*حرف الضاد المعجمة *

* الضرورات تبيح المحظورات *

ومن ثم أبيحت الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمر لمن غص ولم يجد غيرها ، وأبيحت كلمة الكفر للمكره ، وكذلك اتلاف المال وكذلك أخذ مال الممتنع من الدين بغير اذنه اذا كان من جنسه ولو كان بكسر بابه .

ولو صال الصيد على محرم فقتله دفعا لا ضمان ، لأنه بالصيال التحق بالمؤذيات واذا عم الحرام قطرا بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادرا ، فانه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ، ولا يقتصر على الضرورة ، قال الامام (ولا يتبسط فيه كما يتبسط)[1] في الحلال بل يقتصر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات ونحوها مما هو كالتتمات ، قال ابن عبد السلام وصورة المسألة أن يتوقع معرفة الشخص في المستقبل ، أما عند الاياس فلا يتصور المسألة (كأنه)[2] حينئذ يكون المال للمصالح ، (لأن من)[3] جملة (أموال)[4] بيت المال ما جهل مالكه .

قال الشيخ أبو علي في كتاب الغصب من شرح التلخيص ومن اضطر إلى مال غيره وترك الأكل هل يعصى وجهان أحدهما نعم لأن عليه إحياء نفسه والثاني له أن يستسلم للهلاك ، كما لو قصد مسلم لقتله قال وهكذا الوجهان فيما لو احتاج لشرب الخمر للعطش ، ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، وكذا إتلاف الحيوان (الذين)[5] يقاتلون عليه لدفعهم أو (ظفر

(١) هكذا في (ب) وفي الاصل (ولا يبسط كما يبسط) وفي (د) (ولا ينبسط كما ينبسط) .
(٢) في (ب) ، (د) (لأنه .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (لامن) .
(٤) في (د) (مال)
(٥) في (ب) (الذي)

بهم)[1] ، ويجوز نبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة أو في أرض أو ثوب مغصوب لا للتكفين في الأصح ، ولا ليدفن عليه آخر . ويجوز غصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم إذا لم يجد خيطا حلالا . هذا إذا كان الحيوان غير مأكول اللحم [2] فان كان فوجهان . والنجاسات إذا عمت البلوى بها يرتفع حكمها .

ومنه الماء الذي يسيل من فم النائم إذا حكمنا بنجاسته [3] وعمت (بلوى)[4] شخص به ، فالظاهر العفو ، قاله النووي قال : ولو عمت البلوى بذرق (الطير)[5] ، وتعذر الاحتراز منه عفى عنه كطين الشارع وتصح الصلاة معه .

وفي النكت للشيخ أبي إسحاق يعفى عن ذرق الطيور في المساجد . وحكاه عنه الرافعي في الشرح الصغير ذرق العصفور معفو عنه وهذا (تصرف)[6] بالعموم والخصوص فان الشيخ عم الطيور وخص المساجد ، والرافعي عكس النقل عنه (فخص)[7] العصفور وعم (العفو)[8] (وكالعفو)[9] عن أثر الاستنجاء وسلس البول .

ولو ولى الامام غير أهل نفذ قضاؤه للضرورة ، وألحقه الغزالي وغيره بقاضي أهل البغي ، ونازع فيه الشيخ زين الدين الكتاني (فان)[10] المنقول في

(١) في (د) ظفرهم)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (ب ، د) (بتنجيسه) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (البلوى) .
(٥) في (ب ، د) (الطيور) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل ، د (يعرف) .
(٧) في (ب) (فخصص)
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المعفو) .
(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والكمعفو) .
(١٠) في (ب) قال

قاضى أهل البغي التفصيل بين الأهل وغيره ، قال وليس هذا مما عمت به البلوى حتى (ينفذ)[1] ، ألا ترى أن بيع المعاطاة قد غلب في هذا الزمان .

ولو رفع الى حاكم لم يجز له تصحيحه ، لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة .

فائدة :

جعل بعضهم المراتب خمسة :

ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول :

فالضرورة :

بلوغه حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو . وهذا يبيح تناول المحرم .

والحاجة :

كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح المحرم .

وأما المنفعة :

فكالذي يشتهي خبز الحنطة ولحم الغنم ، (والطعام)[2] الدسم .

وأما الزينة :

فكالمشتهي (الحلو)[3] المتخذ من (اللوز والسكر)[4] والثوب المنسوج من

---

(١) في (ب ، د) (ينفذه) .
(٢) هكذا في (ب) وفي (د) وفي الأصل (ولطعام) .
(٣) في (د) الحلوى)
(٤) في (د) (لوز وسكر) .

حرير وكتان .

وأما الفضول :

(فهو)[1] التوسع بأكل الحرام أو الشبهة ، كمن يريد استعمال أواني الذهب أو شرب الخمر إذا علمت هذا فللقنوع مرتبتان :

(أحداهما)[2] يقنع بدفع الحاجة فلا يأكل إلا عند الجوع بقدر ما يدفعه ولا يميز بين دافع ودافع .

ودونها مرتبة من يقنع (باستيفاء)[3] المنفعة فيأكل الطيب ، ولكن لا يفرق بين صنف وصنف (فاذا)[4] إشتهى (الحلو)[5] إستوى عنده الدبس والسكر . واذا أراد اللبس استوى عنده القطن والصوف .

وأما من دونه وهو القنوع بسد الرمق الصابر على مضض الجوع وكان القانع يستر وجه الحاجة بستر خفيف ، كما أن (المقنعة)[6] تستر وجه لابسها بعض الستر ، ولا يقال لمن جلس خلف حائط من الشمس أنه تقنع بالحائط .

قاعدة :

* ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها *

ومن ثم لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق ، فاذا استشير في خاطب ذكر مساوئه ، قال الغزالي في الاحياء فان اكتفى بالتعريض كقوله لا يصلح لك لم

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (وهو) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (أحدهما) .
(٣) في (ب ، د) (باستبقاء) (٤) في (ب ، د) (اذا) .
(٥) في (د) (الحلوى) .
(٦) في (د) (المنفعة)
(٧) هكذا في (ب) ، د) وفي الأصل (ما يبيح) .

