

كتاب العارية^(١)

بتشديد الياء بخطفه، وقد تخفف، وفيها لغة ثالثة: عَارَةٌ بوزن ناقة. وهي اسم لما يُعار، ولعقدتها، من عار إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف عَيَّارٌ لكثرة ذهابه ومجيئه. وقيل: مِنَ التَّعَاوَرِ، وهو التناوب؛ وقال الجوهري: كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عَارٌ وَعَيْبٌ. واعترض عليه بأنه ﷺ فعلها كما سيأتي، ولو كانت عيباً ما فعلها، وبأن ألف العارية منقلبة عن واو، فإن أصلها عورية؛ وأما ألف العار فمنقلبة عن ياء بدليل غَيْرته بكذا. وحقيقتها شرعاً بإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(٢) وفُسِّر جمهور المفسرين قوله تعالى: ﴿وَيَمْتَنِعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٣) بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالذلو والفأس والإبرة. وقال عليّ وابن عمر رضي الله تعالى عنهما: الماعون الزكاة والطاعة. وقال عكرمة: أعلاها الزكاة وأدناها عارية المتاع. وقال البخاري: هو المعروف كلّه. وهي مندوب إليها، ففي الصحيحين: «أنه ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة فركبه»^(٤) وفي رواية لأبي داود وغيره بإسناد جيد: أنه ﷺ استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين فقال أغصب يا محمد؟ فقال: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»^(٥). قال الروياني وغيره: وكانت واجبة أول الإسلام للآية السابقة، ثم نسخ وجوبها وصارت مستحبة؛ أي أصالة، وقد تجب كإعارة الثوب لدفع حر أو برد، وإعارة الحبل لإنقاذ غريق، والسكين لذبح حيوان محترم يُخشى موته. وأفتى أبو عبدالله الزبيدي بوجوب إعارة كتب الحديث إذا كتب صاحبها اسم من سمعه ليكتب نسخة السماع. قال الزركشي: والقياس أن العارية لا تجب عيناً، بل هي أو النقل إذا كان الناقل ثقة، وقد تحرم كإعارة الصيد من المحرم والأمة من أجنبي، وإعارة الغلمان لمن عرف باللواط، وقد تكره كإعارة العبد المسلم من كافر. وأركانها أربعة: معير ومستعير ومعار وصيغة، وقد بدأ المصنف بأولها رحمه الله تعالى سبباً لشرطه فقال:

(١) روضة الطالبين: ٤٢٠/٤، حاشية الجمل: ٤٥١/٣، التنبيه: ص ٧٠، حاشية الشرقاوي: ٩٠/٢، حاشية الباجوري: ./، غاية البيان: ص ٢١٤، فتح الوهاب: ٢٢٨/١، الإقناع: ٣٠٣/١، حاشية بجيرمي: ١٢٨/٣، السراج الوهاج: ص ٣٦٣، الأم: ٢٤٤/٣، كفاية الأخيار: ١٨٠/١، حاشية الشرواني: ٤٠٩/٥، حاشية العبادي: ٤٠٩/٥، إعانة الطالبين: ١٢٧/٣، المهذب: ٣٦٣/١.

(٢) سورة الماعون، الآية: ٧.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الجهاد، باب: اسم الفرس والحمار (الحديث: ٢٨٥٧). وأخرجه البخاري في كتاب: الهبة، باب: من استعار من الناس الفرس. (الحديث: ٢٦٢٧) وأخرجه أيضاً في كتاب: الأدب، باب: المعارض مندوحة عن الكذب (الحديث: ٦٢١٢)، وأخرجه مسلم في كتاب: الفضائل باب: في شجاعة النبي عليه السلام، وتقدمه للحرب (الحديث: ٥٩٦٢).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في تضمين العارية (الحديث: ٣٥٦٢).

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (الحديث: ١٢٦٦).

شَرَطُ الْمُعِيرِ صِحَّةَ تَبَرُّعِهِ وَمِلْكُهُ الْمُنْفَعَةَ، فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرًا لَا مُسْتَعِيرًا عَلَى الصَّحِيحِ. وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْبِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمُنْفَعَةَ لَهُ.

و (شرط المعير صحة تبرّعه) وأن يكون مختاراً، لأن العارية تبرّع بإباحة المنفعة فلا تصح ممن لا يصح تبرّعه كصبي وسفيه ومفلس ومكاتب بغير إذن سيده، ولا من مكروه. فإن قيل: يرّد على المصنف جواز إعارة السفيه بدن نفسه إذا كان عمله ليس مقصوداً في كسبه لاستغنائه بماله عنه. أجيب بأن ذلك لا يسمّى عارية، لأن بدنه في يده، وكان الأولى أن يقول: تبرّع ناجز، لأن السفيه أهل للتبرّع بالوصية ولا تصحّ عاريته. تنبيه: قضية كلامهم أن المفلس لا يعير العين. قال الإسنوي: والمتجه جوازه إذا لم يكن في الإعارة تعطيل للنداء عليها كإعارة الدار يوماً؛ وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم تكن المنفعة تقابل بأجرة وإلاً فيمتنع.

(و) شرط على الصحيح أنه غير مالك للمنفعة وإنما أبيع له الأشفاق ولهذا لا يؤجر والمستبيع لا يملك نقل ما أبيع له بدليل للمعير أيضاً. (ملكه المنفعة) ولو بوصية أو وقف، وإن لم يملك العين، لأن الإعارة ترد على المنفعة دون العين. وقيد ابن الرفعة جواز الإعارة من الموقوف عليه إذا كان ناظراً وهو واضح. (فيعير مستأجر) لأنه مالك للمنفعة (لا مستعير) أن الضيف لا يبيع لغيره ما قدم له. والثاني: يعير كما أن للمستأجر أن، فإن أذن له المالك صحّت الإعارة. قال الماوردي: ثم إن لم يسم من يعير له فالأول على عاريته وهو المعير من الثاني والضمان باقٍ عليه وله الرجوع فيها، وإن ردّها الثاني عليه بريء وإن سمّاه انعكس هذا الحكم. (و) لكن (له) أي المستعير (أن يستنبيب من يستوفي المنفعة له) كأن يركب الدابة المستعارة وكيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته أو زوجته أو خادمه؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة. فإن قيل: يرد على قيد ملك المنفعة صحة إعارة الكلب للصيد مع أنه لا يملك، وصحة إعارة الأضحية والهذّي المنذورين مع خروجهما عن ملكه، وصحة إعارة الإمام مال بيت المال من أرض وغيرها مع أنه ليس ملكاً له. أجيب بأن هذه الأمور ليست عارية حقيقة بل شبيهة بها، وبأنهم أرادوا هنا بملك المنفعة ما يعمّ الاختصاص بها والتصرف فيها إلا بطريق الإباحة. قال شيخنا: وعلى هذا لا يرد ما عليه العمل من إعارة الصوفي والفقير مسكنهما بالرباط والمدرسة وما في معناهما اه. أي على القول بجواز ذلك، والمعتمد أنه لا يجوز كما قاله الأذري وغيره.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه ليس للأب أن يعير ولده الصغير، وهو ما أطلقه صاحب العدة؛ وهو محمول كما في زيادة الروضة على خدمة تقابل بأجرة، وأما ما لا يقابل بأجرة لحقارته، فالظاهر الذي يقتضيه أفعال السلف أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي. وقال الروياني: يجوز أن يعير ولده لخدمة من يتعلم منه؛ ويؤيده قصة أنس في الصحيح. ولو استعار كتاباً يقرأ فيه فوجد فيه خطأ لا يصلحه إلا أن يكون قرآناً فيجب كما قاله العبادي تقييده بالإصلاح يعلم أن ذلك لو كان يؤدي إلى نقص قيمته لرداءة خط ونحوه امتنع لأنه إفساد لمالئته لا إصلاح، أما الكتاب الموقوف فيصلح جزماً خصوصاً ما كان خطأ محضاً لا يحتمل التأويل. وسكت المصنف عن شرط المستعير، وهو الركن الثاني، وشرطه أن يكون أهلاً للتبرّع عليه بعقد فلا تصح لمن لا عبارة له كصبي ومجنون وبهيمة كما لا تصح الهبة منهم. قال في المهمات: وقضية ذلك صحة استعارة السفيه، إذ الصحيح صحة قبوله الهبة والوصية؛ لكن كيف تصحّ استعارته مع أنها مضمونة لا جرم جزم الماوردي وغيره بعدم صحتها اه. وقضيته صحتها منه، ومن المجنون والصبي بعقد وليهما إذا لم تكن مضمونة كأن استعار من مستأجر؛ وهو واضح.

وَالْمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُتَّنَفِعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ . وَتَجَوُّزُ إِعَارَةِ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ أَمْرَاءٍ أَوْ مَخْرَمٍ ، وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ ؛

ثم شرع في شرط الركن الثالث، فقال: (و) شرط (المستعار كونه منتفعاً به) فلا يعار ما لا ينفع كالحمار الزمن. وأما ما توقع نفعه في المستقبل كالجحش الصغير، فالذي يظهر فيه أن العارية إن كانت مطلقة أو مؤقتة بزمان يمكن الإنتفاع به فيه صحت وإلا فلا، ولم أر من تعرض لذلك. فإن قيل: يشترط في الإجارة أن يكون النفع موجوداً عند العقد. أجب بأن تلك مقابلة بعوض، وليس هذه كذلك. وكان ينبغي أن يقول انتفاعاً مباحاً ليخرج ما ينتفع به انتفاعاً محرماً كآلات الملاهي فإنه لا تصح إعارته، وأن تكون منفعة قوية فلا يعار النقدان إذ منفعة التزيين بهما والضرب على طبعهما منفعة ضعيفة قل ما تقصد ومعظم منفعتهما في الإنفاق والإخراج؛ نعم إن صرح بالتزيين أو الضرب على طبعهما، أو نوى ذلك كما بحثه شيخنا صحت لاتخاذ هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت. وينبغي مجيء هذا الاستثناء في المطعوم بالآتي كما قاله بعض المتأخرين.

(مع بقاء عينه) كالعبد والثوب، فلا يُعار المطعوم ونحوه، فإن الإنتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانتهى المقصود من الإعارة. قال الإسني: ويدخل في الضابط ما لو استعار قيم المسجد أحجاراً أو أخشاباً يبني بها المسجد، مع أنه لا يجوز كما أفتى به البغوي؛ لأن حكم العواري جواز استردادها، والشئ إذا صار مسجداً لا يجوز استردادها.

(وتجوز إعارة جارية لخدمة امرأة أو ذكر (محرم) للجارية لعدم المحذور في ذلك، وفي معنى المرأة والمحرم الممسوح وزوج الجارية ومالكها كأن يستعيرها من مستأجرها أو الموصى له بمنفعتها والشيخ الهرم، وكذا الطفل قياساً على ما سيأتي في غير المشتهاة، وكذا المريض إذا لم يجد من يخدمه غير المرأة فيجوز إعارة الجارية لخدمته. وخرج بذلك الذكر الأجنبي، فلا تجوز إعارتها له لخوف الفتنة إلا أن تكون صغيرة لا تُشتهي أو قبيحة يُؤمّن من الأجنبي عليها، فلا يحرم كما في الروضة لانقضاء خوف الفتنة وإن رجح بعض المتأخرين المنع فيها. وقال الإسني؛ الصواب الجواز في الصغيرة دون الكبيرة. قال الزركشي: ويلحق بالمشتهاة الأُمرد الجميل لا سيما من عُرف بالفجور. قال الأذري: وفي جواز إعارة الأُمّة المسلمة للكافرة الأجنبية منها لخدمتها التي لا تنفك عن رؤيتها معها نظر. وقال الزركشي لا وجه لاستثناء الذمّة، فإنه إنما يحرم نظر الزائد على ما يبدو في المهنة وفيما وراء ذلك يمكن معه الخدمة اهـ. وهذا أوجه. قال الإسني: وسكتوا عن إعارة العبد للمرأة، وهو كعكسه بلا شك. ولو كان المستعير أو المعار خشي امتنع احتياطاً؛ والمفهوم من الإمتناع فيه وفي الأُمّة الفساد كالإجارة للمنفعة المحرمة؛ وهو ما بحثه في أصل الروضة وهو المعتمد، وإن جزم ابن الرفعة بالصحة. فإن قيل: قد صرّحوا بجواز إجارة الأُمّة المشتهاة والوصية بمنافعها للأجنبي فهلاً كان هنا كذلك! أجب بأن المستأجر والموصى له يملكان المنفعة فيعيران ويؤجران لمن يخلو بها إن امتنع عليهما الإنتفاع بأنفسهما، والإعارة إباحة له فقط فإذا لم يستح بنفسه لم يكن له فائدة.

(ويكره) كراهة تنزيه كما جزم به الرافي، (إعادة) وإجارة (عبد مسلم لكافر) لأن فيها امتهاناً، وقيل: تحرم، واختاره السبكي. ويكره أن يستعير أو يستأجر أحد أبويه وإن علا للخدمة صيانة لهما عن الإذلال. نعم إن قصد باستعارته واستجاره لذلك توقيره فلا كراهة فيهما بل هما مستحبان كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره في صورة الإستعارة. وأما إعارة وإجارة الوالد نفسه لولده فليستا مكروهتين وإن كان فيهما إعانة على مكروه، قال القرافي: لأن نفس الخدمة غير مكروهة، وإنما كانت الكراهة في جانب الولد لمكان الولادة فلم تتعدّ لغيره

وَالْأَصْحَحُ اشْتِرَاطُ لَفْظِ كَأَعْرَتِكَ أَوْ أَعْرَنِي؛ وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ.

بخلاف إعاره الصيد من المحرم، فإن العبادة يجب احترامها لحق الله تعالى، وهو شامل لكل مكلف. لو قال: «أعرنني دابة» فقال: «أدخل الدار فخذ ما أردت» صححت الإعارة، فإنه لا يشترط تعيين المستعار عند الإعارة؛ وخالفت الإجارة بأنها معاوضة والغرر لا يحتمل فيها.

فرع: يحرم إعارة السلاح والخيل للحربي، والمصحف وما في معناه للكافر، وإعارة الصيد للمحرم؛ فإن استعاره فتلّف في يده ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة لمالكه. ولو استعار حلالاً من محرم فتلّف في يده لم يضمنه له لأنه غير مالك، وعلى المحرم الجزاء لله تعالى لأنه متعدّد بالإعارة إذ يلزمه إرساله. ويجوز إعارة فحل للضراب وكلب للصيد، لأنها تبرّع بخلاف الإجارة فإنها معاوضة. ولو أعاره شاة أو دفعها له وملكه ذرّها ونسلها لم يصحّ، وإلا لم يضمن أخذها الدرّ والنسل لأنه أخذها بهبة فاسدة، ويضمن الشاة بحكم العارية الفاسدة. فلو أباحها له أو استعار منه الشاة لأخذ ذلك أو الشجرة ليأخذ ثمرها أو البئر ليأخذ ماءها أو الجارية ليأخذ لبنها جاز وكان إباحة للدرّ والنسل والثمره والماء واللبن، وعلى هذا قد تكون العارية لاستفادة عين، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة؛ فالشرط في العارية أن لا يكون فيها استهلاك للمعار لا أن لا يكون فيها استيفاء عين. قال الإسني: التحقيق أن الدرّ والنسل ليس مستفاداً بالعارية بل بالإباحة، والمستعار هو الشاة لمنفعة، وهي التوصل لما أبيع له، وكذا الباقي اهـ. وهو كلام متين لم أره لغيره. فإن ملكه درّ الشاة ونسلها أو أباحها له وشرط عليه علفها، فهو بيع وإجارة فاسدان، فيضمن الدرّ والنسل بحكم البيع الفاسد دون الشاة لأنه أخذها بإجارة فاسدة كمن أعطى سقاء شيئاً ليشرب فأعطاه كوزاً فانكسر في يده فإنه يضمن الماء لأنه أخذ بشراء فاسد دون الكوز لأنه أخذه بإجارة فاسدة، فإن كان الماء أكثر مما يشربه لم يضمن الزائد لأنه في يده أمانة، فإن سقاه مجاناً فانكسر الكوز ضمنه لأنه أخذه بإعارة فاسدة دون الماء لأنه أخذه بهبة فاسدة.

