[17] مسألة 12: من وجبت عليه شاة في خمس الإبل أخذت منه من غالب غنم أهل البلد، سواء كانت غنم أهل البلد شامية أو مغربية أو نبطية، وسواء كان ضأنا أو ماعزا، وبه قال الشافعي (1). وقال مالك: نظر إلى غالب ذلك، فإن كان الضأن هو الغالب أخذت منه، وإن كان الماعز الأغلب أخذ منه (2). دليلنا: ما رواه سويد بن غفلة قال: أتانا مصدق رسول ا صلى ا عليه وآله قال: نهينا أن نأخذ من المراضع، وأمرنا أن نأخذ الجذع من الضأن، والثني من الماعز، وأطلق (3). وأيضا قوله في خمس من الإبل شاة، والاسم يقع على جميع ما قلناه.

مسألة 13: إذا حال عليه الحول وأمكنه الأداء لزمه الأداء، فإن لم يفعل من القدرة لزمه الضمان، وبه قال الشافعي (4). وقال أبو حنيفة: إذا أمكنه الأداء لم يلزمه الأداء إلا بالمطالبة بها، ولا مطالبة عنده في الأموال الباطنة، وإنما تتوجه المطالبة إلى الظاهرة، وإذا أمكنه الأداء فلم يفعل حتى هلكت فلا ضمان عليه (5). دليلنا: إن الفرض تعلق بذمته، فإذا أمكنه ولم يخرج كان ضامنا له، ولم يحكم ببراءة ذمته لأنه لا دلالة على ذلك.

---

(1) الأم 2: 8، والمجموع 5: 398، والوجيز 1: 80، وفتح العزيز 5: 346. (2) بداية المجتهد: 254. (3) حكى النووي في المجموع 5: 399 عن سويد بن غفلة قال: أتانا مصدق رسول ا صلى ا عليه [وآله] وسلم فقال: نهينا عن الأخذ من راضع لبن وإنما حقنا في الجذعة والثنية، ثم قال النووي: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وغيرهما مختصرا. انظر سنن النسائي 5: 30، وسنن أبي داود 2: 102 حديث 1580. (4) الأم 2: 18، والمجموع 5: 377، والمبسوط 2: 174، والمغني لابن قدامة 2: 539. (5) المبسوط 1: 174 - 175، والمجموع 5: 377، والمغني لابن قدامة 2: 539.