يعدل إلى التصريح ، ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف .

ومثله الطعام في دار الحرب يؤخذ على (حسب)[1] الحاجة ، لأنه أبيح للضرورة ، ويعفى عن محل استجماره ، ولو حمل (مستجمرا (في الصلاة بطلت)[2] في الأظهر . ويعفى عن الطحلب في الماء ، فلو أخذ ودق وطرح فيه وغيره ضر . وقال القاضي الحسين ، لو كان عنده ثوب فيه دم براغيث (مستغنيا)[3] عن لبسه فلبسه فلا تصح صلاته. والماء الذي غسل به (النجاسة المعفو)[4] عنها مستعمل قطعا لزوال النجاسة .

قال القفال في فتاويه والمرأة إذا فصدها أجنبي عند فقد (امرأة)[5] أو محرم لم يجز (لها)[6] كشف جميع ساعدها ، بل عليها أن تلف على يدها ثوبا ولا تكشف إلا القدر الذي لا بد من كشفه[7] للفصد ، ولو زادت عليه عصت الله تعالى .

* الضرر لا يزال بالضرر *

كذا (أطلقوه)[8] واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني فقال لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما انتهى .

---

(١) في (د) سبيل) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بطلت في الصلاة) .
(٣) هكذا في الاصل و(د) وصلب النسخة (ب) وفي هامش (ب) (يستغنى) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (نجاسة معفو) .
(٥) في (د) (المرأة) . ز
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٧) في (د) (كشفها) .
(٨) في (ب ، د) (اطلقوا) .

ولهذا لو كان له على شخص دين ومعه قدره فقط فانه (يؤخذ وان)[1] تضرر المديون .

ولو كان له عشر دار (لا)[2] يصلح للسكنى والباقي لآخر وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح وان كان فيه ضرر شريكه .

ومن هذا ثبوت الشفعة في الشقص وينفذ تصرف المشتري موقوفا على إسقاط الشفعة .

ولو باعه شيئا وسلمه إلى المشتري فرهنه ثم أفلس فليس للبائع الرجوع في عين ماله ، لأن في ذلك إضراراً بالمرتهن [3] والضرر لا يزال بالضرر .

ولو اشترى أرضا (فغرس)[4] فيها أو بنى ، ثم أفلس فليس للبائع الرجوع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس في الأظهر ، لأنه ينقص قيمتها ويضر بالمفلس والغرماء ، والضرر لا يزال (بالضرر)[5] .

ولو كانت المرأة ضيقة المحل والرجل كبير الآلة لا يمكنه وطؤها إلا بافضائها لم يُمكَّن من الوطء .

* الضمان *

أسباب الضمان أربعة :

عقد ، ويد ، واتلاف ، وحيلولة .

---

(١) في (د) (يؤخذ منه وان) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٣) في (د) (المرتهن)

(٤) في (د) (يغرس)

(٥) في (ب ، د) (بمثله) .

الأول :

العقد كالبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم والاجارة ونحوها .

الثاني :

(اليد)[1] وهي ضربان :

يد غير مؤتمنة كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري فاسدا ، (وكذلك)[2] الأجير على قول .

ويد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها إذا وقع منها التعدي صارت اليد يد ضمان فيضمن إذا تلفت بنفسها ، كما لو لم يكن مؤتمنا .

قال الجرجاني في التحرير الموجب لضمان المال خمسة :

أحدها : القبض للسوم .

الثاني : القبض عن البيع الفاسد .

الثالث : العارية .

الرابع : (الاتلافات)[3] بمباشرة أو (سبب)[4] .

الخامس : التعدي بالغصب أو (بالتصرف)[5] في الأمانة أو (بالتفريط)[6] في ردها انتهى .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (يد) .

(٢) في (ب ، د) (وكذا) .

(٣) في (د) (الاتلاف) .

(٤) في (ب) تسبب)

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التصرف) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالتوسط) .

وأما الأمانات الشرعية فانها تضمن بالتفويت وهل تضمن بالفوات فيه خلاف . والأصح المنع ، كما إذا خلص المحرم (الصيد)[1] من جارحه ليداويه فتلف (عنده أو أخذ الوديعة من صبي صيانة لها ليردها لوليه فتلفت)[2] في يده أو التقط ما لا يمتنع من صغار السباع للحفظ بناء على أن للآحاد ذلك وهو (الصحيح)[3] المنصوص .

ومثله لو أطارت الريح ثوبا إلى داره فأخذه ليرده لمالكه وغير ذلك . ويستثنى ما لو ظفر بغير جنس حقه ، وقلنا بالأصح أنه يبيعه بنفسه ويستوفي ذلك منه ، فلو تلف قبل تملكه ضمن ولو نقص ضمن نقصه وانما ضمن هنا وان كان مؤتمنا لتقصيره بالتأخير ، ولا يستثنى ما لو انتزع المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه فتلف عنده يضمنه في الأصح بناء على الأصح أنه ليس للآحاد (الانتزاع)[4] فان القاضي نائب (الغائبين)[5] وليس هو بمؤتمن شرعا .

الثالث :

الاتلاف في النفس أو المال ، قال إمام الحرمين في البرهان ، وضمان الأموال مبني على (جبّر الفائت)[6] ، وضمان (النفس)[7] مبني على شفاء الغليل انتهى .

ويفترق ضمان الاتلاف واليد في أن ضمان الاتلاف يتعلق الحكم فيه (بالمباشرة)[8] دون السبب في الأظهر وضمان اليد متعلق بهما لوجوده في كل

---

(١) في (د) (صيدا)
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٣) في (ب ، د) (الأصح)
(٤) في (د) (انتزاعه) .
(٥) في (د) (المفلس) .
(٦) في (ب) (خبر الغائب)
(٧) في (ب) الأنفس .
(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) بالمباشر .