ثم شرع في شرط الركن الرابع فقال: (والأصح) في ناطق (اشتراط لفظ) في الصيغة؛ لأن الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنه، (كأعرتك) هذا، أو أعرتك منفعتة وإن لم يصفه إلى العين كما في نظيره من الإجارة. (أو أعرنني) أو خذه لتنتفع به؛ لأن ذلك يدل على الرضا القلبي فأنيط الحكم به. (ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر) كما في إباحة الطعام. ولا يشترط اللفظ من جانب المعير بخلافه في الوديعة فإنها مقبوضة لغرض المالك، وغرضه لا يعلم إلا بلفظ من جانبه؛ والعارية بالعكس فاكثفي فيها بلفظ المستعير. ولا يكفي الفعل من الطرفين إلا فيما سيأتي استثناءه.

فرع: لو أضاف شخصاً وفرش له لينام فيه وقال: «قُمْ وَتَمَّ فِيهِ» فقام، أو فرش بساطاً في بيت وقال لآخر: «اسكن فيه» تمت العارية. والثاني: لا يشترط اللفظ، حتى لو رآه حافياً فأعطاه نعلأ أو عارياً فألبسه قميصاً أو فرش له مصلى أو وسادة أو نحو ذلك كان ذلك عارية؛ وهو ما جرى عليه المتولّي بناءً منه على أنه لا يشترط فيها اللفظ، قال: بخلاف ما لو دخل فجلس على فراش مبسوط لأنه لم يقصد به انتفاع شخص بعينه، والعارية لا بدّ فيها من تعيين المستعير اهـ. وعلى الأول يكون ما جرى عليه المتولّي إباحتاً كما جرى عليه ابن المقري لقضاء العرف به، وإن كان في كلام أصله ما يقتضي تقرير المتولّي على ما قاله. ويستثنى من اشتراط اللفظ ما إذا اشترى شيئاً وسلّمه له في ظرف، فالظرف معارٌ في الأصحّ. وما لو أكل المهديّ إليه الهدية في ظرفها فإنه يجوز إن جرت العادة بأكلها منه كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها، وهو معار فيضمنه بحكم العارية، لا إن كان

وَلَوْ قَالَ: «أَعَزَّتْكَ لِتَغْلِفَهُ أَوْ لِتَعِيرَنِي فَرَسَكَ» فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ، وَمُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ فَإِنْ تَلَفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالِ ضَمِيمَتِهَا، وَإِنْ لَمْ يُفْرَطْ.

للهدية عوض وجرت العادة بالأكل منه فلا يضمنه بحكم الإجارة الفاسدة، فإن لم تجر العادة بذلك ضمنه في صورتين بحكم الغصب. قال الأذري: ولا خفاء في جواز إعاره الأخرس المفهوم الإشارة واستعارته بها وبكتابه؛ والظاهر كما قاله ابن شهبة جوازها بالمكاتبة من الناطق كالبيع وأولى بالمراسلة.

فروغ: يجوز تعليق الإعاره وتأخير القبول، ففي الروضة وأصلها أنه لو رهنه أرضاً وأذن له في غراسها بعد شهر فهي بعد الشهر عارية غرس أم لا وقبله أمانة حتى لو غرس قبله قلع.

(ولو قال أهرتكه) أي فرسي مثلاً، (لتلغفه) أو على أن تلغفه بعلفك، (أو لتعيرني فرسك) أو بخمسة دراهم مثلاً؛ (فهو إجارة) نظراً للمعنى، (فاسدة) لجهالة العلف في الأولى والعوض في الثانية والمدة في الثالثة. (توجب أجرة المثل) إذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة. وقيل؛ إنه عارية فاسدة نظراً للفظ فلا تجب الأجرة. وأما العين فمضمونه على الثاني دون الأول، وهذا عند جهل العوضين كما فرضه المصنف. أما لو قال: «أَعَزَّتْكَ شَهْرًا مِنَ الْآنَ بِعَشْرَةٍ» أو «لتعيرني فرسك سنة من الآن» ففيه وجهان: أحدهما أنه إجارة صحيحة نظراً للمعنى، والثاني: عارية صحيحة نظراً للفظ؛ وأصحهما كما في الأنوار الأولى.

تنبيه: قضية كلام الشيخين أن نفقة المستعار ليست على المستعير بل على المالك، وهو كذلك لأنها من حقوق الملك كما نقله المصنف في نكته التنبيه وسكت عليه وإلا لم يكن شرطه مفسداً، وإن كان في تعليق القاضي حسين أنها على المستعير.

(ومؤنة الرد) للعارية إذا كان لها مؤنة (على المستعير) من المالك أو المستأجر أن نحوه كالموصى له بالمنفعة، لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(١) حسنه الترمذي وصححه الحاكم. وأنه أخذها لنفسه، بخلاف الوديعة. هذا إن رد على من استعار منه، فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة ورد على المالك فمؤنة الرد عليه كما لو رد عليه المستأجر، ويجب على المستعير الرد عند طلب المالك إلا إذا حجر على المالك المعير فإنه لا يجوز الرد إليه بل إلى وليه. ولو استعار مصحفاً أو عبداً مسلماً من مسلم ثم ارتد وطلبه لم يجز الرد إليه.

ثم شرع في أحكام العارية، وهي ثلاثة: الأولى الضمان وقد ذكره بقوله: (إن تلفت) أي العين المستعارة عند المستعير (لا باستعمال) لها مأذون فيه، (ضمنها وإن لم يفطر) لقوله ﷺ في الحديث المتقدم أول الباب: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»^(٢)، ولأنه مال يجب رده لمالكة فيضمن عند تلفه كالمستأجر؛ فلو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط كما ذكره الشيخان ولم يتعرضا لصحتها ولا لفسادها. ومقتضى كلام الإسني صحتها، وإليه يوميء تعبيرهما بأن الشرط لغو.

فروغ: لو أعار عيناً بشرط ضمانها عند تلفها بقدر معين فسد الشرط دون العارية كما قاله المتولي، وإن قال الأذري فيه وقفة. وفي كيفية ضمان العارية خلاف ذكره المصنف آخر الباب. وسكت عن ضمان الأجزاء إذا

(١) تقدم تخريجه سابقاً.

(٢) تقدم تخريجه سابقاً.

وَالْأَصْحُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْمَحِقُ بِاسْتِعْمَالِ، وَالثَّالِثُ: يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقُ، وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصْحِ.

