

كتاب العارية

هي بتشديد الياء . قال الخطابي في « الغريب » : وقد تخفف ، وفيه بابان .
الأول : في أركانها، وهي أربعة .

الأول : المير، ويعتبر فيه أن يملك للنفقة ، وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات ، فيجوز للمستأجر أن يُمير لأنه يملك النفقة، وللوصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يُميرهما ، وليس للمستمير أن يُمير على الصحيح ، ولكن له أن يستوفي النفقة لنفسه بوكيله .

قلت : قال صاحب « المدة » : ليس للأب أن يُمير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافسه ، فأشبهه إعارة ماله . وهذا الذي قاله ، ينبغي أن يحمل على خدمة تقابل بأجرة ، أما ما كان محضاً بحيث لا يقابل بأجرة ، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب « الحجر » نحو هذا . والله أعلم

الركن الثاني : المستمير ، ويشترط فيه كونه أهلاً للتبرع [عليه] بمقد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل ، فلا تصح الإعارة للصبي، كما لا يوهب له .
الركن الثالث : المستعار ، وله شرطان .

أحدهما : كونه منتزِعاً به مع بقاء عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة، والدار، فلا يجوز إعارة الطمام قطعاً ، ولا الدرهم والدنانير على الأصح . قال الامام : ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام

الأصحاب ، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعاره الدرام ، فأما إذا صرح بالإعارة للتزيين ، فينبغي أن يقطع بالصحة ، وبه قطع المتولي (١) ، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصوداً وإن ضعفت ، وإذا لم نصحبها ، فجرت ، فهي مضمونة على الصحيح ، لأن العارية الصحيحة مضمونة ، وللفساد حكم الصحيح في الضمان ، وقيل : لا ضمان ، لأن ما جرى بينها ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة . ومن قبض مال غيره بأذنه لا لمنفعته ، كان أمانة .

الشرط الثاني : كون المنفعة مباحة ، فيحرم استعارة الجارية للاستمتاع . وأما للخدمة ، فيجوز إن أعارها المحرم أو امرأة ، وإلا ، فلا يجوز ، لخوف الفتنة ، إلا إذا كانت صغيرة لا قشتهى ، أو قبيحة ، فوجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، وبه قطع جماعة ، منهم صاحب « التهذيب » (٢) . والله أعلم

قال الغزالي : وإذا أعارها ، صحت الإعارة ، وإن كانت محرمة . وبشبه أن يقال بالفساد ، كالاجارة للمنفعة المحرمة ، ويشمر به إطلاق الجمهور نفي الجواز .

فرع

يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة ، لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام بنفي الحيل .

قلت : الذي قاله الأصحاب ، أنه يكره كراهة تنزيه ، قال الجرجاني : ويكره أيضاً استئجارهما . وقد يجوز إعارة مالا يجوز إيجارته ، وهو الفحل للضراب ، والكلب للصيد ، فإن إعارتهما صحيحة ، وإيجارتهما باطلة على الأصح . والله أعلم

(١) في نسخة للظاهرية : وبه صرح المتولي .

(٢) في نسخة للظاهرية : صاحب « المذهب » .

وتشكره إعارة العبد المسلم لكافر كراهة تنزيه .

قلت : صرح الجرجاني وآخرون ، بأنها حرام ، وصرح صاحب « المذهب » ، وآخرون ، بأنها لا تجوز ، وظاهره التحريم ، ولكن الأصح الجواز ، وقد سبق في أول البيوع . والله أعلم

فرع

يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرم^(١) ، فإن فعل قُتِلَ في يده ، ضمن الجزء لحق الله تعالى ، والقيمة للحلال . ولو أعار المحرم حلالاً ، فإن قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه غير مالك ، وعلى المحرم الجزء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال ، لانه متعدد بالإعارة ، فانه يلزمه إرساله . وإن قلنا : لا يزول ، صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده .

فرع

دفع شاة إلى رجل وقال : ملكتك درها ونسلها ، فهي هبة فاسدة ، وما حصل في يده من الدر والنسل ، كالقبوض بالهبة الفاسدة ، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة . ولو قال : أبحث لك درها ونسلها ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : ملكتك . والثاني : أنها إباحة صحيحة ، والشاة عارية صحيحة ، وبه قطع المتولي .