منهما ، (ثم عندنا)[1] أن ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والملك باق لحاله ، لأنه لم يجر ناقل عن ملكه والفائت)[2] عليه هو اليد (والتصرف)[3] فيكون الضمان في مقابلة ما فات .

وعند الحنفية أن الضمان في مقابلة العين المغصوبة ، لأنها التي[4] وجب ردها ، فالضمان بدل عنها وبنوا (عليه)[5] فروعا :

منها:إذا غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فخاطه أو شاة فذبحها لا يملك المغصوب بذلك وعندهم (يملك)[6] العين ، وينتقل حق المالك الى المثل أو القيمة .

ومنها:اذا ضمن بدل المغصوب ثم ظفر به المالك كان له ويرد الى الغاصب ما أخذه عندنا وعندهم يملك المغصوب بأداء الضمان حتى لو كان قريبه عتق عليه .

ومنها:أن الجناية الموجبة لقيمة العبد كقطع يديه ورجليه لا تقتضي ملك الجاني للعبد وعندهم تقتضي ذلك .

الرابع :

الحيلولة كما لو غصب عبدا فأبق أو ثوبا فضاع أو نقله الى بلد آخر فيغرم الغاصب (القيمة للحيلولة بين المالك وملكه ، كما يغرم لو ظفر به في غير بلد الغصب)[7] مع بقاء العبد ، وكما لو شهدوا بمال فرجعوا (فانهم)[8] يغرمون

(١) في (د) (ثم ان عندنا) .
(٢) في (د) (والثابت)
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (والعرف) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) والذي .
(٥) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (عليها) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ينتقل) .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٨) في (ب) [فانه] .

للمحكوم عليه في الأظهر لحصول الحيلولة بشهادتهم والثاني لا لأن الضمان باليد أو (بالاتلاف)[1] ولم يوجد واحد منهما وأن أتوا بما يقتضي الفوات ! كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت ، ومسائل الحيلولة سبقت في حرف الحاء .

وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب الدلائل والاعلام:المضمونات ضربان :

احدهما : بالتعدي ومنه الجنايات والاتلافات .

والثاني : بالمراضاة كالبيوع والضمان ، والأول يستوى في ايجاب الضمان فيه العمد والخطأ ، لأن النسيان انما يسقط عن الانسان فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره فليس على غيره نسيانه وخطؤه ، ولولا ذلك لتداعى الناس (النسيان)[2] وتساقطت الحقوق الا أن العامد يغرم البدل وعليه الاثم والمخطىء لااثم عليه ، وكانت حرمة النفوس في ذلك أقوى من الأموال فوجب على القاتل خطأ الكفارة وما تحمله العاقلة عنه لأولياء المقتول من الدية ، وعلى القاتل المكافىء (عمدا)[3] القصاص ليكف عن القتل ويقع التحفظ(به)[4] ، قال (وأما القروض والعواري فانما صارت مضمونة وان سمح (بها)[5] صاحبها وأذن فيها لأن الآخذ أخذه لمنفعة نفسه بغير عوض ، والشيء الذي أبيح له هو المنفعة فلم يرتفع ضمان العين من أجل إباحة المنفعة ، قال والفرق بين الوديعة والعارية أن المودع إنما يده يد المودع فكان حكمه في اليد أقوى من حكم الوكيل الذي يأخذ الجعل على العمل بأمر الوكيل ومتى كانت اليد تخلف يد المالك فلا شيء عليه ، الا أن يتعدى وفارق المستأجر في ضمان العين لأخذه العوض على المنفعة ، ولا سبيل له الى الانتفاع ،

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الاتلاف) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) عمد) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

الا بأن يخلف المالك في اليد فلا يضمن الا بالتعدى وفارق صاحب الرهن ، لأن الوثيقة في العقد بأن يكون أحق من الغرماء والمنافع للمالك فلا ضمان .

قال ثم (ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على أرباب المواشي حفظها بالليل)[1] ، لأنها لو أرسلت بالليل لم يكن (مانعا)[2] لها ، لأن الله (تعالى)[3] (جعل الليل سكنا)[4] لكل أحد ، ولو منعهم من ارسالها بالنهار لسقطت منافعهم في (الرعي)[5] والكلأ ، فاذا أرسلوا بالليل ضمنوا واذا أرسلوا بالنهار لم يضمنوا وكان التحفظ على أرباب الأموال .

ومن هذا من حفر بئرا في ملكه فدخل اليه داخل فسقط في البئر لم يضمن ، ومن حفر في ملك غيره ضمن ، ولو حفر في الصحراء لم يضمن ، وكذلك الدابة اذا « انقلبت ولا »[6] ضمان ، ومتى كان عليها سائق أو قائد فعليه حفظها في تلك الحالة .

قال والضابط أن (التعدي)[7] مضمون أبدا ، الا ما قام دليله وفعل المباح ساقط أبدا ، الا ما قام دليله ، والمتولد من (التعـدي)[8] في حكم (التعـدي)[9]

---

(١) هذا يشير الى حديث اخرجه ابن ماجه فى سننه جـ٢ ص٧٨١ وهو عن ابن شهاب ان أبا محيصة الأنصاري أخبره أن ناقة للبراء كانت ضارية دخلت في حائط قوم فأفسدت فيه فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقضى أن حفظ الأموال على أهلها بالنهار وعلى أهل المواشي ما أصابت مواشيهم بالليل . وفي سنن ابن ماجه رواية أخرى بمثل ذلك في نفس الصفحة والجزء وأيضا انظر المستدرك جـ٢ ص٤٧ ـ ٤٨ وسنن البيهقي جـ٨ ص٣٤١ و٣٤٢ .

(٢) في (ب ، د) (مانع)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) ولم تذكر في الأصل .

(٤) جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٩٦ وهي قوله تعالى (فالق الأصباح وجعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا ذلك تقدير العزيز العلم) .

(٥) في (د) (المرعى)

(٦) في (ب ، د) (انفلتت فلا) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدى) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدي) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدي) .