أُتِلَفَتْ، وَالْأَصْحُ أَنَّهَا كَالْعَيْنِ، وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُهَا إِلَّا بِالْتَعَدِّي. وَلَوْ اسْتَعَارَ حِمَارَةً مَعَهَا جَحْشٌ فَهَلْكَ لَمْ يَضْمَنَهُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَهُ لِتَعَدُّرِ حَسَبِهِ عَنِ أُمَّه، وَكَذَا لَوْ اسْتَعَارَهَا فَتَبِعَهَا وَلَدَهَا، وَلَمْ يَتَعَرَّضِ الْمَالِكُ لَهُ بِنْفِي وَلَا إِثْبَاتٍ، فَهُوَ أَمَانَةٌ. قَالَ الْقَاضِي: وَلَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا عَلَيْهِ ثِيَابٌ لَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْهَا لِاسْتِعْمَالِهَا بِخِلَافِ إِكَافِ الدَّابَّةِ؛ قَالَ الْبَغَوِيُّ فِي فِتَاوَاهِ: وَاسْتَثْنَى مِنْ ضَمَانِ الْعَارِيَةِ مَسَائِلَ مِنْهَا جِلْدُ الْأَصْحِيَةِ الْمَنْذُورَةِ، فَإِنْ إِعَارَتْهُ جَائِزَةً، وَلَا يَضْمَنُ الْمُسْتَعِيرُ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ كَمَا قَالَ الْقَاضِي وَالْبَلْقِينِيُّ لِابْتِنَاءِ يَدِهِ عَلَى يَدٍ مِنْ لَيْسَ بِمَالِكٍ. وَمِنْهَا الْمُسْتَعَارُ لِلرَّهْنِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الرَّهْنِ. وَمِنْهَا لَوْ اسْتَعَارَ صَيْدًا مِنْ مُحْرَمٍ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنُ فِي الْأَصْحِ. وَمِنْهَا مَا لَوْ أَعَارَ الْإِمَامُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِمَنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَتَلَفَ فِي يَدِ الْمُسْتَعِيرِ فَلَا ضَمَانَ، لَكِنْ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعَارِيَةٍ؛ وَمِثْلُهُ لَوْ اسْتَعَارَ الْفَقِيهَ كِتَابًا مَوْقُوفًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ؛ وَقَدْ أَفْتَى الْأَدْرَعِيُّ بِأَنَّ الْفَقِيهَ لَا يَضْمَنُ الْكِتَابَ الْمَوْقُوفَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ إِذَا اسْتَعَارَهُ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ. وَمِنْهَا مَا لَوْ أَصْدَقَ زَوْجَتَهُ مَنْفَعَةً أَوْ صَالِحَ عَلَى مَنْفَعَةٍ أَوْ جَعَلَ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ مَنْفَعَةً، فَإِنَّهُ إِذَا أَعَارَهَا مُسْتَحِقَّ الْمَنْفَعَةِ شَخْصًا فَتَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ لَمْ يَضْمَنُ عَلَى الْأَصْحِ.

(وَالْأَصْحُ أَنَّهُ) أَيُّ الْمُسْتَعِيرِ، (لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ) أَيُّ يَتَلَفُ بِالْكَلْبِيَّةِ، (أَوْ يَنْسَحِقُ) أَيُّ يَنْقُصُ كَمَا فِي الْمَحْزَرِ، (بِاسْتِعْمَالِ) مَأْذُونٌ فِيهِ لِحُدُوثِهِ عَنْ سَبَبٍ مَأْذُونٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ: «أَقْتُلْ عَبْدِي أَوْ اقْطَعْ يَدَهُ». وَالثَّانِي: يَضْمَنُ لِحَدِيثِ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» إِذَا تَعَدَّرَ الرَّذَّ ضَمَنَهُ. (وَالثَّالِثُ) وَهُوَ مِنْ زِيَادَةِ الْمَصْنُفِ: (يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقُ) دُونَ الْمُنْسَحِقِ؛ لِأَنَّ مَقْتَضَى الْإِعَارَةِ الرَّذَّ وَلَمْ يَوْجِدْ فِي الْمُنْمَحِقِ فَيَضْمَنُ بِخِلَافِ الْمُنْسَحِقِ.

تَنْبِيهِ: تَلَفَ الدَّابَّةَ بِرُكُوبٍ أَوْ حَمَلٍ مَعْتَادِينَ كَالْإِنْمَحَاقِ وَتَعْيَبَهَا بِذَلِكَ كَالْإِنْسِحَاقِ. وَلَوْ أَعَارَ سَيْفًا يِقَاتِلُ بِهِ فَانْكَسَرَ فِي الْقِتَالِ لَمْ يَضْمَنُ كَانْسِحَاقِ الشُّوبِ؛ قَالَ الصِّمْرِيُّ. وَيَسْتَثْنَى الْهَدْيُ وَالْأَصْحِيَةُ الْمَنْذُورَانِ يَجُوزُ إِعَارَتُهُمَا. قَالَ فِي أَوَّلِ الرُّوْضَةِ فِي الْأَصْحِيَةِ: وَإِنْ نَقَصَا بِذَلِكَ ضَمَنَ اهـ. فَإِنْ أَرَادَ الْمُسْتَعِيرُ فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْاسْتِنَاءِ، وَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيرُ لَزِمَ مِنْهُ ضَمَانُ الْمُسْتَعِيرِ أَيْضًا. وَصَرَّحَ الزَّرْكَشِيُّ أَيْضًا بِضَمَانِ الْمَعِيرِ، ثُمَّ قَالَ: وَلَيْسَ لَنَا عَارِيَةٌ جَائِزَةٌ مَعَ الْعِلْمِ بِالْحَالِ يَضْمَنُ الْمَعِيرُ فِيهَا إِلَّا هَذِهِ الصُّورَةُ: أَيُّ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ وَالتَّمَكَّنِ مِنَ الذَّبْحِ، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمَعِيرِ وَلَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، لِأَنَّ يَدَ الْمَعِيرِ يَدُ أَمَانَةٍ كَالْمُسْتَأْجِرِ؛ نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ الْعِمَادِ.

(وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ) إِجَارَةٌ صَحِيحَةٌ (لَا يَضْمَنُ) النَّالِفُ (فِي الْأَصْحِ) لِأَنَّهُ نَائِبُهُ وَهُوَ لَا يَضْمَنُ. وَالثَّانِي: يَضْمَنُ كَالْمُسْتَعِيرِ مِنَ الْمَالِكِ، فَإِنْ كَانَتْ الْإِعَارَةُ فَاسِدَةً ضَمَنَّا مَعًا، وَالْقَرَارُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ كَمَا قَالَ الْبَغَوِيُّ فِي فِتَاوَاهِ. فَإِنْ قِيلَ: فَاسِدٌ كُلُّ عَقْدٍ كَصَحِيحِهِ فَكَانَ يَنْبَغِي هُنَا عَدَمُ الضَّمَانِ. أَجِيبُ بِأَنَّ الْفَاسِدَةَ لَيْسَتْ حُكْمُ الصَّحِيحَةِ فِي كُلِّ مَا يَقْتَضِيهِ، بَلْ فِي سَقُوطِ الضَّمَانِ بِمَا يَتَنَاوَلُهُ الْإِذْنُ لَا بِمَا اقْتَضَاهُ حُكْمُهَا، وَالْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْمَوْصِي لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ الْإِعَارَةُ كَالْمُسْتَعِيرِ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ. قَالَ الْبَلْقِينِيُّ: وَالضَّابِطُ لِذَلِكَ أَنَّ تَكُونَ الْمَنْفَعَةَ مُسْتَحَقَّةً لِشَخْصٍ اسْتِحْقَاقًا لِأَمْرًا وَلَيْسَتْ الرُّقْبَةُ لَهُ، إِذَا أَعَارَ لَا يَضْمَنُ الْمُسْتَعِيرُ مِنْهُ؛ وَسَيَاتِي حُكْمَ الْمُسْتَعِيرِ مِنَ الْغَاصِبِ فِي بَابِهِ. وَلَوْ اسْتَعَارَ فَقِيهًا كِتَابًا مَوْقُوفًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ شَرَطَ وَاقِفَهُ أَنْ لَا يُعَارَ إِلَّا بِرَهْنٍ

وَلَوْ تَلَفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدٍ وَكَيْلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدٍ مَنْ سَلَمَهَا إِلَيْهِ لِيَرُوضَهَا فَلَا ضَمَانَ. وَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْتَهُ، أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ؛

بحرز قيمته فسرق من حرزه لا ضمان؛ لأنه مستحق تلف في يده بلا تفريط وإن سُمي عارية عرفاً. قال الماوردي: ولا يجوز أن يؤخذ على العارية رهن ولا ضامن، فإن شرط فيها ذلك بطلت.

