبعة ولا أدري ضاعت أو لم تكن عندي، وتارة يقول لا أدري هل جاءني من عندك رسول فاستردها وحملها إليك أم

لا هل يضمن؟ قال لا، لأنه لم يقر بإضاعته فلا يتناقض. كذا في فتاوى النسفي.

رجل استقرض من رجل خمسين درهماً فأعطاه غلطاً ستين فأخذ العشرة ليردها فهلك في الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك القدر قرض والباقي وديعة. كذا في السراج الوهاج وهو الأصح. هكذا في التاترخانية. وكذا لو هلك الباقي يضمن خمسة أسداسه. كذا في فتاوى قاضيخان.

له على آخر خمسون فاستوفى غلطاً ستين فلما علم أخذ عشرة للرد فهلك يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك قرض والباقي أمانة. كذا في الوجيز للكردي.

رجل له على رجل ألف درهم دين فأعطاه ألفين وقال ألف منهما قضاء من حقك وألف يكون وديعة فقبضها وضاعت قال هو قابض حقه ولا يضمن شيئاً. كذا في المحيط.

أودعه بقرة وقال إن أرسلت ثيرانك إلى المرعى للعلف فاذهب ببقرتي أيضاً فذهب بها دون ثيرانه فضاعت لا يضمن. كذا في القنية.

أودع شاة فدفعها مع غنمه إلى الراعي للحفظ فسروقت الغنم يضمن إذا لم يكن الراعي خاصاً للمودع. كذا في القنية.

الوديعة إذا كانت قراماً فأخذها المودع وصعد بها السطح وتستر بها فهبت بها الريح وأعادتها إلى المكان الذي كانت فيه من البيت لا يبرأ عن الضمان لأنه لم يوجد منه القصد إلى ترك التعدي. كذا في خزانة المفتين.

في فتاوى النسفي: طحان خرج من الطاحونة لينظر الماء فسروقت الحنطة ضمن إن ترك الباب مفتوحاً وبعد من الطاحونة. كذا في الخلاصة، بخلاف مسألة الخان، وهي: خان فيها منازل ولكل منزل مقفل فخرج وترك الباب مفتوحاً فجاء سارق وأخذ شيئاً لا يضمن، كذا في الوجيز للكردي.

قال المودع للمالك أن ذاهب إلى المزرعة وأريد أن أضع وديعتك في بيت جاري فقال له المالك ضعها فوضعها وذهب إلى المزرعة ورجع فأخذها من الجار وجاء إلى بيته ووضعها ثمة فضاعت من داره هل يضمن المودع الأول أم لا؟ ينبغي الضمان. كذا في الذخيرة معرباً عن عبارة فارسية.

ولو كان عنده كتاب وديعة فوجد فيه خطأ يكره أن يصلحه إذا كره ذلك صاحبه في الملتقط انتهى.

أقول: وهذا بخلاف إصلاح غلط المصحف إذا كان بخط يناسب فإنه يجب حيثئذ كما يأتي في آخر العارية.