كالجراحة اذا سرت الى النفس .

قال وأما رد المضمون فأقسام :

الأول :

ما عينه موجودة فيكلف رده إلا أن يختار المالك خلافه .

الثاني :

ان تنقص العين فيردها وقيمة نقصها،ان لم يوجد مثل النقص كحنطة نقص منها جزء .

الثالث :

أن تفوت العين فيلزمه مثلها كالحنطة (والزيت)[1] لأن المثل موجود في نفسه ، ويسقط الاجتهاد في القيمة وما ليس له مثل أولا يمكن فعل المثل كشق ثوب رجل فلا يشق ثوب الآخر ، لأن ذلك فساد عليهما في الأموال ، وكل ما كان مثله من جنسه يتفاضل ولا يتحصل (فالرجوع)[2] الى القيمة كالاحراق بالنار والرمي بالشيء في البحر .

قال وأما الجنايات في النفوس فان المثل فيها معدوم فيعدل الى القيمة . ومنه الدية في الأحرار والقيمة في العبيد .

قال والمضمون في الجناية وغيرها ضربان :

ضرب (يتوقف)[3] (لا يتجاوزه)[4] كالخمس من الابل في الموضحة

(١) في (ب ، د) (والزبيب) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالرجوع) .
(٣) في (ب) (بتوقيف) وفي (د) (توقيف) .
(٤) في (ب) (لا يتجاوز) .

ونحوه ، وكذلك في الأموال كصاع المصراة .

وضرب يرد الى الاجتهاد والتقويم فيرد الى أهل (صناعته)[1] وأهل الخبرة والا لبطلت معرفته فاذا وجب أرش جرح (من)[2] حر أو عبد ولا توقيف فيه نظر فيه من جهة الأخيل والتمثيل فأجرى عليه والقول (بالتبخيت)[3] (فيه)[4] باطل انتهى .

واعلم أنه سيأتي في حرف الميم قواعد (مهمة)[5] (تتعلق بالمضمونات)[6].

وههنا أيضا قواعد تتعلق بالمضمونات :

الأولى :

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك (قال)[7] الأصحاب في باب الغصب لو أتلف مالا في يد مالكه ضمنه الا العبد المرتد والحيوان الصائل والمقاتل حرابة وما اذا لم يتمكن المنكر من اراقة الخمر ونحوه ، الا بكسر آنية وما اذا لم يتمكن (من)[8] دفع الصائل وقاطع الطريق ، الا بعقر جواده وكسر سلاحه وما يتلفه العادل على الباغي حالة الحرب وعكسه وما (يتلفه)[9] الحربيون علينا ،

---

(١) في (د) (الصناعة) .

(٢) في (ب) و (د) (في) .

(٣) هكذا في الأصل و(ب ، د) وفي نسخة (ل) التي رجعت اليها في بعض الكلمات التي أشكل فهمها على وجدتها (بالحل) .

(٤) في (د) (عليه)

(٥) في (د) (مبهمة)

(٦) يلاحظ أن المؤلف ذكر في حرف الميم كما سيأتي هذا العنوان وهو (المضمونات) ثم ذكر تحته سبقت في حرف الضاد واكتفى بذلك فقط مع أنه ذكر هنا أنه سيأتي في حرف الميم قواعد مهمة تتعلق بالمضمونات لكن يوجد في حرف الميم هاتان القاعدتان احداهما ما جاز الرهن به جاز ضمانه ومالا فلا والثانية المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف .

في (د) (وقال) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يتلف) .

والعبد في يد سيده على سيده أما لو (تلف)[1] فقد ذكروا في كتاب الاجارة أنه لو سخر دابة ومعها مالكها فتلفت لا (يضمنها)[2] .

وقالوا لو استولى على حر وعليه ثيابه لا يضمنه نعم ان كان سبب التلف من الأجنبي ضمن ، كما لو أكرى دابة لحمل مائة فحمل مائة وعشرة وتلفت بذلك وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة على الصحيح وفي قول قيمتها .

ومنها الأجير المشترك اذا أتلف المال بحضور المالك لا (يضمن)[3] في الصحيح .

الثانية :

المضمون قسمان : ما يضمن بالتلف والاتلاف ، وما لا يضمن بالتلف ويضمن بالاتلاف .

فمن الاول:الزكاة اذا تلف المال قبل دفعها ضمنه ، وكذا الصيد في حق المحرم . ومن الثاني:العبد الجاني اذا أتلفه السيد أو أعتقه ضمنه ، ولو تلف لم يضمنه ولو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ، ولو أتلفه ضمنه . وكذا الأمانات الشرعية على ما سبق .

الثالثة :

اذا (وجبت)[4] قيمة المتلف اعتبر بمحل الاتلاف ، كما يعتبر في المتلفات بغالب نقد البلد الذي وقع فيه التلف والاتلاف ، الا في موضع واحد وهو ابل

---

(١) في (ب ، د) (تلفت)
(٢) في (ب) (يضمن) .
(٣) في (د) (يضر) .
(٤) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (وجب) .

الدية فان المعتبر ابل بلد اقامة الجاني لا محل جنايته . ولهذا اعتبروا بلد العاقلة والعاقلة لا جناية منهم ، وإنما العبرة بمحل اقامتهم . ولهذا قال في المطلب ان ذلك خرج عن قياس القاعدة .

الرابعة :

قد يكون الفعل مباحا وهو مضمون ، لأنه إنما أبيح بشرط سلامة العاقبة ، وذلك في التعزير من الامام والمعلّم والزوج ونحوه وكذلك أكل المضطر طعام الغير يباح له ويضمن بدله وللمحرم ذبح الصيد للاضطرار ويضمنه .

ولو نصب ميزابا فتقصف من الخارج منه شيء وأتلف انسانا تجب الدية مع انه يباح له نصبه .