(ولو تلفت دابته في يد وكيل) له (بعثه في شغله، أو) تلفت (في يد من سلمها إليه ليروضها) أي يعلمها المشي من غير تفريط، (فلا ضمان) على واحد منهما؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه بل لغرض المالك. هذا إذا ركبها في الرياضة، فإن ركبها في غيرها فتلفت ضمن؛ وهكذا لو دفع إليه غلامه ليعلمه حرفة فاستعمله في غيرها. ولو أركب المالك دابته منقطعاً في الطريق تقريباً لله تعالى فتلفت ضمنها سواء التمس الراكب أم ابتدأه المركب، وإن أردفه فتلفت بغير الركوب فعليه نصف الضمان. ولو وضع متاعه على دابة شخص وقال له: «سَيِّرها» ففعل فتلفت بغير الوضع ضمنها كسائر العواري، وإن كان عليها متاع لغيره فتلفت بذلك ضمن منها بقسط متاعه لأنه مستعير منها بقسطه مما عليه حتى لو كان عليها مثل متاعه ضمن نصفها، فإن سبها مالكها بغير أمر الواضع فتلفت لم يضمن الواضع لأنها تحت يد مالكها، بل يضمن المالك متاعه إذ له طرحه عنها. ولو حمل صاحب الدابة متاع شخص بسؤال الشخص فهو معير، أو بسؤاله هو فهو وديع.

(وله) أي المستعير (الانتفاع) بالمعار (بحسب الإذن) لرضا المالك به دون غيره. وقضية كلامه أنه لو أعاره دابة ليركبها إلى موضع ولم يتعرض للكروب في الرجوع أنه لا يركبها في الرجوع، لكن في الشرح والروضة: أو آخر الإجارة، عن العبادي: أن له الركوب في الرد؛ وأقراه، بخلاف الدابة المستأجرة إلى موضع فليس له ركوبها في الرجوع على الأصح. والفرق أن الرد لازم للمستعير فالإذن يتناول ركوبها في العود بالعرف، والمستأجر لا رد عليه، وإن استعار للكروب إلى موضع فجأوزه ضمن أجره ذهاب مجاوزته عنه ورجوعه إليه تعذيبه. وهل له الرجوع بها إلى مكانها الذي استعارها منه أو لا؟ وجهان: أحدهما لا، لأن الإذن قد انقطع بالمجاوزة فسلمها إلى حاكم تلك البلد. وثانيهما: نعم؛ وهو الأوجه، وصححه السبكي وتبعه البلقيني. كما لا ينزل الوكيل عن وكالته بتعذيبه بجامع أن كلاً منهما عقد جائز، ولا يلزمه على هذا أجره الرجوع. ونظير ذلك ما لو سافر بواحدة من نسائه بالقرعة وزاد مقامه في البلد الذي مضى إليه قضى الزائد لبقية نسائه، وفي قضاء الرجوع وجهان: أصحهما الإفضاء. ولو أودعه ثوباً مثلاً ثم أذن له في لبسه فإن لبسه صار عارية وإلاً فهو باقٍ على كونه وديعة. ولو استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم أو غيرها فهي أمانة عنده، كما لو طرحت الريح ثوباً في داره فإن أتلفها ولو جاهلاً بها أو تلفت بتقصيره ضمنها.

ثم شرع في الحكم الثاني، وهو تسلط المستعير على الانتفاع المأذون فيه، فقال: (فإن أهاره) أرضاً (لزرعة حنطة) مثلاً، (زرعها) لأذنه فيها (ومثلها) أو دونها في الضرر، فإن قال: «أزْرَعُ البُرِّ» فله زرع الشعير والباقلان ونحوهما كالجلبان^(١) والحمص لأن ضررها في الأرض فوق ضرر ما ذكر، وليس له أن يزرع ما فوقه كالذرة والقطن والأرز. هذا (إن لم ينته) عن غيرها فإن نهاه عنه لم يكن له زرع تبعاً لنهايه، كما لو قال: (اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين)، ولو عتِن نوعاً ونهَى عن غيره أتبع، صرح به في المحرز. (أو) أعاره أرضاً (لشعير) يزرعه فيها (لم يزرع فوقه كحنطة) لأن ضررها أعظم من ضرره؛ فإن خالفه وزرع ما ليس له زرعه كأن أذن في

وَلَوْ أَطْلَقَ الزَّرَاعَةَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ. وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ وَلَا عَكْسٌ؛ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ، وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ.

البر فزرع الذرة جاز للمعير قلعه مجاناً، فلو مضت مدة لمثلها أجرة فهل يلزمه أجرة المثل أو ما بين زراعة البر وزراعة الذرة؟ احتمالان: أوجههما كما يؤخذ من قول المتولّي: فإن فعل فكالغاصب الأول؛ وبه جزم في الأنوار.

تنبيه: تنكير المصنف للحنطة والشعير يوهم أنه إذا أشار إلى شيء معين منهما وأعاره لزراعتها جواز الانتقال عنه كما هو الصحيح في الإجارة، والمتجه كما قال الإسنوي هنا منعه ولهذا عرّفها في المحرّر. وصرّح في الشعير بما لا يجوز بقوله: «لم يزرع فوقه»، وفي الحنطة بما يجوز بقوله: «ومثلها» لدلالة كل منهما على الآخر.

(ولو أطلق) المعير (الزراعة) أي الإذن فيها كقوله: «أعرتك للزراعة» أو «لتزرعها»، (صح) عقد الإعارة (في الأصح، ويزرع ما شاء) لإطلاق اللفظ. والمراد كما قال الأذري: أن يزرع ما شاء ممّا اعتيد زرعه هناك ولو نادراً حملاً للإطلاق على الرضا بذلك. والثاني: لا يصح لتفاوت ضرر المزروع. قال الشيخان: ولو قيل يصح ويتقصر على أحفها ضرراً لكان مذهباً؛ وردّه البلقيني بأن المطلقات إنما تنزل على الأقل إذا كان بحيث لو صرح به لصح، وهذا لو صرح به لم يصح لأنه لا يوقف على حد أقل الأنواع ضرراً فيؤدي إلى النزاع، والعقود تُصان عن ذلك.

تنبيه: مثل ما ذكره المصنف بل أوّل ما أعاره ليزرع ما شاء لأنه عام لا مطلق.

(وإذا استعار لبناء أو) لغرس (غراس فله الزرع) إن لم ينهه لأنه أخف. وقيل: لا؛ لأنه يرخي الأرض، فإن نهاه لم يفعله. (ولا عكس) أي إذا استعار للزرع فلا يبني ولا يغرس لأن ضررها أكثر ويقصد بهما الدوام. (والصحيح) وفي الروضة: الأصح، (أنه لا يغرس مستعير لبناء وكذا العكس) أي لا يبني مستعير لغراس لاختلاف الضرر، فإن ضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر من باطنها، والغراس بالعكس لانتشار عروقه. والثاني: يجوز ما ذكر لأن كلاً من الغراس والبناء للتأييد.

تنبيه: موضع المنع في الغراس ما يراد للدوام. أما ما يغرس للنقل في عامه، ويسمّى الفسيل بالفاء وهو صغار النخل، فكالزرع كما نقله الرافعي عن الجويني. قال السبكي: وسكتوا عن البقول ونحوها ممّا يُجرّ مرة بعد أخرى، ويحتمل إلحاق عروقه بالغراس كما في البيع إلا أن يكون ممّا ينقل أصله فيكون كالفسيل الذي ينقل.

(و) الصحيح (أنه لا تصحّ إعارة الأرض مطلقاً، بل يشترط تعيين نوع المنفعة) من زرع أو غيره قياساً على الإجارة. والثاني: تصح؛ واختاره السبكي، قال: ولا يضر الجهل لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في الإجارة. ونقل ابن الرفعة الصحة عن العراقيين، وجزم به جماعة من الخراسانيين، فالخلاف قوي مع أن كلام المصنف يقتضي ضعفه. وعلى الأول: لو قال: «أعرتكها لتنتفع بها كيف شئت» أو «بما بدا لك»، ففي الصحة وجهان: أصحهما كما في المطلب الصحة، وقال السبكي: ينبغي القطع به، وقد صحّح الشيخان في نظيره من الإجارة

١ - فصل: لِكُلِّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ

إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِذَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمُدْفُونِ.

الصحة. والعارية به أوّلى، وعلى هذا فقول: ينتفع بها كيف شاء، وقيل: ينتفع بما هو العادة في المعار. قال الرافعي: وهو أحسن اهـ. وهو المعتمد كما جرى عليه ابن المقرئ في روضه. قال الرافعي: والوجه القطع بأن إطلاق الإعارة لا يسقط على الدفن لما فيه من ضرر اللزوم

تنبيه: ذكّر المصنف الأرض مثال لما ينتفع به بجهتين فأكثر كالدابة تصلح للركوب والحمل، أما ما ينتفع به بوجه واحد كالسباط الذي لا يصلح إلا للفراش فلا حاجة في إعارته إلى بيان لكونه معلوماً بالمتعين.