قلت : هذا أصح ، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب ، وصاحب « الشامل » ، وحكم

(١) في نسخة الظاهرية : يحرم على الحلال إعارة الصيد للمحرم .

هذان والمتولي بالصحة فيما إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها ، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها .

والله أعلم

فملى هذا ، قد تكون العارية لاستفادة عين ، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة ، بخلاف الاجارة . ولو قال : ملكتك درها ، أو أجتك على أن تطفها ، قال البغوي : اللف أجرة الشاة وثن الدر والنسل ، فالشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة باجارة فاسدة ، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد . وكذا لو دفع قراضة إلى سقاء ، وأخذ الكوز ليشرب ، فسقط الكوز من يده . وانكسر ، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ، ولم يضمن الكوز لأنه في يده . باجارة فاسدة ، وإن أخذه مجانا ، فالكوز عارية ، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة .

فرع

قال المتولي : تعيين المستعار عند الاعارة ، ليس بشرط . حتى لو قال : أعرفني حذابة ، فقال : ادخل الاصطبل فخذ ما أردت ، صحت العارية ، بخلاف الاجارة ، فإنها تُصان عن مثل هذا ، لان الفر لا يحدث في المعاوضات .

الركن الرابع : الصيغة ، واللفظ المتمد به في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع ، كقوله : أعرتك ، أو خذه لتنتفع به ، وما أشبهها . واختلفوا في الواجب من اللفظ ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره : أن المتبر اللفظ من أحد الطرفين ، والفعل من الآخر . حتى لو قال المستعير : أعرفني ، فسلمه المالك إليه ، صحت الاعارة ، كما لو قال : خذه لتنتفع به ، فأخذه ، قياساً على إباحة الطعام . وقال النزالي : يعتبر اللفظ من جهة المير ، ولا يعتبر من جهة المستعير ، وإنما يعتبر

منه القبول ، إما بالفعل وإما بالقول . وقال المتولي : لا يعتبر اللفظ في واحد منها حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه ، تمت العارية . وكذا لو فرش لضيغه فراشه أو بساطاً أو مصلىً ، أو ألقى له ومادة فجلس عليها ، كان ذلك إعارة ، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة ، لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص بيمينه ، ولا بد في العارية من تعيين المستعير ، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه باباحة الطعام ، ويوافق ما حكى عن الشيخ أبي عاصم ، أنه إذا انتفع بظرف الهدية البعثة إليه حيث جرت العادة باستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، كان عارية ، لأنه انتفاع بملك الغير بآذنه .

قلت : هذا المحكي عن أبي عاصم ، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل . فأما إن كانت عوضاً ، فالظرف أمانة في يده كالأجارة الفاسدة ، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم . والله أعلم

فرع

قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فهي إجارة فاسدة ، وعلى كل واحد أجرة مثل دابة صاحبه ، وكذا الحكم ، لو أعاره شيئاً بعوض مجهول ، كما لو أعاره دابة ليعلفها ، أو داره ليطين سطحها ، وكذا لو كان الموهض معلوماً ، ولكن مدة الإعارة مجهولة ، كقوله : أعرتك داري بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً . وفي وجه ضعيف : أنها عارية فاسدة ، نظراً إلى اللفظ ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه . وعلى الأول : لا ضمان ، ولو يثن مدة الإعارة وذكر عوضاً معلوماً ، فقال : أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم ، فهل هي إجارة صحيحة ، أو إعارة فاسدة ؟ وجهان ، بناءً على أن الاعتبار باللفظ ، أو بالمعنى ؟

فرع

دفع دراهم إلى رجل وقال : اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك ، أو
دفع اليه بذراً وقال : ازرعه في هذه الأرض ، فهو مبيع للحانوت والأرض ،
وأما الدراهم والبذر ، فهل يكون هبة ، أم قرضاً ؟ وجهان .

الباب الثاني في أحكامها

وهي ثلاثة .