ولو أرسل سهما على حربي فأسلم ثم وقع السهم فقتله فانه تلزمه دية المسلم . ولو سقطت عليه جرة من سطح فكسرها ضمنها مع أن له دفعها . وقد يكون الفعل حراما ولا ضمان ، كقوله اقطع يدي فقطعها فلا شيء عليه ، وكذا لو قال اقتلني فقتله فلا قصاص (ولا دية .

ولو غصب شيئا مما يختص به [1] كجلد ميتة أو سرقين [2] فتلف في يده فلا ضمان[3] مع أن فعله حرام .

ولو كان الفعل سببا للهلاك ، كما اذا فتح زقا فيه مائع فانصب ما فيه بالريح أو (فتح)[4] قفصا عن طائر فوقف ثم طار فان الفعل حرام ولا ضمان ، وكذلك لو وضع صبي في مسبعة فأكله سبع فلا ضمان .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) في (د) (سرجين)
(٣) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (ولا) وينتهي بكلمتي (فلا ضمان) ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

الخامسة :

ما وجب ضمانه قبل التسليم على أربعة أقسام :

أحدها : ما هو ضمان عقد (قطعا)[1] وهو ضمان العوض المعين في عقد المعارضة المحضة ، (كالمبيع)[2] والثمن المعين قبل القبض ، وكذلك السلم في رأس المال المعين ، وكذلك أجرة الاجارة المعينة وجعل الجعالة كان القياس أن يكون كالأجرة لكن ذكر الرافعي في مسألة (العلج)[3] قولين في أن جعل الجعالة المعين مضمون ضمان عقد أو ضمان يد كالصداق .

الثاني : ضمان يد قطعا ، كالمغصوب والمستعار والمستام والمشتري شراء فاسدا ولا خلاف فيه الا في صورة :

(وهي)[4] ما لو أصدقها قصاصا وجب له عليها ، فالأصح يضمن (بنصف)[5] الأرش على القاعدة ، وقيل بنصف مهر المثل .

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان عقد كالصداق وبدل الخلع والصلح عن الدم والعتق على المنافع ، ومنه جعل الجعالة على طريقه .

الرابع : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان يد ، كمسألة العلج ، وصورته أن يقول الامام من دلني على قلعة فله (منها)[6] جارية (فاذا)[7] ماتت فهل يعطى قيمتها أو أجرة المثل قولان ، (الصحيح)[8] أنه يعطي القيمة . وهذا ترجيح لضمان اليد .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (كالبيع) .
(٣) في (د) (الصلح)
(٤) في (د) (هي) .
(٥) في (د) (نصف)
(٦) في (د) (فيها) .
(٧) في (ب) (واذا) .
(٨) في (د) (وليصحيح) .

والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد أن ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه (اذ)[1] جعل مقابله شرعا ، كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة .

وكذلك المسلم فيه فانه لو فسخ أو انفسخ رجع الى رأس المال لا الى قيمة المسلم فيه .

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة ، وذكر الرافعي في كتاب الصداق في ضمن تعليل (القديم)[2] في ضمان الصداق أنما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونا ضمان يد ، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد ، وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق ، فليكن مضمونا ضمان يد .

السادسة :

المضمون في الشريعة على خمسة أقسام :

الأول : أن يضمن بالبدلين المثل والقيمة جميعا . وذلك في الصيد المملوك اذا قتله المحرم أو الحلال في الحرم فانه يضمنه بالقيمة للمالك وبالمثل الصوري لحق الله تعالى ، وصورته في المحرم اذا استعار صيدا مملوكا من حلال وتلف عنده فان كان مغصوبا وتلف عنده بعد الاستعمال لزمه مع ذلك الأجرة فيزداد (وجه)[3] الضمان .

الثاني : ما يضمن بالقيمتين وذلك في صورتين :

---

(١) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) [أو] .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التقديم) .
(٣) في (ب ، د) (أوجه) .

أحداهما : اذا أتلف المحرم ما لامثل له من النعم كالعصافير المملوكة فتجب لله (تعالى)[1] ، وقيمته لمالكه .

الثانية : أن يغصب عبدا ثم يجني جناية على غيره وتكون الجناية مساوية لقيمة العبد ثم يتلف العبد عنده فيغرم قيمته لمالكه ، ويغرم للمجنى عليه قيمته ان كانت أقل من أرش الجناية ، وهو معنى قول الحاوي الصغير ، وضمن ثانيا ان أخذ (ما أخذ)[2] للجناية ، وليس لنا موضع يغرم فيه بدلان بالنسبة الى متلف واحد ، إلا في ثلاث صور: هاتان ،

والثالثة : اذا وطىء (زوجة)[3] أصله أو فرعه بشبهة فانه يغرم مهرين ان كان بعد الدخول ومهرا ونصفا ان كان قبله ، وقال الماوردي ايجاب بدلين مختلفين في (متلف)[4] واحد ممتنع ان كانا من جهة واحدة ، ولا يمتنع مع اختلاف جهة ضمانهما ، كالقتل يضمن ببدلين مختلفين الدية والكفارة .

قلت وكذا قتل العبد يضمن بالقيمة والكفارة ، واذا وطىء امرأة مكرهة وأفضاها لزمه الدية والمهر .

ولو جرح صيدا فأزال امتناعه واندمل الجرح لزمه جزاء (كامل)[5] في الأصح فلو جاء محرم آخر وقتله لزمه جزاءه زَمِناً وبقي الجزاء على الأول بحاله .

وقيل يلزم الأول قدر النقصان خاصة ، لأنه يبعد ايجاب جزائين لمتلف واحد .

الثالث : مالا يضمن بالمثل ولا بالقيمة وهو لبن المصراة اذا تلف فانه لا

---

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .
(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .
(٣) هكذا في (، د) وفي الأصل «زو جته » .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مثل)
(٥) في (د) ؛ الكامل)

يضمنه اذا تلف (لا)[1] بمثله ولا بقيمته ، بل بالثمن ؛ ولا مالا يضمن [2] أصلا كحبة حنطة وزبيبة وتمرة لم يدخل في هذا الضابط ، لأنه ليس بمثلي ولا متقوم .

