(قوله يقضي بما قال رب المال) أي لانه تعذر العمل بهما لانهما لا يتفقان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا به واذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت كذا في الاصل اه

﴿كتاب الوديعة﴾

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم مرت في أول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفي العارية أمانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض وفي الهبة تمليك عين بلا عوض وهي الهبة المحضة التي ليس فيها معنى البيع وفي الاجارة تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازما أقوى وأعلى مما كان ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى ﴿فأول القطر غيث ثم ينسكب﴾ (٧٦) ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ائتمن أمانة فليؤدها ولا خلاف بين الامة في ذلك اه اتقاني وكتب على قوله الوديعة ما نصه فعيلة بمعنى مفعولة اه مصباح (قوله والمودع الشئ المتروك) قال في المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فهو مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضا أي وديعة اه ﴿فرع﴾ في صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه أو إلقاء الريح في بيته كان قابلا للوديعة عرفا بالسكوت وكذا لو قال لصاحب الحمام اين أضع ثيابي فقال الحمامي ضعها فوضعها فسرقت يضمن الحمامي لتقصيره في الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه أشار في المبسوط والمغني وفتاوى قاضيخان اه (قوله لا ضمان عند الاستحفاظ) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط في البحر أو الطير الذي يطير في الهواء لا يصح وكون المودع مكلفا شرط أيضا يجب عليه الحفظ اه كاكي (قوله أو ما يقوم مقامه) احفظ هذا الشئ أو خذ هذا الشئ وديعة عندك اه (قوله وحكمها وجوب الحفظ على المستودع) حتى لو رأى انسانا يسوقها وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لتركها الحفظ الملتزم بالعقد وهذا معنى قول مشايخنا ان المودع يؤاخذ بضمان العقد اه بدائع وكتب ما نصه والايجاب وحده كاف في حق الامانة حتى لو قال المالك الغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبول لان كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله صريحا أو دلالة اه شرح مجمع (قوله في المتن وهي أمانة) قال الاتقاني وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما في قولك الانسان

تنهيه له عن العموم وهو عملك ذلك فصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الاذن أولى والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال دفعت اليك مضاربة أن تعمل في برني رمضان وقال المضارب دفعت الي لاعمل في طعام في شوال أو بالعكس وأقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال أولى لان آخر الشرطين ينسخ أولهما وان لم يوقتا أو وقتا وقتا واحدا أو وقتت احداهما دون الاخرى يقضي بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى أعلم

﴿كتاب الوديعة﴾

قال رحمه الله (الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين) هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مصطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين أي تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشئ المتروك وقال عليه الصلاة والسلام الايمان نور الله تعالى أودعه في قلوب المؤمنين فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذي وقال عليه الصلاة والسلام أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وروي أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة أقامت المملوك مقام المالك والخيانة أقامت المالك مقام المملوك فسألها عنها يوسف عليه السلام فقبل انها زليخا فافتر جهما مرحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع أودعتك هذا المال أو ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده قال رحمه الله (وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا هبت الريح وألقت ثوب انسان في حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا قوله الوديعة أمانة أي هي غير مضمونة اذا هلكت من غير تعد ثم قال الاتقاني وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا في ثلاثة أشياء التقصير في الحفظ وخلطها بماله ومنعها من مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير ثم قال فيها شيآن لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلف أو قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من تلك الدار اه (قوله في المتن وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) (٧٧) في الذخيرة الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان من في عياله أمينا والا فلا يجوز اه ﴿فرع﴾ لو ادعى المودع رد الوديعة يقبل قوله مع اليمين ذكره الشارح في أول الدعوى فليراجع اه (قوله في المتن وان حفظها بغيرهم ضمن) صورته أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وفي بيته غيره والايداع أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها الى أجنبي فان قيل ينبغي أن لا يضمن بالايداع لما ذكر فيما لو ظهر أنه التزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظ بالايداع فالجواب قوله ان المالك رضي ويده تحفظه لا يبدو غير معوز عنه والمراد بقوله على الوجه الذي يحفظ مال نفسه أي بنفسه غالبا فان الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه اه كاكي (قوله في المتن الا أن يخاف) استثناء من قوله ضمن اه اتقاني وكتب ما نصه ولو أراد سفرا

لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشيء يمكن التحرز عنه أو لا وبين أن هلاك الامين مال غيرها معها أو لم يهلك وقال مالك رحمه الله ان ادعى أنها سرقت وحدها يضمن لامكان التهمة قال رحمه الله (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لان المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه من في عياله من زوجته وولده والديه أو غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه ألا ترى أن المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى أجيره الذي استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد رحمه الله أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة قال رحمه الله (وان حفظها بغيرهم ضمن) أي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير استحثار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في الحرز فيكون كالتسليم اليه قال رحمه الله (الا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها الى جاره أو فلك آخر) لان التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى عند اماطة النار داره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما اذا أتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم يمكنه أن يدفعها الى من هو في عياله وان أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله (وان طلبها ربها فحبسها اقتدارا على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها) لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعد فيكون معزولا فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين

فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر اه بدائع (قوله في المتن أو الغرق) أو اللصوص اه اتقاني (قوله ولا يصدق على ذلك الا ببينة) يعني لو أودع غيره وادعى أنه فعله من عذر لا يصدق الخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو يوسف ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول أبي حنيفة وذلك أن الايداع سبب للضمان فاذا ادعى شروط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له في الايداع وقال في الخلاصة (١) فان دفع لضرورة بان احترق بيت المودع فدفعها الى جاره وكذا فيما يشبهه هذا اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه وفي المنتقى هذا اذا لم يعلم أن بيته احترق فاذا علم قبل قوله بلا بينة ذكره في الذخيرة اه (قوله فيضمن) وقد قالوا ان الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها الى صاحبها قال في شرح الطحاوي وكذلك لو جحد الوديعة ثم أقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق

(١) قوله فان دفع لضرورة الخ هكذا في أصل الحاشية وانظر أين جواب الشرط ومرر اه مصححه

ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي لا يرتفع كالجحود اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال قاضيخان قوم دفعوا الى رجل دراهم ليدفع الخراج عنهم فأخذها وشدها في منديل ووضع في كمه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدري كيف ذهبت وأصحاب المال لا يصدقونه قالوا لا يكون ضامنا وهو كما لو قال ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت وثمة القول قوله مع اليمين ولا ضمان عليه اه (قوله يوجب انقطاع حق المالك بالضمان) وهذا بالاجماع اه هداية (قوله في المتن وان اختلطت بغير فعله الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المكرخي فان انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني اذا كان لاحدهما ألف وللآخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثا لانه اختلط ماله الآخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي لوجود ملك كل واحد منهما في بعضه قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم (٧٨) صحاحا أو مكسرة فان كانت دراهم أحدهما صحاحا ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز مال كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويملك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان مال أحدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردي ومودراهم الآخر صحاحا رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقسمان ان تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد ورديء (قوله فيشتركان) وهذا بالاتفاق اه هداية (قوله وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا) قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم فوزنا فنفر وشمأس الكيل أو الموزون فأنفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها لانه أتلف بالانفاق ولا يضمن ما بقي لانه لم يتلف فان جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعها أما أنفق بالاتلاف وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدي على ماله علامة حين خلط مال الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لامكان التمييز اه اتقاني (قوله في المتن وان تعدى الخ) قال الاتقاني ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني والصحيح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمدا نص في الكتاب أن اذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل في ضمانه لان محمدا ذكر بلفظ

حقه بسبب فعل فيجب عليه الضمان وعلك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى أيهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيتخير وله أنه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها توجبها الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا الايداع للخلط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لان استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صارا من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور قال رحمه الله (وان اختلطت بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها في الشركة قال رحمه الله (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) لان البعض صار مضمونا عليه بالانفاق لانه متعد فيه وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقد باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله (وان تعدى فيها ثم زال

التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للتناقض بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالجحود وانا انه مأمور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجر أجير الحفظ في منزل فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا تركا الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد رد ما في يد صاحبها حكما فيبرأ اذ هو نائب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض إيمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالخيانة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود أحد المتبايعين البيع ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو عالم بذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامساك متعاصيا لو عاد الى الاقرار وبهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده وقال أبو يوسف رحمه الله لو جحدها عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف عليه منه فجحد لا يضمن لان الجحود في هذه الصور من باب الحفظ وهو مأمور به فلا يعد انكارا ولا خيانة وانما هو اتقان الحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر رحمه الله يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا لا نسلم هذا الاحوال ليس باتلاف وانما يكون اتلافا اذا أراد عليكها وهذا معناها بتعليم الطاعمين فكيف يكون اتلافا قال رحمه الله (وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف) أي للمودع أن يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا أخرج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بها الى محل ومؤنة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة وليس له أن يسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بها الى محل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد فيه الى محل ومؤنة والظاهر من حاله أنه لا يرضى بدورها تستغرق المؤنة الوديعة وفيه اخلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان أخرج ضمن وقال الشافعي ليس له أن يخرج بها سواء كان الى محل ومؤنة أو لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كما اذا استأجر دابة ليركبها في مصر فليس له أن يخرجها الى السواد عند أبي حنيفة رحمه الله أن الامر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كالامر بالتصدق بالزمان والمفيد هو العرف اذا كان الطريق آمنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا جعلنا الاب والوصي في مال الصغير مع ان نظرهما لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولان الاحسن لما جاز تركها ألا ترى أن الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتى لا يشتريهما بمثلها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعها الا بعد حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعتد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لاحفظهم فيه ومن يكون في القافلة يحفظ ماله فيها كأهل الانجبية ولو كان الطريق مخيفا ليس له أن يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بأن سافر مع أهله لا يضمن ولو نهاه أن يخرج بها من المصر فخرج بها من ان كان له منه بد لان المصر

البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب اه اتقاني وكتب على قوله في المتن وان تعدى ما نصه بان كان استعارها فركبها أو لبسها أو عبدا فاستخدمه أو أودعه عند غيره اه عناية (قوله ولا تعود الامانة الا بعقد جديد) والحاصل أنهما اعتبرا الخلاف فعلا بالخلاف قولا فاذا جحد الوديعة ثم اقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا اه غاية (قوله والمستأجر للعين اذا تعدى الخ) بان استأجر دابة الى مكان معين ثم جاوزه ثم عاد اليه فانه لا يبرأ ومن أصحابنا من قال ان كان استأجرها ذاهبا لا يبرأ لانه لا يبرأ عن الضمان لان العقد قد انتهى بالوصول الى ذلك المكان وبالعود اليه لا يعود العقد بينهما اه (قوله أو عنده من ماله من جنسها) وضمن قول أبي يوسف وان كان الحكم عنده على الثلاثة كذلك وكذا عند الثلاثة لما أن هذا التفصيل لم يكن مذكورا في المسبوط محمد رحمه الله كما ذكر في الخلاف زفر ويعقوب نظر رده كذلك اه سراج

orientalcollection.com

(قوله والخلاف في ذوات الامثال) قال صاحب الهداية والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر أي في مختصر القدوري وانما قال وهو المراد لان كلام القدوري باطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلاثة نفر أودعوا رجلا ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه الى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع وكذا الخلاف في كل الاموال التي تحتمل القسمة وكذلك وضع المسئلة في مختصر الطحاوي حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم أو ماسواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيأ وهذا قول أبي حنيفة وبه نأخذ وقال أبو يوسف ومحمد عليه أن يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وقال صاحباه يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب (١) حتى ان الغائب لو هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض (٨٠) ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له أن يشارك المقبوض فيما قبض (قوله وفي غيره ليس له ذلك بالاجماع) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير وان كانت الوديعة عرضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه في قولهم جميعا اه اتقاني (قوله ثم خرج الآخر وطالبه) أي وقال انا دفعناه اليك وقد ضيعت حقي بالدفع اليه وحده اه اتقاني (قوله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك) أي لانكما دفعتماه الي اه (قوله في المتن وان أودع رجل عند رجلين الخ) هذه المسئلة عكس التي قبلها الان في هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدمة بالعكس اه (قوله ولو دفع الى الآخر ضمن) أي ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجيء اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا أودع رجل رجلين مالا قال يأخذ كل واحد منهما نصفه يعني يقتسمانه قال فان دفع أحدهما المال كله الى صاحبه فتوى المال (ولو قال يضمن في قول أبي حنيفة الذي دفع النصف ولا يضمن في قول أبي يوسف ومحمد شيأ قال محمد ان أبا حنيفة قال ذلك فيما استطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المماليك والثوب فاذا دفع أحد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن اه اتقاني (قوله اذا سلم أحدهما الى الآخر) أي فضاع ضمن النصف اه اتقاني (قوله في الوجهين) أي فيما يقسم وما لا يقسم اه (قوله لان المودع رضي بأمانتهما) أي فكان دفع كل واحد منهما دفعه الى أمين المالك اه اتقاني (قوله على الانفراد) أي على سبيل المهايأة اه وكتب ما نصه قال في قسم المبسوط من الشامل لو أودع رجلين عبدا فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهرا وعند الآخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا فجاز

أبلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال رحمه الله (ولو أودع عاشرا شيأ ليدفع المودع الى أحدهما حفظه) أي لو أودع رجلان شيأ عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله تعالى عنه وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الامثال وفي غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك ولهذا لا يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف وهو له ولهذا كان له أن يأخذ ما اظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما روينا عن علي رضي الله تعالى عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي في رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه لا يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع ألا ترى أن رجلا اذا كان له على انسان ألف درهم دين وللمديون ألف درهم وديعة عند آخر فلغريمه أن يأخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروي أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ثم خرج الآخر وطالبه فتحيرا لحمامي وذهب الى أبي حنيفة رحمه الله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع قال رحمه الله (وان أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لان المودع رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة رحمه الله وهو أقيس أن المالك رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الآخر لم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وأما فيما لا يقسم فالمالك رضي بموت كل واحد منهما على الانفراد في الكل لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد قال رحمه الله

---

(١) قوله حتى ان الغائب الخ هكذا في أصل الحاشية ولعل فيه سقطا وتحريفا فارجع الى الاصول الصحيحة اه كتبه مصححه

على هذا الوجه اه اتقاني (قوله في المتن ولو قال له لا تدفع الى عيالك الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجد من أهله وخدمه من يدفعها اليه ويضعها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالف في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر اه اتقاني (قوله فنهاه عن التسليم الى امرأته) هكذا هو بخط الشارح وصوابه الى غلامه فتأمل اه (قوله في المتن وان كان له منه بد أو حفظها الخ) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل أودع رجلا وديعة وأمره أن يحفظها في داره ونهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن وان كان بيتان في داره والمسألة بحالها لم يضمن وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا ألا ترى انه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها اليد ولا تنهار افوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها ولو قال اخبأها في دارك (٨١) هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها في التي نهى عنها ضمن ألا ترى أنه لو قال لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها الشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى بيت آخر من غير ضرورة فصار كما اذا نقلها الى دار أخرى ولنا أن الدار حرز واحد بدلالة ان السارق اذا أخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت آخر لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بحد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض ولا فائدة في تخصيصه في الامر بحفظ

(ولو قال له لا تدفع الى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك لمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في بيت منعه المودع من الدفع اليه مثل أن تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه أو تكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في بيت من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عوز ظاهر فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في مثله قال رحمه الله (وان كان له منه بد أو حفظها في دار أخرى ضمن) أي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه أو قال له احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة وانما يكتفى بمعرفة طرق السلامة والاحتراز عما يوجب شبهة في الدين اذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تتخالف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يجحف بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال رحمه الله (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن مودع المودع أيهما شاء فيكون لصاحبه الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول حائل بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني منعدد بقبضه بغير اذنه فنزل منزلة الغاصب من مودع الغاصب أو الغاصب من غاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أن قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لظهور أنه

في الايداع كما لو قال احفظها بعيدك دون ملكك أو قال ضعها في هذا البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بان كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة أو نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولهذا لو أخذ لسارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرز أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بمفيد والاصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك أو قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اه اتقاني (قوله في المتن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أودع رجلا الف درهم فأودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يده قال لصاحب الالف أن يضمن المستودع الاول ولا يضمن الآخر وقال ابو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر بشيء وان ضمن الآخر رجع على الاول الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع اه اتقاني

(قوله لا بصورة يده) أي لا باعتبار صورة مجرد يد الاول من غير رأي الاول اه من خط الشارح اه (قوله بالاجماع) كذا في الذخيرة اه (قوله ولا يقال الخ) هذا السؤال والجواب أوردهما الاتقاني في شرحه ونصه فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثاني آخذا من يد ضمين فينبغي أن يكون الثاني ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو أمين حينئذ لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن اه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يضمن الخ) قال الاتقاني وفي قول ابن أبي ليلى أن كل من ملك شيأ ملك تمليكه غيره مثل ما ملكه كالعبد المأذون يأذن ويكاتب والمستأجر يؤاجر والمستعير يعير فاذا كان كذلك لم يجب الضمان (٨٣) على واحد منهما لانه لم يوجد التعدي من الاول في الايداع ولا من الثاني في القبض اه