الأول : الضمان . فإذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة
حماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير ، هذا هو المشهور . وحكي قول : أنها لا تضمن
إلا بالتعدي فيها ، وهو ضعيف . ولو أعيار بشرط أن يكون أمانة ، لفأ الشرط
وكانت مضمونة ، وإذا ضمن ، ففي القيمة المعتبرة أوجه . أصحها : قيمته يوم التلف .
وانثاني : يوم القبض . والثالث : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف . ويبنى
على هذا الخلاف ، أن العارية إذا ولدت في يد المستعير ، هل يكون الولد مضموناً
في يده ؟ إن قلنا بالثالث ، كان مضموناً ، وإلا ، فلا . وليس له استعماله بلا خلاف .
قلت : ولو استمار دابة وساقها ، فثبها ولدها ولم يتكلم المالك فيه باذن
ولا نهي ، فالولد أمانة ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » . والله أعلم

والقبوض على جهة السوم ، إذا تلف ، في المعتبر من قيمته هذه الأوجه ،
لكن قال الامام : الأصح فيه قيمته يوم القبض . وقال غيره : الأصح يوم التلف ،

هذا إذا تلفت العارية لا بالاستعمال ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، بأنه انمحق الثوب باللبس ، فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء . وقيل : يضمن ، فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يضمن المين بجميع أجزائها ، وبه قطع الامام . وأصحها : يضمنه في آخر حالات التقويم ، وبه قطع البغوي . وأما الأجزاء ، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه ، كأنحق الثوب باللبس ، لا يجب ضمانه على الصحيح ، وما تلف منها بغير الاستعمال ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، كالتلف بالاستعمال . وأصحها : الضمان ، كتلف المين كلها . وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد ، فهو كأنحق انثوب ، وتعييبها به كالأحقاق . وعن القفال : لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه ، يضمن ، سواء تعدى بما حمل ، أم لا ، لأنه إنما أذن في الحمل ، لا في الجراحة ، وردّها إلى المالك لا يخرجها عن الضمان ، لأن السراية تولدت من مضمون ، وهذا في الحمل الذي هو غير متعمد به ، تفريع على وجوب الضمان في صورة الانحقاق ، كذا ذكره الامام .

فرع

مؤنة الرد على المستعير ، هذا كله إذا استعار من المالك . فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالنفقة ، فتلفت المين ، فوجهان . أحدهما : يضمن كما لو استعار من المالك . وأصحها : لا يضمن ، لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه ، ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّه على المستأجر ، وعلى المالك إن ردّه عليه كما لو ردّه عليه المستأجر .

فرع

إذا استعار المين المنصوبة من الغاصب ، وتلفت في يده ، غرّم المالك من شاء

منها قيمته يوم التلف، وقرار الضمان على المستعير. فان كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر، نظر، إن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب، لم يطالب بها غيره. وإن كانت في يد المستعير، فان قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم، فهي كقيمته يوم التلف، وإلا، فالزيادة كبذل المنافع. وحكم بدل المنافع، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المعير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان. والتي استوفاهما بنفسه فيها قولان. أظهرهما: على المستعير، لمباثرتة الاتلاف، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنا المستعير من المستأجر، وإلا، فيرجع بالقيمة التي غرّمها على المستأجر، ويرجع المستأجر على الغاصب.

فرع

إذا أركب وكيّله الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط، فلا ضمان، لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذا لو سلمها إلى راض ليروضها، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنساناً فوقه إحرازاً الدال، فلا ضمان.

فرع

لو وجد [مَن] أعيا في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالذهب أنه يضمن، سواء التمس الراكب أو ابتدأه الركب، ومال الامام، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهاً، وزعم أنه الأصح، والمعروف الأول، وهو الصواب. ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرديف نصف الضمان، ورأى الامام أنه لا شيء عليه، تشبيهاً بالضيف. وعلى المذهب: لو وضع متاعه على دابة رجل، وقال الواضع: سيّرها،

فقل ، كان صاحب المتاع مستميراً من الدابة بقسط متاعه مما عليها ، حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلقت ، ضمن نصف الدابة. ولو لم يقل الواضع: سيرها، لكن سيرها للالك، لم يكن الواضع مستميراً ، بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة ، لأنه كان حقه أن يطرحه . ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة، وللآخر متاع ، فقال صاحب المتاع للآخر : احمل متاعي على دابتك ، فأجابه ، فصاحب المتاع مستمير . ولو قال : صاحب الدابة : أعطني متاعك لأضمه على الدابة ، فهو مستودع متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع ، ذكره البغوي .