الرابع : ما يضمن بالقيمة دون المثل وهو المتقوم كالدور والعقار والحيوان والسلع والمنافع ، الا في صور :

(احداها) [3] جزاء الصيد .

الثانية:اذا اقترض متقوما فانه يرد (مثله) [4] صورة في الأصح ، (لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا ورد بازلا)[5] ، وقيل القيمة وهو القياس .

الثالثة : اذا هدم جدار الغير فانه يجب عليه اعادته ، كما أجاب به النووى في فتاويه ونقل عن النص لقصة جريج ، وقيل أنه مذهب (الإمام[6]) الشافعي (رحمه الله)[7] وعليه العمل وبه الفتوى ، وقال امام الحرمين يلزمه أرش نقصه لا بنلؤه ، لأنه ليس مثليا .

الرابعة : طم الأرض كما قاله الرافعي .

الخامسة : اذا ضمن عن غيره (حيوانا في الذمة)[8] وأعطاه للمضمون له فانه يرجع على المضمون عنه بالمثل الصوري دون القيمة .

السادسة : اذا أتلف رب المال الماشية كلها بعد الحول وقبل الاخراج فانه يضمن الشاة بشاة أخرى لا بقيمتها ، وإن قلنا أن الزكاة تتعلق بالعين تعلق

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (ولا ما يضمن) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (أحدها) .

(٤) في (د) (مثل) .

(٥) انظر فتح الباري جـ٥ ص٤٣ الى ٤٥ وصحيح مسلم بشرح النووي جـ١١ ص٣٦ و٣٧ و٣٨ والترمذي جـ٦ ص٥٦ و٥٧ و٥٨ - ابن ماجه - جـ٢ ص٧٦٧ - والسنن الكبرى للبيهقي جـ٥ ص٣٥٢ و٣٥٣ .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حيوانا ضمن في الذمة) .

(الشركة)[1] ، وأن الفقراء شركاء رب المال على الصحيح قال الرافعي في زكاة المعشرات ، وتابعه ابن الرفعة وعلله بأن اخراجه جائز مع بقاء المال (فتعين)[2] عند عدمه ، لأنه قائم مقامه ، بخلاف ما لو أتلفه أجنبي .

(الخامس)[3] ما يضمن بالمثل دون القيمة وهو المثلى كالنقدين والمكيلات والموزونات .

وهو ينقسم الى (مثلي)[4] صوري وتقديري .

والصوري ينقسم إلى حسي (ومعنوي)[5] .

والتقديري ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه .

وقد يضمن هذا النوع بالقيمة وذلك في صور :

(احداها)[6] :

عند (تعذر)[7] المثل والواجب قيمة المثل ، كما قاله الشيخ في التنبيه وقيل قيمة المغصوب.فان قيل قيمة المغصوب هي قيمة مثله ألا ترى أنا نقول (قيمة المثل ونعنى به قيمة الشيء قلنا لا (وصواب العبارة)[8] أنا اذا قومنا شيئا أن نقول)[9] قيمته لا قيمة مثله ، وإنما اختلفوا في الغصب .

الثانية :

(أن)[10]لا يوجد المثل ، إلا بأكثر من ثمن مثله ، فلا يلزمه تحصيله ،

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (شركه) .

(٢) في (د) (فيتعين) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السابعة) .

(٤) في (ب ، د) (مثل) .

(٥) في (ب ، د) (والى معنوي) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (احدها) .

(٧) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (تعدد) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الاصل (وهو أن صواب العبادة) .

(٩) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء بكلمة (قيمة) وانتهاء بكلمة (نقول) ساقط من (د) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د)

ويصير كالعدم على الأصح في زوائد الروضة .

الثالثة :

اذا ظفر به المالك في غير بلد التلف (وكان المغصوب مما يزداد بالانتقال فطالبه في مواضع الزيادة فلا يغرم المثل وله تغريمه قيمة بلد التلف)[1] .

الرابعة :

إذا كان للأصل قيمة حين الأخذ والمثل لا قيمة له عند الرد ويدخل فيه صور : منها:اذا غصب ماء (لوضوئه)[2] في المفازة وظفر به على الشط فان المطالبة هنا تكون بقيمة المفازة لا بالمثل لحقارته حينئذ ، فلو أخذ القيمة ثم اجتمعا بعد في موضع له قيمة كالمفازة فهل يجب (رد [3] القيمة واسترداد المثل وجهان في التتمة ان قلنا نعم فلا استثناء فان القيمة حينئذ للحيلولة .

ومنها:لو أطعم المضطر مثليا فانه مضمون بقيمته في المخمصة على المذهب .

ومنها:الماء المبذول (لطالبه)[4] في المفازة (يضمن بقيمته)[5] هناك .

ومنها:الجمد في الصيف كالماء في المفازة فاذا غصب جمدا في الصيف وتلف وظفر به في الشتاء فانه تجب قيمته معتبرا في الصيف .

ومنها:اذا غصب ورق التوت في أوانه وتلف ضمنه بمثله فاذا انقضى أوانه (ضمنه)[6] بقيمته أي لنقصان قيمته حينئذ قاله القاضي الحسين في فتاويه ، وفي المسكت للزبيري . لو كان معه ماء بارد في الصيف فوضع انسان فيه حجارة محماة

---

(١) ما بين القوسين مكرر في (د) .

(٢) في (د) (لوضوء) .

(٣) في (د) (رده)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا (ب ، د) وفي الاصل (يبدل بقيمته) .

(٦) في (ب ، د) (ضمن)

حتى سخنته أو كان معه ماء سخنا في الشتاء فبرده عليه بصب ماء ونحوه ، (وحكى)[1] فيها اختلاف أجوبة ، والذي يظهر أنه يلزمه (أرش النقص ويقرب منه تسخين الماء بحطب وغيره أو حمى الوطيس فبرده عليه ، والظاهر أنه يلزمه أجرة مثله وهو)[2] أجرة ما يخبز ويشوي فيه من اللحم دون قيمة الحطب .