ثم شرع في الحكم الثالث وهو الجواز مترجماً له بفصل، فقال:

فصل: لكل منهما: أي للمعير والمستعير (ردّ العارية متى شاء) وإن كانت مؤقتة والمدة باقية لأنها مُبرّئة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يلبق بها الإلزام. وردّ المعير بمعنى رجوعه كما في المحرّر، ولو عبّر به لكان أوّلى كما عبّر به في الوديعة. (إلا إذا) كانت العارية لازمة، كمن (أعار) أرضاً (للدفن) لميت محترم وفعل المستعير، (فلا يرجع) أي المعير في موضعه الذي دفن فيه، وامتنع على المستعير ردّها، فهي لازمة من جهتهما، (حتى يندرس أثر المدفون) بأن يصير تراباً لا يبقى منه شيء غير عَجَبِ الذنب، وهو مثل حبة خردل في طرف العصص لا جميع العصص، ولما كان لا يكاد يتحقق بالمشاهدة لم يتعرض المصنف لاستثنائه فإنه لا يبلى أبداً. وإنما امتنع الرجوع محافظة على حرمة الميت، ولهما الرجوع قبل وضعه فيه لا بعد وضعه وإن لم يوار بالتراب كما رجّحه في الشرح الصغير، خلافاً لما قاله المتولّي من جواز الرجوع. وليس في الروضة وأصلها تصريح بترجيح. قال الأذري: وكلام النهاية والبسيط يوافق كلام المتولّي، ولم أر من صرح بخلافه اهـ. وصورة ذلك بعد البلى إذا أذن المعير في تكرار الدفن وإلا فقد انتهت العارية، وإذا امتنع الرجوع قبل البلى لا يستحق المعير أجره كما صرح بذلك البغوي والماوردي وغيرهما؛ لأن العرف غير قاضٍ به والميت لا مال له، وللمعير سقي شجر بالأرض التي بها القبر إن أمن ظهور شيء من الميت وإلا امتنع عليه، ولو أظهره السيل من قبره قال الماوردي والرويانى: يجب إعادته لأنه قد صار حقاً له مؤبداً. قال ابن الرفعة: وقد يُوجّه بأن دفنه على الفور وفي تأخيره إلى حفر غيره ونقله إليه تأخير للواجب. ويؤخذ من ذلك أن السيل إن حمله إلى موضع مباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير منع إعادته وهو كذلك، وعلى المعير لولّي الميت مؤنة حفر ما رجع فيه قبل الدفن لأنه المورط له. فإن قيل: لو بادر المعير إلى زراعة الأرض بعد تكريب المستعير لها لم يلزمه أجره التكريب كما في فتاوى البغوي، فهلاً كان هنا كذلك! أجيّب بأن الدفن لا يمكن إلا بالحفر بخلاف الزراعة فإنها ممكنة بدون التكريب، ولا يلزمه الطمّ لما حفره لأنه بالإذن.

تنبيه: أورد على حصره الاستثناء فيما ذكره مسائل؛ منها ما لو كفن الميت أجنبي وقلنا إن الكفن باق على ملك الأجنبي كما هو الأصح في زيادة الروضة في كتاب السرقة فهو عارية لازمة كما قاله في الوسيط؛ أي من الجانيين، فلو نبش الميت سبع وأكله فقد انتهت العارية فيرجع إلى المعير ولا يسمّى راجعاً في العارية. ومنها ما لو قال: «أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً» لم يكن للمالك وهو الوارث الرجوع قبل الشهر كما قاله في التدبير. ومنها ما لو نذر المعير أن لا يرجع إلا بعد سنة مثلاً أو نذر أن يعيره سنة مثلاً امتنع الرجوع قبل السنة؛ قاله الرافعي في التدبير. ومنها ما لو أعار سفينة فوضع المستعير فيها متاعاً ثم طلبها المعير في اللجة لم يجب

وَإِذَا أَعَارَ لِلبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَدَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِنْ كَانَ شَرْطُ الْقَلْعِ مَجَانًا لَزِمَهُ، وَإِلَّا فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ. وَلَا يَلْزِمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصْح؛ قُلْتُ: الْأَصْحُ تَلْزِمُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

لذلك لأجل الضرر لا للزومها؛ قاله البندنجي والرويانى، قال ابن الرفعة: ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع كما لو أعاره أرضاً لزوع فرجع قبل انتهائه. ومنها ما لو أعاره دابة أو سلاحاً أو نحو ذلك للغزو فالتقى الصمّان فليس له الرجوع في ذلك حتى ينكشف القتال؛ قاله الخفاف في الخصال. ومنها ما لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليستمر به عورته أو ليفرشه في مكان نجس ففعل وكان الرجوع مؤدياً إلى بطلان الصلاة؛ قال الإسنوي: فيحتمل منعه وهو متجه، ويحتمل الجواز وتكون فائدته طلب الأجرة اه. ونقل الزركشي في الخادم عن البحر: أنه ليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة، وفي شرح المهذب عن الماوردي وغيره: أن المعير لو رجع في الصلاة نزعته وبئى ولا إعادة عليه بلا خلاف اه. والأولى كما قال شيخي أن يقال في استعارة السترة للصلاة إن استعارها ليصلي فيها الفرض فهي لازمة من جهتهما أو لمطلق الصلاة فهي لازمة من جهة المستعير فقط إن أحرم فيها بفرض وجائزة من جهتهما إن أحرم بنفل؛ ويحمل ما ذكر على هذا التفصيل. ومنها ما لو استعار سترة يستتر بها في الخلوة فهي لازمة من جهة المستعير أيضاً. ومنها ما لو استعار داراً لسكنى المعتدة فهي لازمة من جهة المستعير أيضاً. ومنها ما لو استعار سلاحاً ونحوه ليدفع به عمّا يجب الدفع عنه كما هو مبين في كتاب الصيال. ومنها ما إذا استعار ما يدفع به أذى الحرّ والبرد المهلكين. ومنها ما إذا استعار ما ينجو به من الغرق ويظفيء به الحرق، ويقاس بذلك ما في معناه.

(وإذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدة) بأن أطلق (ثم رجع) بعد أن بنى المستعير أو غرس، (إن كان) المعير (شرط) عليه (القلع) فقط أو شرطه (مجاناً) أي بلا أرش لنقصه، (لزمه) قلعه عملاً بالشرط، فإن امتنع فللمعير القلع. ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شرطت، وإلا فلا.

تنبيه: قوله: «مجاناً» كذا هو في الروضة وكتب الرافي؛ قال السبكي والإسنوي: والصواب حذفه كما فعله جمهور الأصحاب، فإنه يقتضي لولا الذي قدرته فيه أنه لا يؤمر بالقلع مجاناً إلا عند التنصيص عليه، وليس مراداً فإنه خلاف ما نصّ عليه في الأم والمختصر. ولعلّ المصنف احترز به عمّا لو شرط القلع وغرامة الأرش فإنه يلزمه؛ ولو اختلف المعير والمستعير هل شرط القلع بأرش أو لا؟ فقال الأذرعى: الظاهر تصديق المعير كما لو اختلفا في أصل العارية لأن من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفته. (وإلا) أي وإن لم يشرط عليه القلع، (فإن اختار المستعير القلع) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه؛ (ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح) في المحرّر؛ لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع. (قلت: الأصح تلزمه) التسوية (والله أعلم) لأنه قلع باختياره. ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع ردّ الأرض إلى ما كانت عليه ليردّ كما أخذ؛ وهذا هو الأظهر في الشرحين، وقال في الروضة: إنه قول الجمهور وإن ما في المحرّر ضعيف، وقال السبكي: إن كان الكلام في حفر حصلت في مدة العارية لأجل الغرس والبناء فالأمر كما في المحرّر، وإن كان في حفر حصلت من القلع زائدة على ما حصل قبل ذلك، فالراجع وجوب التسوية؛ ثم قال: فتلخص للفتوى الفرق بين الحفر لأجل الغراس والبناء وبين الحفر للقلع؛ وهذا الحمل متعين.