فرع

استعار دابة ليركبها إلى موضع ، فجاوزه ، فهو متعدي من حين المجاوزة ، وعليه أجره المثل ذهاباً من ذلك الموضع ورجوعاً إليه . وفي لزوم أجره المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه ، وجهان . فإن أوجبناها ، فليس له الركوب من ذلك الموضع ، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه .
[قلت : الأصح (١)]

فرع

أودعه ثوباً وقال : إن شئت أن تلبسه فالبسه ، فهو بئد اللبس عارية ، وقبله وديمة على الصحيح ، وقيل : عارية ، لأنه مقبوض لتوقع نفع كالمقبوض بالسوم . قال صاحب «التقريب» : ولو قيل : لا ضمان في السوم تخريباً من هذا ، لم يبعد .

(١) في هامش نسخة الظاهرية : يباح بالأصل .

فرع

استثمار صندوقاً ، فوجد فيه دراهم ، فهي أمانة عنده ، كما أو طيَّرت الريح ثوباً في داره .

الحكم الثاني : تسلط المستثمر على الانتفاع بحسب إذن المير ، وفيه مسائل .

الاولى : إذا أعاره أرضاً للزراعة ، فإن يبيِّن ما يزرعه ، كقوله : أعرتك لزراعة الحنطة ، نظر ، إن لم ينه عن غيرها ، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشمير ، وليس [له] أن يزرع مافوقها كالذرة والقطن . وإن نهاه عن غيرها ، لم يكن له زرع غيرها . وحيث زرع ما ليس له ، فلمير قلعه مجاناً . وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين الزروع ، صحت الاعارة على الأصح ، ويزرع ما شاء ، لاطلاق اللفظ . والثاني : لا يصح ، لتفاوت الضرر . ولو قيل : يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً ، لكان مذهباً .

الثانية : إذا أعار الزراعة ، لم يكن له البناء ولا الفراس . وإن أعار لأحدهما ، فله الزراعة ، وليس له الآخر على الأصح .

قلت : حكى صاحب المذهب ، وغيره وجهاً : أنه لا يجوز الزرع إذا استمار للبناء ، لأن الزرع يرخي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم

الثالثة : إذا كان المستمار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش ، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع ، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعداً ، كالأرض تصلح للزراعة ، والبناء ، والفراس ، وكالدابة للركوب ، والحمل ، فهل

تصح الاعارة مطلقاً ، أم يشترط بيان جهة الاقتفاع ؟ وجهان . أصحابها عند الامام ،
والنزالي : الثاني ، وقطع الروياني والبنوي بالاول .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

فعلی الاول : له أن ينتفع كيف شاء . وقال الروياني : ينتفع بما هو المادة فيه ، وهذا
أحسن . وعلى الثاني : لو قال : أعرتك لتنتفع به كيف شئت ، أو لتفعل به
ما بدا لك ، فوجهان .

الحكم الثالث : الجواز . فلمعير الرجوع متى شاء ، وللمستعير الرد متى شاء ،
سواء العارية المطلقة والمؤتة ، إلا في صورتين .

الاولى : إذا أعار أرضاً لدفن ميت ، فدفن ، لم يكن له الرجوع ونش القبر
إلى أن يندرس أثر المدفون ، وله سقي الاشجار التي فيها إن لم يُنْقَضْ إلى ظهور
شيء من بدن الميت ، وله الرجوع مالم يوضع فيه الميت ، قال المتولي : وكذا بعد
الوضع مالم يواره التراب . قال : ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن ،
على ولي الميت ، ولا يلزمه طمها .

قلت : كذا هو في نسخ كتاب الامام الرافعي رحمه الله ، وهو غلط في النقل
عن المتولي ، فان المتولي قال : إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن ، غرم
لولي الميت مؤنة الحفر ، لأنه باذنه في الحفر أوقفه في التزام ما التزم ، وفوت عليه
مقصوده لمصلحة نفسه ، فهذا لفظ المتولي بحروفه ، وهو الصواب . والله أعلم

وإطلاق الاعارة ، لا يسلّط على الدفن قطعاً وإن كان يسلّط على ما شاء من
النافع على الوجهين كما سبق ، والفرق ظاهر .

قلت : في « البيان » وغيره : أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً ، صحت العارية . فإذا نبع الماء ، جاز للمستعير أخذه ، لأن الماء يستباح بالاباحة . والله أعلم

الصورة الثانية : إذا أعاره جداراً لوضع الجذوع ، ففي جواز الرجوع وجهان . فان جوزناه ، فهل فائدته طلب الاجرة للمستقبل ، أم التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص ؟ وجهان . وقد سبق بيان هذا كله واضحاً مع بيان الاصح في كتاب الصلح .

