إن خلطها بتميز .

قوله وإن خلطها بمتميز : لم يضمن .

هذا الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب .

وعنه : يضمن وحمله المصنف علىنقصها بالخلط .

قوله وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل : ضمنه وحده .

هذا الصحيح من المذهب نص عليه وجزم به الخرقي وصاحب التعليق و الفصول و المغني و الكافي و المحرر و الشرح و الوجيز وغيرهم .

وهو عجيب من الشاح إذا الكتاب المشروح حكى الخلاف لكنه تبع المغني وصححه في الفروع وغيره .

وعنه : يضمن الجميع وأطلقهما في التلخيص و الفائق .

وقيل : يضمنه وحده إن لم يفتح الوديعة .

وقيل : لا يضمن شيئا .

قوله وإن رد بدله متميزا فكذلك .

يعني : أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه جزم به في الفصول و الفروع و شرح ابن منجا وغيرهم .

وكذا الحكم لو أذن صاحبها له في الأخذ منها فأخذ ثم رد بدله بلا إذنه .

قوله وإن كان غير متميز : ضمن الجميع .

وهو المذهب جزم به في المجرد و الفصول و التلخيص وغيرهم وقدمه في الفروع ويحتمل أن لا يضمن غيره .

وهو رواية عن الإمام أحمد C وجزم به القاضي في التعليق وذكره أن الإمام أحمد نص عليه في رواية الجماعة .

وحكى عنه من رواية الأثرم : أنه أنكر القول بتضمن الجميع وأنه قال هو قول سوء .

وهذا ظاهر كلام الخرقي .

وقطع به ابن أبي موسى و القاضي أبو الحسين و أبو الحسن بن بكروس وغيرهم واختاره أبو بكر وقدمه الحارثي في شرحه وقال : هو المذهب .

ومال إليه في المغني واطلق الروايتين في المحرر .

فعلى الرواية الثانية : إن لم يدرأيهما ضاع : ضمن نقله البغوي وذكره جماعة واقتصر

عليه في الفروع .

فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير متميز وتلف نصف المال فقيل : يضمن نصف درهم ويحتمل أن لايلزمه شيء لاحتمال بقاء الدرهم أوبدله ولا يجب مع الشك : قاله الحارثي .

تنبيهات .

الأول : قال الزركشي : إذا رد بدل ما أخذ فللأصحاب في ذلك طرق : أحدها : لا يلزمه إلا مقدار أخذ سواء كان البدل متميزا أوغير متميز .

وهذا مقتضى كلام الخرقي وبه قطع القاضي في التعليق وذكر أن الإمام أحمد - C - نص عليه في رواية الجماعة .

وأنكر في رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع .

والطريق الثاني : إن تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط وإن لم يتميز : فعلى روايتين وهي طريقة المصنف في المغني و الكافي و المجد .

والطريق الثالث : في المسألة روايتان فيهما وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية .

والطريق الرابعة : إن تميز البدل : فعلى روايتين وإن لم يتميز : ضمن رواية واحدة قاله في التلخيص .

ويقرب منه كلام المصنف في المقنع وكلام القاضي على ماحكاه في المغني .

وبالجملة : هذه الطريقة وإن كانت حسنة : لكنها مخالفة لنصوص الإمام أحمد C انتهى .

الثاني : شرط القاضي في المجرد و ابن عقيل و أبوالخطاب و أبو الفرج الشيرازي والمصنف و المجد والشارح وجماعة : أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ولا مشدودة فلو كانت كذلك فحل الشد أو فك الختم : ضمن الجميع قولا واحدا .

قال القاضي في التعليق : هو قياس قول الأصحاب مما إذا فتح قفصا عن طائر فطار وقاله أبو الخطاب في رءوس المسائل .

قال الحارثي ولا يصح هذا القياس لأن الفتح عن الطائر إضاعة له فهو كحل الزق .

ونقل مهنا : أنه لا يضمن إلا ما أخذ .

قال في التلخيص : وروى البغوي عن الإمام أحمد C : ما يدل على ذلك وينبني على ذلك : لو خرق الكيس فإن كان من فوق الشد : لم يضمن إلا الخرق وإن كان من تحت الشد : ضمن الجميع على المشهور عند الأصحاب قاله الزركشي .

الثالث : قوة كلام المصنف وغيره : تقتضي أنه لا يضمن بمجرد نية التعدي بل لا يبد من فعل أو قول وهو صحيح وهو المقطوع به عند الأصحاب .

وقال القاضي وقد قيل : إنه يضمن بالنية لاقترانها بالإمساك وهو فعل كملتقط نوى التملك في أحد الوجهين .

وفي الترغيب قال الحارثي : وحكى القاضي في تعليقه : وجها بالضمان .

قال الزركشي : وقد ينبني على هذا الوجه على أن الذي لا يؤخذ به هو الهم أما العزم : فيؤاخذ به على أحد القولين انتهى .

وتأتي مسألة اللقطة في بابها عند قوله ومن أمن نفسه عليها