تنبيه: محلّ الخلاف كما قاله ابن الملقن: إذا كانت الحفر الحاصلة في الأرض على قدر الحاجة، فإن كانت زائدة على حاجة القلع لزمه طم الزائد قطعاً.

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَانًا، بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأَجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعْ وَيَضْمَنَ أَرْضَ النَّقْصِ، قِيلَ: أَوْ يَتَمَلَّكُهُ بِقِيمَتِهِ؛ فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَانًا إِنْ بَدَّلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأَجْرَةَ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْدُلْهَا فِي الْأَصْح، ثُمَّ قِيلَ: يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَتُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا؛ وَالْأَصْحُ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا.

(وإن لم يختر) أي المستعير القلع (لم يقلع) أي المعير (مجاناً) لأنه وضع بحق فهو محترم، (بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة) أي أجرة مثله (أو يقلع ويضمن أرض النقص) وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في الكفاية. (قيل: أو يتملكه) أي بعقد ولا يلحق بالشفيع كما يؤخذ في كلام الرافي. (بقيمته) أي مستحق القلع حين التملك كما قاله العمراني، فإن قيمته تنقص على هذا التقدير. ووجه مقابله إن ذلك بيع، فلا بد فيه من التراضي. وتخيره بين الثلاث هو المعتمد وفقاً للإمام والغزالي وصاحب الحاوي الصغير والأنوار وغيرهم ومقتضى كلام الروضة وأصلها في الصلح، خلافاً لما فيها هنا من تخصيص التخيير بالأول والثالث. وأما وقع في الكتاب تبعاً لأصله من التخيير بين التبقية بالأجرة وبين القلع مع غرامة الأرض دون التملك بالقيمة لم يذكره في الشرحين والروضة وجهاً فضلاً عن تصحيحه بل لم يذكره غيرهما إلا ما يوهمه كلام التنبيه، بل قال الزركشي تبعاً للبلقيني: ليس في المسألة خلاف كما زعمه الشيخان، بل الكل متفقون على التخيير بين الثلاث؛ ونسب الإمام إلى كافة الأصحاب.

تنبيه: محل التخيير بين الثلاث إذا كان في الأرض نقص وكان المعير غير شريك ولم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه، وإلا فيتعين القلع في الأول والتبقية بأجرة المثل في الثاني وتأخير التخيير إلى بعد الجداد كمال الزرع في الثالث لأن له أمداً ينتظر، وإذا لم يرض الشريك في الثاني بالأجرة أعرض الحاكم عنهما. ومحله أيضاً إذا لم يوقف البناء والغراس، وإلا قال ابن الرفعة وغيره: فيتعين تبقيتهما بالأجرة، والزركشي: يتخير بين ذلك وبين قلعهما بالأرض؛ وهذا أوجه. ومحله أيضاً إذا لم يوقف الأرض وإلا فيتخير بين الثلاث، لكن لا يقلع بالأرض إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة، ولا يتملك بالقيمة إذا كان في شرط الواقف جواز تحصيل مثل ذلك البناء والغراس من ريعه؛ وبذلك أفتى ابن الصلاح في نظيره من الإجارة.

فرع: لو قطع شخص غصناً له ووصله بشجرة غيره فثمره الغصن لمالكة لا لمالك الشجرة كما لو غرسه في أرض غيره، ثم إن كان الوصل بإذن المالك فليس له قطعة مجاناً بل يتخير المالك بين أن يبقيه بالأجرة أو يقلعه مع غرامه أرض النقص ولا يتملكه بالقيمة وإن قلنا فيما مر أنه يتملك بالقيمة البناء والغراس للفرق الواضح.

(فإن لم يختر) أي المعير واحدة من الخصال التي خير فيها، (لم يقلع مجاناً) أي ليس له ذلك (إن بدّل) بالذال المعجمة: أي أعطى (المستعير الأجرة) لانتفاء الضرر؛ (وكذا إن لم يبدلها في الأصح) لأن المعير مقصر بترك الاختيار راض بإتلاف منافعه. والثاني: يقلع لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجاناً. (ثم) على الأصح (قيل ببيع الحاكم الأرض وما فيها) من بناء وغراس، (ويقسم بينهما) على ما يذكره بعد فصلاً للخصومة. (والأصح أنه) أي الحاكم (يعرض عنهما حتى يختاراً شيئاً) أي يختار المعير ماله اختياره ويوافقه المستعير عليه لينقطع النزاع بينهما.

تنبيه: في نسخة المصنف إثبات الألف في «يختاراً» كما رأيتها بخطه وهو ما في المحرر؛ ولكن الذي في

وَلِلْمَعِيرِ دُخُولُهَا وَالْإِنْتِفَاعُ بِهَا، وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ؛ وَجَوْزُ لِلْسَّقْيِ وَالْإِضْلَاحِ فِي الْأَصْحَحِ، وَلِكُلِّ بَيْعٍ مَلَكَه، وَقِيلَ: لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ. وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ،

أكثر نسخ الشرحين وفي الروضة بخط المصنف «يختار» بغير ألف، وصحح بخطه على موضع سقوط الألف؛ قال السبكي: وهو أحسن، وقال الإسنوي: إنه الصواب لأن اختيار المعير كاف في فصل الخصومة اه. وقال الأذرعي: إن الوجه إثباتها. ثم حكى عن جماعة أنهم عبروا عن الوجه الأصح بأن يقال لهما انصرفا حتى تصطلحا على شيء، قال: فأفهم ذلك أن قوله: «يختارا» أثبت في النقل وأعم، ولم أر في شيء من نسخ الشرحين إسقاط الألف اه. وهذا أوجه، وهو الذي حليت عليه عبارة المصنف تبعاً للشارح فإن المعير قد يختار ما لا يجبر عليه المستعير ولا يوافقه عليه.

ثم فرع المصنف على الإعراض عنهما حتى يختارا فقال: (وللمعير دخولها والإنتفاع بها) في مدة المنازعة لأنها ملكه، وله الاستئلال بالبناء والغراس؛ قال الإمام: والظاهر لزوم الأجرة مدة التوقف. وجزم في البحر بأن لا أجرة له، وهو أوجه لأن الخبرة في ذلك إليه. (ولا يدخلها المستعير بغير إذن) من المعين (للتفرج) لأنه لا ضرورة به إليه فكان كالأجنبي.

تنبيه: التفرج لفظة مولدة لعلها من انفراج الهم وهو انكشافه كما قاله المصنف في تحريره، ولو قال بدلها: «بلا حاجة» لكان أولى.

(ويجوز) الدخول (للسقي) للغراس (والإصلاح) له أو للبناء صيانة لملكه عن الضياع، ويجوز أيضاً لأخذ ثمر أو جريد أو نحو ذلك من غراسه. نعم لو تعطل نفع الأرض على مالكها بدخوله لم يلزمه أن يمكنه من دخولها إلا بأجرة كما نقله الرافعي عن التهمة وأقره.

تنبيه: فهم مما تقرّر في المعير عدم جواز الاستناد إلى البناء والغراس، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، وحكاه القاضي حسين ثم استشكله بما مرّ في الصلح من جواز هذا في جدار الأجنبي. وأجيب بحمل ما هنا على ما فيه ضرر، فإذا لا فرق، وإن فوّق بأن المعير حجر على نفسه لعدم اختياره، فلهذا منع بخلاف الأجنبي.

(ولكل) من المعير والمستعير (بيع ملكه) من صاحبه ومن غيره كسائر الأملاك، فإن باع المعير لثالث يتخير المشتري كما كان يختير البائع، وإن باع المستعير كان المعير على خيرته، وللمشتري الفسخ إن جهل الحال، ولو باعاً معاً بثمن واحد جاز للضرورة ويوزع الثمن عليهما؛ قال المتولي: كما في رهن الأم دون الولد، وقال البغوي: يوزع الثمن على قيمة الأرض مشغولة بالغراس أو البناء وعلى حصة ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير؛ وبهذا جزم ابن المقري في روضه. (وقيل: ليس للمستعير بيعه لثالث) لأن ملكه غير مستقرّ فإنّ للمعير تملكه بالقيمة. وأجاب الأول بأن هذا لا يمنع البيع كما في بيع الشقص المشفوع.