(قوله فكان متعديا بالدفع فيضمن) وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك أصلا لانه ليس بمالك للعين الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو رجل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره (قوله في المتن معه ألف ادعى رجلان الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها اياه فابى أن يحلف لهما قال تكون هذه الالف بينهما ويغرم ألفا أخرى فتكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن أبي ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لم يأخذ الا ألفا واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد أقر أنه قبض منه ألفا فلما نكل للآخر فقد أقر أنه أخذ منه ألفا فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما لا يكون الا خمسمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الالف بيان المسئلة أن كل واحد من المدعيين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى كل منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا أنكر يحلفه اه اتقاني (قوله لاقراره) أي على قولهما اه (قوله أو لبذله اياه) أي على قول أبي حنيفة اه (قوله وبأيهما) الذي بخط الشارح ولأيهما اه (قوله أو لاحدهما) أي فانه بعد نكوله للاول ان نكل للثاني يكون الالف بينهما ويقضي لهما جملة وان حلف للثاني كان كل الالف للاول اه

لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رأيه لا بصورة يده بدليل انه لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك أن الايداع مباح له اذا لم يقطع رأي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقد وهذا لانه لما صار في أوله أمينا وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل بعد فكذا هذا والجامع بينهما أن كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالافراق كما اذا دفعها الى من في عياله فانا نضمن بالافراق علم انه متعد فيكون القابض منه أيضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له أذنت لك أن تدفعه الى غيرك بشرط أن لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسئلة الغاصب والغاصب منه وأخواتها لانهم صاروا مثله بالتلقي منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع عليه أشار شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن أبي ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده لانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي بغيره لما أودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن قال رحمه الله (معه ألف ادعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم آخر بينهما) أي اذا كان في يد رجل ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنه له أودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه ألف آخر بينهما بيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضي به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لهما لاقراره به أو لبذله اياه على اختلاف الاصلين ولا يمكن ابتداء القاضي بالتحليف جائز لتعذر الجمع بينهما ولعدم الاولوية والاولى عند التشاح أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول

(قوله لا يلزمه شيء) أي قبل قضاء القاضي اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسئلة في العبد) قال الاتقاني ولكن الخصاف وضع المسئلة في العبد في أدب القاضي اه (قوله قيل ينبغي أن يحلف الخ) قال الاتقاني قال الخصاف ينبغي أن يحلف على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقاني وجه البناء أن النكول اقرار فيما الاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبي يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أي بالقضاء اه اتقاني

لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يقضي للمقدم حتى يحلف المتأخر ولو نكل للثاني أيضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الالف كأن ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فاوقضى القاضي للاول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف ينفذ قضاؤه لانه محل يجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسئلة في العبد ولا فرق بينهما لان التقويم تعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغي أن يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بالاول باقراره ثم أقر للثاني بأن مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله (هي تمليك المنافع بغير عوض) هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار من قولهم ذا له وزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع هذا لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب أن يكون مشروعا بغير عوض أيضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك بعوض جاز بغير عوض كالبيع وبيانه لان النكاح وان انتفى الى المنازعة وكل جزء لا تفضي الى المنازعة لو وجب استدراكها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة وابطالها انتفاء الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارة لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصح بأعرتك) أي

كتاب العارية

(قوله في المتن هي تمليك المنافع) قال الاتقاني هذا اختيار أبي بكر الرازي اه (قوله وقال الكرخي والشافعي) قال الاتقاني وجه قول الكرخي أنها لو كانت تمليك المنافع لا الاباحة لكان بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح أصل الاجارة ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بان قال أبحت لك ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكا لم يصح كما في الاجارة ألا ترى أنه لو آجر داره شهرا ثم قبل انقضاء المدة نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب اليه أبو بكر الرازي أن العارية والاجارة أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الاعيان عارية وفي تمليك المنافع اجارة فدل على أن العارية تمليك

(١) قول الشارح وفي الشرع الخ هكذا في النسخ وهو مكرر مع ما سبق كما ترى اه مصححه (٢) قول الشارح بجواز لزوم هكذا في الاصل ولعل الرجوع بدل اللزوم من زيادة الناسخ فتأمل اه مصححه

OpenKnowledge.com