قلت : ومن أحكامها ، أنه لو مات المير ، أو جُن ، أو أغمي عليه ، أو حُجر عليه لسفه ، انفسخت الاعارة كسائر العقود الجائزة . وإن مات المستعير ، انفسخت أيضاً ، لأن الاذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه ، وإذا انفسخت ، وجب على المستعير ردها ، ذكر هذه الجملة المتولي . والله أعلم

فصل

إعارة الأرض للبناء أو الفراس ، ضربان : مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة . الأول : المطلقة ، والمستعير فيها أن يبني ويفرس ما لم يرجع المير ، فإذا رجع ، لم يكن له البناء والفراس . ولو فعل وهو عالم بالرجوع ، قلع مجاناً ، وكلف تسوية الأرض كالفاسب . وإن كان جاهلاً ، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت . وأما ما بني وغرس قبل الرجوع ، فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله ، رفع ، وإلا ، فينظر ، إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه ، وتسوية الحفر ، لزمه ، فإن امتنع ، قلعه المير مجاناً ، وإن شرط القلع دون التسوية ،

لم تلزمه التسوية ، لأن شرط القلع رضى بالحفر . وإن لم يشرط القلع ، نظر ، إن أراد المستعير ، مكين منه ، لأنه ملكه ، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح . قلت : كذا صححه الجمهور : أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في « المبرد » ، وصاحب « الانتصار » ، وغيرها ، وبه قطع الهاملي في « المقنع » ، والروائي في « الحلية » ، وهو الأصح . ولا يفتى بتصحيح الرافعي في « المحرر » : أنه لا يلزمه ، فإنه ضعيف ، نهت عليه في « مختصر المحرر » . والله أعلم

وإن لم يرد ، لم يكن للمعير قلمه مجاناً ، لأنه محترم ، ولكن يتخير المعير . وفيما يتخير ؟ فيه أوجه . أحدها ، وبه قطع الامام ، وأبو الحسن العبادي ، والنزالي : يتخير بين ثلاث خصال . إحداها : أن يقيه بأجرة يأخذها . والثانية : أن يقطع ويضمن أرض النقص ، وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً . والثالثة : أن يتملكه بقيمته ، فإن اختار خصلة ، أجبر عليها المستعير . والثاني ، وبه قطع البغوي : لا بد في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير ، لأن الأولى إجارة والثالثة بيع . والثالث : يتخير بين خصلتين ، القلع وضمان الأرض ، والتملك بالقيمة ، وبهذا قطع أبو علي الزجاجي وأكثر المراقين وغيرهم ، وهذا أصح في المذهب . فعلى هذا ، لو امتنع من الخصلتين ، وبذل المستعير الاجرة ، لم يكن للمعير القلع مجاناً . وإن لم يبدلها ، فكذلك على الأصح ، وبه قطع الخيرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً . وما الذي يفعل فيه ؟ وجهان . أحدهما : وبه قال [أبو علي] الزجاجي : يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الفراس لفصل الخصومة . وقال الاكثرون ، منهم المزني : يعرض الحاكم عنها إلى أن يختار شيئاً ، ويجوز للمعير دخول الأرض ، والارتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس في ملكه ، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير ، ويجوز لسقي الأشجار وإصلاح الجدار على الأصح ، صيانة للملكة عن

الضياح . ووجه النع : أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه . وعلى الاول : لو تمطلت المنفعة على صاحب الارض بدخوله ، قال المتولي : لا يمكن إلا بالاجرة ، ولكل واحد من المير والمستعير بيع ملكه للآخر ، والمير بيع ملكه لثالث ، ثم يتخير المشتري تخير المير ، وهل للمستعير بيع البناء والفراس لثالث ؟ وجهان . أصحابها : الجواز . فعلى هذا ، يتنزل المشتري منزلة المستعير ، والمير الخيار كما سبق^(١) وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال . ولو اتفق المير والمستعير على بيع الارض بما فيها بثمن واحد ، فقد قيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد ، فباعاها بثمن واحد ، والمذهب : القطع بالجواز للحاجة . ثم كيف يوزع الثمن هنا ، وفيما إذا باعها الحاكم على أحد الوجهين ؟ قال المتولي : هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الارض المرهونة . وقال البغوي : يوزع على الارض مشغولة بالفراس أو البناء ، وعلى ما فيها وحده ، فحصة الارض للمير ، وحصة ما فيها للمستعير ، وحكم الدخول والانتفاع والبيع ، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار ، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنها سواء .

