وهو تفويت الامتثال لا بتصرف وجد من المودع برفع العقد وابطاله والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فكان الارتفاع مقتصرا على القدر الذي وجد الخلاف وفات الموجب لا غير فيبرا عن الضمان بالعود الى الوفاق والدليل على ان الخلاف لا يبطل الامر ان من وكل رجلا يبيع عبده فاعتقه او رهنه او باعه بثمن يسير وقد امره ان يبيعه باكثر من ذلك لا يجوز ما فعله لانه خالف وتعدى ومع هذا لا يبطل الامر حتى لا يمنعه من بيعه في الثاني بالثمن الذي كان امره به هذا الذي قلنا من بقاء الامر ظاهر فيما اذا كان الامر مطلقا اما اذا كان موقتا لخالف في الوقت فكذلك لان الامر انما ثبت بالتنصيص بقوله احفظ هذا المتاع شهرا و [illegible]
لانه كان قايما قبل الخلاف فمن ادعى الارتفاع بالخلا[illegible]
فبالعود الى الوفاق حصل الرد الى نايب المالك فبر[illegible]
ان بالخلاف دخل العين في ضمانه ولكن موقتا الى [illegible]
على اليد ما اخذت حتى ترد فاذا وجد الرد الى [illegible]
والتحقيق في المسئلة ان الخلاف ليس برافع للامر وضعا و [illegible]
ان الخلاف اثر في لبس الثوب وركوب الدابة وليس بموضوع لرفع [illegible]
ان الخلاف اثر في تفويت الحفظ المامور به وتفويت الحفظ المامور به لا ينافي الطلب بل يحقق شرط الطلب لان الطلب ابدا انما يكون في المعدوم لا الموجود فكان مقررا للطلب كيف يكون منافيا للطلب فان قلت سلمنا ان الخلاف ليس برافع للامر وضعا ولا دلالة ولكن لم قلت بانه لم يتضمن معنى ذلك المعنى يقتضي انفساخ العقد بيانه ان المودع طلب المودع تمليك المنافع والمودع ملكه فيكون هذا عقد الاعارة لان الاعارة تمليك المنفعة وبالخلاف استرد ما اعار لانه كان حافظا لمالكه والان صار حافظا لنفسه واذا صار حافظا لنفسه يكون قابضا لنفسه فلا يكون قابضا لمالكه

وصارهذا

وصار هذا كما اذا كانت العارية عينا فاسترد تنفسخ قلت لا نسلم ان المعير امين المودع معير بدليل انه يملك قبول الوديعة من اناس شتى ولو كان معيرا لما ملك ولئن سلمنا بانه معير ولكن لا نسلم ان الخلاف استرداد ما اعار سلمنا انه كان حافظا لمالكه وصار حافظا لنفسه ولكن نقول قبض العارية انما يوجب انفساخ العقد باعتبار العجز والعجز هنا ليس بثابت فان القدرة قايمة والجواب عن مسئلة الجحود فنقول روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه اذا جحد الوديعة في حال غيبة المودع لا يضمن فنقول لا نسلم انه يضمن اذا عاد الى الوفاق [illegible] سلمنا فنقول ان الجحود فسخ للعقد لانه انكار من الاصل ولهذا اذا انجاحد [illegible] الجحود كناية عن الفسخ فاذا انفسخت الوديعة بالجحود [illegible]بعد فلم يزل الضمان بالاقرار بعد ذلك بخلاف [illegible] لا يزول الامر بالحفظ فاذا عاد الى الوفاق زال [illegible]ريه فالجواب عنها على التفصيل ان استعار ذاهبا [illegible]ار ذاهبا وجائيا فاذا بلغ المكان انتهى العقد فاذا [illegible] فاذا عاد عاد والامر ليس بباق فلا يبرا عن الضمان واما اذا [illegible] جائيا فاذا بلغ ذلك المكان لا ينتهي العقد فاذا جاوز دخل العين في ضمانه فاذا عاد عاد والامر باق فيبرا عن الضمان وخرج الجواب ايضا عن مسئلة الاجارة على هذا الوجه هذا اشا قيل ان المستاجر والمستعير كالمودع والجواب على الاصح ان يد المستاجر لنفسه لا للمالك فهو وان زال التعدي لم يرده الى المالك ولا الى نايبه وكذلك المستعير لان يده لنفسه لا للمالك بخلاف المودع فان يده يد المالك لانه نايبه لقيام الامر والبا[illegible] في نعلم في نسخ طريقة الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير البرهان الاجل صاحب المحيط ابي محمد عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل المعروف بمازه البخاري رحمه الله **قوله** فاذا ارتفع اي نقيض حكم العقد ارتفع بالعود الى الوفاق ونقيضه تفويت

ذاهبا وجائيا [illegible] يبرئ عن الضمان والفقه فيه انه اذا استعار [illegible]

Copyright © King Saud University