وفي فتاوى البغوى لو حمى الوطيس فجاء انسان فخبز فيه خبزا (لزمه)[3] أجرة المثل .

وقريب منه ما اذا (أفسدت)[4] المرأة طهارة الرجل أو بالعكس ، قال الرافعي في النفقات يجب ماء الوضوء على الزوج (وان)[5] كان هو اللامس . (وكذلك)[6] ثمن ماء الغسل من الوطء والولادة والنفاس ، وهذا بشرط أن يكون الولد منسوبا اليه فان نفاه باللعان لم يجب ، وعلى هذا فلو لمست (المرأة)[7] أجنبيا أو بالعكس وجب عليه ثمن ماء الوضوء .

الخامسة :

لحم الأضحية اذا أتلفه فانه يغرم قيمته ، كما صححه الرافعي في أنه مثلي .

السادسة :

الحلي أو آنية النقد اذا أتلفه لا يضمنه بمثله وإنما يضمنه مع صنعته بنقد البلد وان كان من جنسه (ولا ربا لاختصاصه)[8] بالعقود .

---

(١) في (ب ، د) (حكى)

(٢) ما بين والقوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) والا ان الكلمات الثلاث الأخيرة وهي (أجرة مثله وهو) ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) (لزمته) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فسدت)

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ان) .

(٦) في (د) (وكذا) .

(٧) في (د) (امرأة) .

(٨) في (د) (ولاث بالاختصاصية)

السابعة :

المستعار اذا كان مثليا وقلنا يضمن (بقيمته)[1] يوم التلف ، كما هو الأصح مضمون بالقيمة ، (كما)[2] صرح به الماوردي وصاحب المهذب وغيرهما ووجهه أن المثلي ربما ينقص بالاستعمال فلو ضمنا المثل لكنا قد أوجبنا الأجزاء المستحقة ، لكن جزم ابن أبي عصرون في المرشد بوجوب المثل في المثلي ، وقال في (الانتصار)[3] أنه أصح الطريقين والطريق الثاني أنه يبنى على أن المتقدم تعتبر قيمته في أي وقت فان اعتبرنا قيمة يوم التلف ضمن (المثل)[4] بالقيمة ، وإن اعتبرنا الأكثر من النقص الى التلف ضمنه بالمثل ، فإن قيل ما صورة المستعار المثلي ؟

(قلت)[5] فيما إذا أعاره دراهم أو دنانير وجوزناه .

الثامنة[6] :

المستام .

التاسعة[7] :

المبيع المفسوخ لا يضمن بالمثل ، بل بالقيمة بلا خلاف قاله في البحر .

العاشرة[8] :

المبيع بيعا فاسدا على (ما أطلقه)[9] الرافعي وجوب القيمة ولم يفصل بين

---

(١) في (ب) (بقيمة)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د)

(٣) في (د) (الاقتصار)

(٤) في (ب) (المثل) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثامنة) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التاسعة) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (العاشرة) هذا وقد ذكر في (ب) بهد التاسعة (المبيع المفسوخ) الى آخر الفرع وفي (د) ذكر بعد التاسعة (المبيع بيعا فاسدا) الى آخر الفرع وبذلك يتبين أن بين النسختين (ب ، د) اتفاقا في الترقيم واختلافا في الفروع من حيث التقديم والتأخير وأيضا نتبين أن بين الاصل وب اتفاقا في ذكر الفروع واختلافا في الترقيم .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (الحادية عشرة) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (ما هو أطلقه) .

مثلي ومتقوم وبه صرح الماوردي ، قال لأنه لم يضمنه وقت النقص بالمثل وإنما ضمنه بالعوض ، بخلاف الغصب وطرد ذلك في المقبوض بالسوم والبيع الفاسد ، وكل عقد مفسوخ .

وهذا الذي قاله ضعيف نقلا وتوجيها :

أما التوجيه فلأن ضمانه بالعوض زال بالفسخ وصار كما لو (لم)[3] يرد عليه (عقد فاسد)[2] .

وأما النقل (فان)[4] (الامام)[5] الشافعي (رحمه الله)[6] نص في مواضع من الأم على وجوب المثل .

ومنها:قوله لو اشترى ثمرة لم يبد صلاحها بشرط التبقية ، وقطع منها غصنا ان كان له مثل رد مثله ولا أعلم له مثلا وان لم يكن فقيمته .

الحادية عشر :

إذا جوزنا المعاملة بالمغشوشة فهي مثلية واذا تلفت لا يضمن (مثلها)[7] ، بل تضمن قيمة الدراهم (ذهبا)[8] وقيمة المغشوشة كذا نقله ابن الرفعة ، وهو يشبه قول الشيخ ابي حامد وغيره في الدعوى بها بذكر قيمتها من النقد الآخر .

السابعة :

قد يضمن (المثل)[8] الصوري بواسطة ، وهو ما إذا أتلف الشاة المنذورة

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (عقدا فاسدا) .
(٤) في (ب) فبأن .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٧) في (د) (بمثلها) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (رهنا) وفي (د) (هنا) .
(٩) في (د) (المثل)

obeikandl.com

obeikandl.com

السابعة :

قد يضمن الانسان ما أتلفه من مال نفسه ، اما لتعلق حق الله (تعالى)[1] به أو حق الآدمي .

فمن الأول: المحرم إذا قتل صيد نفسه أو قطع شعر [2] نفسه أو حلقه والسيد إذا قتل عبده تجب فيه الكفارة . وكذا إذا قتل نفسه .

ومن الثاني: الراهن إذا أتلف المرهون يضمنه بالبدل ويكون رهنا مكانه وسيد العبد الجاني إذا قتله عليه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وسيد الأمة المزوجة ، إذا قتلها قبل الدخول غرم مهر مثلها لزوجها على قول .