الضرب الثاني : المقيدة بمدة . والمستعير البناء والفراس في المدة ، إلا أن يرجع المير ، وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والفراس . وإذا رجع المير قبل المدة أو بمرده ، فالحكم كما لو رجع في الضرب الاول ، لكن هنا وجه : أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة ، وقول : أنه إذا رجع بعد المدة ، فله القلع مجاناً ، نقله الساجي ، واختاره الروياني . والمذهب : الاول .

(١) في الأصل : فعلى هذا يتنزل المشتري تنزل المير ، والمستعير الخيار كما سبق ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » .

فرع

قال المتولي : إذا بنى أحد الثريكين ، أو غرس في الأرض المشتركة باذن صاحبه ، ثم رجع صاحبه ، لم يكن له القلع بأرض النقص ، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه ، وليس له أن يملك بالقيمة ، لأن للباني في الأرض مثل حقه ، لكن له الإبقاء بأجرة . فان لم يبذلها الباني ، فهل يباع أو يمرض عنها ؟ فيه ماسبق .

قلت : كذا قال المتولي : فان لم يبذلها الباني ، وكان ينبغي أن يقول : فان لم يرض بها الثريك ، فان بذل الباني ، ليس بشرط على المختار كما تقدم ، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه ، قلعة مجاناً ، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع .
والله أعلم

فصل

أعار للزرع ، فزرعها ، فرجع قبل إدراك الزرع ، فان كان بما يمتد قطعه ، كلف قطعه ، وإلا ، فأوجه ، أحدها : للمير أن يقلع ويفرم أرض النقص . والثاني : له تملكه بالقيمة ، قاله القاضي أبو الطيب . والثالث وهو الصحيح : لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين ، لأن للزرع أمداً ، بخلاف البناء والفراس ، فملى هذا ، يلزم المير إبقاؤه إلى أوان حصاده ، وهل له الأجرة ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وهو منقول عن المزني ، واختاره الروياني ، لان منفعة الأرض إلى الحصاد كالستوفاة . وأصحها : نعم ، لانه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع ، فأشبهه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق ، فان عليه نقل متاعه إلى مأمنٍ بأجرة المثل . ولو أعار

تزرع مدة ، فاقضت والزرع غير مدرك ، فإن كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير ،
قلع مجاناً ، وإلا ، فهو كما لو أعار مطلقاً .

فرع

لو أعار للفسيل ، قال الشيخ أبو محمد : إن كان ذلك مما يعتاد نقله ، فهو
كالزرع ، وإلا ، فكالبناء .

فرع

قال البغوي : إذا أعار الزرع مطلقاً ، لم يزرع إلا زرعاً واحداً ، وكذا
لو أعار للفراس ، وفرس وقلمه ، لا يفرس بعده إلا باذن جديد . وهذا يبين أن
قولنا : المستعير للبناء والفراس مطلقاً يعني وفرس ما لم يرجع المميز ، معناه : البناء
المأذون فيه ، وهو مرة واحدة ، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى .

فصل

إذا حمل السيل جبات أو نوى لغيره إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالِكها إن
عرفه ، وإلا ، فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجهان . أحدهما : لا يحير
مالكها على قلمها ، لأنه غير متمد . فعلى هذا ، هو مستعير ، فينظر في النابت أهو
شجر ، أم زرع ؟ ويكون الحكم على ما سبق . وأصحهما : يحير ، لأن المالك لم
يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره ، فله قطعها . ولو حمل
مالاقيمة له ، كنواة واحدة ، أو حبة ، فهل هي للمالك الأرض لأن التقوّم حصل

في ملكه ؟ أم لمالك الحبة لانها كانت محرمة الأخذ ؟ وجهان . فعلى الثاني : في قلع النبات ، الوجهان .

قلت : الاصح : كونها لمالك الحبة ، وهذا في حبة وفواة لم يعرض عنها مالكةا ، أما إذا أعرض عنها أو ألقاها ، فينبني القطع بكونها لصاحب الارض . والله أعلم ولو قلع صاحب الشجرة شجرته ، لزمه تسوية الارض ، لانه لتخليص ملكه .

