وان خلطها بجنسها وهو غير مانع شركة ان شاء عندهما وان كان مايعًا
فعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند
محمد شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس او تعدي فلبس ثوبها
او ركب دابتها او انفق بعضها ثم خلط مثله بما بقي او حفظ في دار امر
في غيرها ضمن وان اختلطت بلا فعله اشتركا ولو ازال التعدي زال
ضمانه خلافا للش ومعنى زوال الضمان زوال ما يؤدي اليه عند
هلاكها وانما قلنا هذا لان زواله حقيقة لا يمكن لان حقيقة الضمان
بعد الهلاك وبعده لا يمكن الازالة ولا يدفع الي احد المودعين
قسطه بغيبة الآخر خلافا لهما قال في المحيط منهم من حقق الخلاف
في المكيل والموزون خاصة وقيل الخلاف في الكل والاول اشبه
بالصواب واختاره في الهداية ولاحد المودعين دفعها الي الآخر
فيما لا يقسم ودفع نصفها فقط فيما يقسم اي ان كانت الوديعة
مما لا يقسم يحفظها احدهما باذن الآخر وان كانت مما يقسم
لا يجوز لاحدهما ان يدفعها الي الآخر للحفظ بل يقسمان فيحفظ كل
واحد نصفه هذا عنده وعندهما يجوز الدفع الي الآخر فيما يقسم
ايضا وضمن دافع الكل النصف لا قابضه لان مودع المودع لا يضمن
عنده ولو نهي عن الدفع الي عياله فدفع الي من له منه بد ضمن والي
من لا بد له منه كدفع الدابة الي عبده وشئ يحفظ النساء الي [illegible]
لا كما لو امر بحفظها في بيت معين من دار فحفظه في آخر منها هذا
اذا لم يكن بين البيتين تفاوت ظاهر بان كان في احدهما عورة ظاهرة
ولذلك قال ان لم يكن خلل ظاهر ولو اودع المودع فهلكت ضمن
الاول فقط وقالا يضمن المالك ايا شاء وان ضمن الآخر رجع الي
الاول لهما ان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا

صدر الشريعة

[illegible]

متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما وله انه قبض المال من
يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما
فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني
فيستمر علي الحالة الاولي ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كما اذا القت
الريح في حجره ثوب غيره ولو اودع الغاصب ضمن ايا شاء هذا
بالاتفاق ولو ادعي كل من رجلين ما مع ثالث انه له اودعه اياه
فنكل لهما اي عجزا عن البينة فحلف القاضي لكل واحد فنكل عن التحليف
لهما ولا تهمة بداءة القاضي بالتحليف جاز والاولي عند التشاح
ان يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل وعند النكول للاول لا يقضي حتي
يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما او لاحدهما بخلاف
ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه و
النكول لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه
شئ فهذا والف آخر عليه لهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما سواء
كان ببدله او باقراره وذلك حجة في حقه ويصرف الالف اليهما حاصلا
قاضيا قابضا نصف كل واحد بنصف الآخر فيغرمه **كتاب**

العارية هي في الشرع تمليك منفعة بلا بدل وقال الكرخي
والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير ونحن نقول انها تنبئ
عن التمليك لانها ماخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بتمليك
من غير عوض ثم استعمل في المنفعة لذلك فاقتضت تمليكا ولهذا
تنعقد بلفظ والمنافع قابلة للتمليك كالوصية بخدمة العبد و
تصح باعرتك ومنحتك المنحة اسم للعطية التي ينتفع الانسان
بها زمانا ثم يردها علي صاحبها كذا في البدايع واذا اريد بها
الهبة افاد ملك العين والا بقي علي اصل وضعه فحمل علي العارية

وهو نقض لقضاء القاضي للاول حين نكل ذكر الامام
علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه
يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما ان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف
انه نفذ قضاؤه للاول لمصادفته محل
الاجتهاد فان من العلماء من قال
يقضي للاول ولا ينتظر نكول الثاني فيه لان
النكول حجة شرعية كالاقرار كذا
في التبيين منه
صدر الشريعة

والمراد بالحجة كونه سببا لثبوت الملك
لا كونه مناطا للحكم فلا يتجه ان يقال ان قضاء
القاضي يتوقف علي الحجة لان الحكم انما يكون
بالحجة ولو كان حجة بقضاء القاضي يلزم
الدور منه

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

Copyright © King Saud University