وقد يضمن غيره ما باشر هو إتلافه من ملكه ، كما لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو أمره بعتق عبده أوطلاق زوجته على مال أو (أمره)[3] بقطع (ثـوب)[4] ، فاذا هو للقاطـع أو ذبـح (حيوان)[5] فاذا هو للذابـح (على المذهب)[6] بخلاف ما لو أكله على المذهب ، لأنه ذبح للغاصب ، (وذلك)[7] (انتفع)[8] بأكله .

ولو جنى العبد المغصوب على مالكه فقتله المالك للدفع لم يبرأ الغاصب سواء علم أنه عبده أم لا على الأصح ، (لأن الاتلاف)[9] بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره لم يضمنه .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .
(٢) في (د) (شجر) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (أمر) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ثيها) .
(٥) في (د) (حيوانا)
(٦) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .
(٧) في (ب ، د) (وذاك) .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (امتنع) .
(٩) في (ب) (والاتلاف) وفي (د) (لأن على البائع الاتلاف) .

الثامنة :

سائر المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف إلا (في)[1] الصيد المثلى فانه تعتبر قيمة مثله ، واختلف في الغصب وفي الدية .

التاسعة :

ما ضمن كله بالقيمة عند التلف ضمن بعضه ببعضها ، كالغاصب ، وكما إذا تحالف البيعان والمبيع تالف فيغرمه فلو (وجد)[2] ، لكنه ناقص غرم الأرش في الأصح .

ولو ظهر مالك اللقطة وهي تالفة غرمها الملتقط أو ناقصة ضمن الأرش في الأصح لأن الكل مضمون عليه .

ويستثنى من القاعدة صور :

احداها : الشاة المعجلة (عن)[3] الزكاة فانها لو تلفت وخرج المالك عن كونه لا تجب عليه الزكاة بأن تلف ما له فانه يرجع على الفقير بقيمة الشاة وان تعيبت في يده ففي الأرش وجهان أصحهما لا .

الثانية : لو طلق قبل الدخول والصداق تالف فله بدله فلو كان معيبا فلا أرش له ان رجع في نصفه وان شاء رجع الى قيمة نصفه .

الثالثة : رد (البائع)[4] المبيع بالعيب ، وقد نقص الثمن في يد البائع فان شاء رجع (فيه)[5] ناقصا بلا أرش في وجه وان شاء رجع الى بدله والأصح أنه يتعين حقه فيه ناقصا من غير أرش ولا خيار قاله النووي في كتاب الزكاة والبيع .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يوجد) .
(٣) في (د) (من)
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (ب ، د) (منه)

الرابعة : رجع البائع في المبيع عند افلاس المشتري ووجده ناقصا بآفة سماوية أو باتلاف البائع وأراد الرجوع فيه فلا أرش له في الأولى قطعا ولا في الثانية على المذهب في الروضة .

الخامسة : القرض إذا تعيب في يد المقترض ثم رجع (المقرض)[1] فانه يتخير ان شاء رجع فيه ناقصا وان شاء رجع بمثله (ان)[2] كان مثليا ، كذا جزم به الماوردي ، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف ذلك .

وقريب منه نص (الشافعي (رحمه الله)[3] فيما لوتعيبت العين المبيعة في يد المشتري من الغاصب وغرم ارشها لمالكها أنه يرجع (به)[4] على البائع ، ولو تلفت في يده وغرم قيمتها لم يرجع بها .

وزعم الامام انعكاس هذه القاعدة وهو أن كل مالا يضمن بالقيمة إذا أتلف لا يضمن (الجزء)[5] إذا أتلف كالبائع يتعيب المبيع بيده قبل القبض .

قلت: والمكاتب فان سيده لو قطع يده ضمنها ولو قتله لم يضمنه ، والجناية على بعضه كقطع يده ، وأيضا لو غرم المالك للعين المغصوبة مشتريها من الغاصب قيمتها (للتلف)[6] لم يرجع به على البائع وان (تعيبت)[7] في يده فأخذها المالك مع الأرش رجع بالأرش على البائع قاله في الوسيط .

قال ابن الرفعة ، وهذا الأصل يستثنى منه مسائل :

---

(١) في (د) (المقترض) .
(٢) في (د) (وان) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجزاء) .
(٦) في (د) (للمتلف) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (تعيب) .

واعلم أن الماوردي عبر عن هذه القاعدة في كتاب التفليس بقوله (من لم يضمن)[1] الشيء بقيمته لا يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده ، وكما لو باع شيئا ولم يقبض ثمنه حتى حجر على المشتري بالفلس فوجده ناقصا بآفة فان رضي به فذاك ولا يرجع على المشتري بأرش نقصه لأن المشتري يضمنه بثمنه وأما من ضمن الشيء بقيمته فيضمن أرش ما حدث من النقصان في يده كالغاصب .

العاشرة :

إنما يضمن المتمول أما ما ليس بمتمول في الحال ، لكنه يؤول إلى المال فلا .

ولهذا لو قتل (رجل)[2] الأسير قبل أن يضرب الامام عليه الرق لم يضمنه ولا يقال إنه فوت الارقاق فهلا كان بمثابة تفويت الرق بالغرور والمغرور[3] (يلتزم القيمة كقطع الرق من الحر إن[4] قلنا ذاك الرق كان يجري لا محالة لولا الغرور فالمغرور)[5] دفع الرق الذي لا حاجة لتحصيله والرق لا يجري على الأسير من غير ضرب ، كذا قاله الإمام قال وأشبه الاشياء بما نحن فيه إتلاف الجلد القابل للدباغ قبل الدباغ فإنه لا يوجب الضمان مع تهيئه للدباغ ابتداءفإنشاء الدباغ كانشاء الارقاق . وهذا بخلاف الخمرة المحترمة فانها تضمن بالاتلاف على وجه ، لأنها لو تركت فإلى التخليل مصيرها .

* * *

(١) في (ب ، د) (من ضمن) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (رجلا) .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (الحران) وفي (د) (الحرفان) .
(٥) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (يلتزم) وينتهي بكلمة (فالمغرور) ذكره الناسخ في (د) في صلب النسخة ثم أعاد ذكره مرة أخرى في الهامش وكتب بعده : صح .