فصل في الاختلاف

وفيه مسائل .

الاولى : قال راكب الدابة لمالكها : أعرتنيها . فقال : بل أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدابة باقية ، وتارة [يختلفان] وهي تالفة .

الحال الاول : الباقية ، وهو ضربان .

أحدهما : يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة . والثاني : قبلها . فالاول : نص فيه أن القول قول الراكب يمينه . ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا ، أن القول قول صاحب الارض . والله أعلم

والأصحاب طريقان . أحدهما : تقرير التصين ، واختاره القفال ، لان الدواب تكثر فيها الاعارة ، بخلاف الارض . وأصحها عند الجمهور ، وبه قال الزني ، والريبع ، وابن سريج : فيها قولان . أظهرهما : القول قول المالك ، فعلى هذا كيف يخاف ؟ وجهان . قال الشيخ أبو محمد وطائفة : يخاف على نقي الاعارة ، ولا يمرض لاثبات

الاجرة ، لانه مدّع فيها . وقال المراقبون والقاضي والاكترون : يتعرض لاثبات الاجرة مع نفي الاعارة . فعلى الاول : إذا حلف ، استحق أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى . وعلى الثاني : أوجه . أحدها : يستحق المسمى . والثاني : أقل الامرين . وأصحها وهو نصه في « الام » : أجرة المثل . فلو نكل المالك عن اليمين ، لم يحلف الراكب والزارع ، لأنها لا بدعيان حقاً على المالك ، وإنما بدعيان الاعارة وليست لازمة . وعن القاضي حسين رمز إلى أنها يحلفان لتخلص من الغرم ، أما إذا قلنا : القول قول الراكب والزارع ، فإن حلف على نفي الاجارة ، كفاه وبرىء ، وإن نكل ، ردت اليمين على المالك ، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح ، وعلى الشاذ أجرة المثل .

الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، فالقول قول الراكب بيمينه . فإذا حلف على نفي الاجارة ، سقطت دعوى الاجرة ، وردت اليمين إلى المالك . وإن نكل ، حلف المالك بيمين الرد ، واستحق الاجرة . وإنما لم يجر القولان ، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً ، ولم تلتف المنافع على المالك .

الحال الثاني : أن تكون الدابة تالفة ، فإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة ، فالراكب مقر بالقيمة ، والمالك ينكرها ويدعي الاجرة ، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الاقرار : أن اختلاف الجهة ، هل يمنع الأخذ ؟ إن قلنا : نعم ، سقطت القيمة برده . وفيمن القول قوله في الاجرة ، الطريقان في الحال الاول . وإن قلنا : لا ، فإن كانت الاجرة مثل القيمة أو أقل ، أخذها بلا يمين . وإن كانت أكثر ، أخذ قدر القيمة . وفي المصدق في الزائد ، الخلاف السابق .

المسألة الثانية : قال المتصرف : أعرتي هذه الدابة أو الارض ، فقال المالك : بل غصبتنيها ، فإن لم تمض مدة لها أجرة ، فلا معنى للنزاعة ، فيرد المال إلى مالكه . وإن مضت مدة لها أجرة ، فنقل الزني : أن القول قول المستير . وللاصحاب

طرق . أصحها : أنها على الطريقين في المسألة الاولى ، ففي طريق : يفرق بين الارض والدابة . وفي طريق : هما على قولين . والطريق الثاني : القطع بأن القول قول المتصرف ، لأن الظاهر أنه تصرف بحق . والثالث : القطع بأن القول قول مالكة ، لأن الأصل عدم إذنه . ومن قال بهذا ، خطأ المزني في النقل . قال الشيخ أبو حامد : لكنه ضعيف ، لأن الشافعي رضي الله عنه نص في الأم ، على ما نقله المزني ، هذا إذا كانت العين باقية . فلو تلفت ، نظر ، إن تلفت بعد مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالنصب ، والتصرف ينكر الاجرة ويقر بالقيمة بحجة العارية ، فالحكم في الاجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين . وأما القيمة ، فقال البغوي : إن قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، لم يأخذها إلا باليمين ، وإلا ، فإن قلنا : العارية تضمن ضمان النصب ، أو لم تقل به ، وكانت القيمة يوم التلف أكثر ، أخذها بلا يمين ، وإن كانت يوم التلف أقل ، أخذها بلا يمين ، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين . وإن هلك قبل مدة لها أجرة ، لزمه القيمة (١) . ثم قياس ما ذكره البغوي : أنا إن جملنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ ، حلف ، وإلا ، يأخذ بلا يمين ، ومقتضى كلام الامام : أن لا يخرج على ذلك الخلاف ، لا هذه الصورة ، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة ، قال : لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين . والأول أصح .

الثالثة : قال المالك : غصبتنيها ، وقال المتصرف : بل أجرتني ، فالذهب : أنه إن كانت العين باقية ، ولم تمض مدة لها أجرة ، فالصديق المالك . فإذا حلف ، استرد المال . وإن مضت مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل ، والتصرف يقر بالمسمى . فإن استويا ، أو كانت أجرة المثل أقل ، أخذ بلا يمين . وإن كانت أجرة المثل أكثر ، أخذ قدر المسمى بلا يمين ، والزيادة باليمين . قال البغوي : ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة ، كما لو ادعى المالك فساد الاجارة ، والتصرف صححتها ، (١) في الأصل : وإن هلك بعد مدة لها أجرة ، لزمه القيمة ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية ،

يحلف المالك، ويأخذ أجره المثل . وإن كان الاختلاف بعد بقاء المين في يد المتصرف مدة ، وتلفها ، فللمالك يدعي أجره المثل والقيمة ، والمتصرف يقر بالسمى وينكر القيمة ، فللمالك أخذ ما يقر به بلا مين ، وأخذ ما ينكره باليمين .

الرابعة : قال المالك : غصبتني ، وقال [صاحب اليد] : بل أودعتني ، حلف المالك على الأصح ، وأخذ القيمة إن تلف المال ، وأجره المثل إن مضت مدة لها أجره .
الخامسة : قال الراكب : أكرتنيها ، وقال المالك : بل أعرتكها ، والدابة باقية ، فالقول قول المالك في نفي الاجارة . فاذا حلف ، استردها . فان نكل ، حلف الراكب واستحق الامساك . ثم إن مضت مدة لها أجره ، فالراكب يقر بالاجرة ، والمالك ينكرها ، ولا يخفى حكمه . وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة ، فان هلكت عقب القبض ، فالذهب : أن المالك يحلف ، ويأخذ القيمة ، لأن الراكب ألتفها ، ويدعي مسقطاً . وخرج قول في المسألة الأولى : أن القول قول للراكب ، لأن الأصل براءته ، وإن تلفت بعد مدة لها أجره ، فللمالك يدعي القيمة وينكر الاجرة ، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة . فان قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، حلف وأخذ القيمة ، ولا عبرة باقرار الراكب . وإن قلنا : لا يمنع ، وهو الأصح ، فان كانت القيمة والأجرة سواء ، أو كانت القيمة أقل ، أخذها بلا مين . وإن كانت القيمة أكثر ، أخذ الزيادة باليمين .

فرع

استعمل المستعير العارية بعد رجوع المير وهو جاهل بالرجوع ، لم يلزمه الاجرة ، ذكره القفال .

فرع

مات المستمير ، يلزم ورثته الرد وإن لم يطلب المير .
قلت : قال أصحابنا : الرد الواجب والمبرىء ، هو أن يسلم المير إلى المالك
أو وكيله في ذلك . فلو رد الدابة إلى الاصطبل ، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي
أخذ منه ، لم يبرأ من الضمان ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب النصب بيان
هذا واضحاً . ولو رد الدابة إلى دار المير ، فلم يجده ، فسلمها إلى زوجته ، أو ولده ،
فان سلمها المسلم إلى المدعي ، فضاقت ، فالمير بالخيار ، إن شاء ضمن المستمير (١) ،
وإن شاء غرم الزوجة أو الولد . فان غرم المستمير ، رجع عليها ، وإن غرمها .
لم يرجع على المستمير . والله أعلم



تم بمون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الرابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للامام النووي
وبليه الجزء الخامس ، وأوله : « كتاب النصب »

(١) في نسخ الظاهرية : ولو رد الدابة إلى دار المير فلم يجده ، فسلمها إلى زوجته أو ولده ، فأرسلها
المسلم إلى المرعى فضاقت ، فالمير بالخيار ، إن شاء غرم المستمير ...