تنبيه: قد يفهم كلامه أنّ للمعير بيعه لثالث قطعاً؛ وليس مراداً، بل فيه وجه صححه الماوردي والروائي؛ لأن مدة بقاء البناء والغراس مجهولة. ولو أجز المعير الأرض فالمتجه كما قال الإسنوي الصحة إن أمكن التفرغ قبل مضي زمن لمثله أجرة.

(والعارية المؤقتة) لبناء أو غراس أو غيره، (كالمطلقة) فيما مرّ من الأحكام إذا انتهت المدة أو رجع فيها؛

وَفِي قَوْلٍ: لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَاناً إِذَا رَجَعَ. وَإِذَا أَعَارَهُ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِذْكَ الزَّرْعِ فَالصَّحِيحُ أَنْ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ، وَأَنَّ لَهُ الْأَجْرَةَ؛ فَلَوْ عَيَّنَّ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزَّرَاعَةِ قَلْعَ مَجَاناً. وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْراً إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ.

لكن في المؤقتة يجوز له أن يغرس ويبنى المرة بعد الأخرى ما لم تنقصر المدة أو يرجع المعير، وفي المطلقة لا يفعل ذلك إلا مرة واحدة. فإن قلع ما بناه أو غرسه لم يكن له إعادته إلا بإذن جديد إلا إن صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى؛ ذكره الشبخان في الكلام على الزرع، وغير الغراس والبناء في معناهما. فإن فعل عالماً أو جاهلاً برجوعه أو بعد انقضاء المدة قلع مجاناً وكُلّف تسوية الأرض كالغاصب في حالة العلم، وكذلك ما نبت بحمل السيل إلى أرض غيره في حالة الجهل. (وفي قول له القلع فيها) أي المؤقتة، (مجاناً إذا رجع) بعد المدة ويكون هذا فائدة التأقيت، ومقابلة يقول: فاندته طلب الأجرة.

تنبيه: محل هذا القول بعد المدة كما قدرته وهو بعدها لا يحتاج إلى رجوع، فكان الأولى التعبير بالإنهاء دون الرجوع.

(وإذا أعاره) أرضاً (لزراعة) مطلقاً (ورجع) المعير (قبل إدراك الزرع). فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد) لأنه محترم وله أمد ينتظر بخلاف البناء والغراس. ومقابل الأصح وجهان: أحدهما له قلعه ويغرم أرش النقص، والثاني: له التملك بالقيمة في الحال. وعلى الأول إن كان الزرع مما يعتاد قلعه فصيلاً كلف القلع، وكذا إن لم ينقص بالقلع كما في المطلب وإن لم يعتد قلعه.

(و) الصحيح، وفي الروضة: الأصح، (أن له الأجرة) من وقت الرجوع إلى الحصاد؛ لأن الإباحة انقطعت بالرجوع فأشبه ما إذا أعار دابة ثم رجع في الطريق فإن عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل. والثاني: لا أجرة له؛ لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع.

ثم أشار إلى ما هو كالمستثنى مما قبله بقوله: (فلو عيّن) المعير (مدة) للزراعة (ولم يدرك) أي الزرع (فيها) لتقصيره) أي المستعير (بتأخير الزراعة قلع) المعير الزرع (مجاناً) لما أشار إليه من كونه مقصراً، ويلزمه أيضاً تسوية الأرض وإن قصر بالزرع ولم يقصر بالتأخير كان على الأرض سبيل أو تلج أو نحو ذلك لا يمكن معه الزرع ثم زرع بعد تمكنه وهو لا يدرك في المدة، فالحكم كذلك. أما إذا لم يحصل منه تقصير فإنه لا يقلع مجاناً بل يكون كما لو أعار مطلقاً سواء أكان عدم الإدراك لحر أم برد أم مطر أم لقلّة المدة المعينة أم لأكل الجراد رؤوس الزرع فنبت ثانياً. قال الإسنوي: وذكر الرافعي في الإجارة أنه إذا أبدل الزرع المعين بغيره كان كالتقصير بالتأخير فيأتي مثله هنا أيضاً.

(ولو حمل السيل) أو نحوه كهواء (بذراً) لغيره (إلى أرضه فنبت) فيها، (فهو) أي النبات (لصاحب البذر) بإعجام الذال؛ لأنه عين ماله تحول إلى صفة أخرى فلم يزل ملكه عنه، فيجب رده إليه إن حضر وعلمه وإلا فيرده إلى القاضي لأنه نائب الغائب ويحفظ المال الضائع.

تنبيه: شمل إطلاقه ما لو كان المحمول لا قيمة له كحبة أو نواة لم يعرض عنها مالكة؛ وهو الأصح كما في زيادة الروضة. (والأصح أنه) أي المالك (يجبر على قلعه) أي ما ذكر؛ لأن مالك الأرض لم يأذن له. والثاني: لا يجبر لأنه غير متعدّ فهو كالمستعير. وعلى الأول يلزمه تسوية الأرض لأن ذلك لتخليص ملكه، ولا

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا: «أَعْرَيْتَنِيهَا» فَقَالَ: «بَلْ أَجْرْتُكَهَا»، أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ فَالْمُصَدِّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: «أَعْرَيْتَنِي»، وَقَالَ: «بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي»، فَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ؛ لَكِنْ الْأَصَحُّ أَنَّ الْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلْفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ، وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ؛ فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ حَلْفَ لِلزِّيَادَةِ.

أجرة عليه للمدة التي قبل القلع كما في المطلب لعدم فعله. أما إذا أعرض عنها مالِكها وكان ممن يصح إعراضه فهي لمالك الأرض.

تنبيه: قول المصنف: «بذراً» أي ما سيصير مبذوراً، تسمية لاسم المفعول بالمصدر؛ فيه تجوز من وجهين، فلو لم يثبت المحمول الذي لم يعرض عنه مالِكه لزم رده إليه إن حضر وإلا فللقاضي كما مر.

ثم شرع في الاختلاف بين المالك وذوي اليد فقال: (ولو ركب) شخص (دابة) لغيره (وقال لمالكها أعرتنيها فقال) له مالِكها (بل أجرتكها) مدة كذا بكذا. (أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك فالمصدق المالك على المذهب) إذا اختلفا بعد مضي مدة لمثلها أجرة والدابة باقية؛ لأن المنافع تصح المعاوضة عليها كالأعيان. ولو اختلفا في العين بعد تلفها كأن أكل طعام غيره وقال كُنتُ أَبْخُتُهُ لِي وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ فَإِنَّهُ يَصَدِّقُ بِيَمِينِهِ، فَكَذَا هُنَا فَيُحْلِفُ عَلَى النَفْيِ وَالْإِثْبَاتِ وَهُوَ أَجْرَةُ الْمَثَلِ فِي الْأَصَحِّ الْمَنْصُوصِ، وَقِيلَ: الْمَسْمُومِ، وَقِيلَ: الْأَقْلَى مِنْهَا. والمراد بتصديق المالك في استحقاق الأجرة لا في أنه يصدق في عقد الإجارة حتى يتمكن الآخر من أخذ المنافع إذا كان الاختلاف في أول المدة أو في أثنائها، فإن نكل المالك لم يحلف الراكب ولا الزارع لأنهما لا يدعيان الإعارة وليست لازمة، وقيل: يحلفان؛ ونسب للقاضي حسين للتخليص من غم. والثاني: يصدق الراكب والزارع لأن المالك وافقهما على إباحة المنفعة لهما، والأصل براءة ذمتهما من الأجرة التي يدعيها. والثالث: يصدق المالك في الأرض دون الدابة لأن الدواب يكثر فيها الإعارة بخلاف الأرض. أما إذا لم تمض مدة لمثلها أجرة، فالمصدق الراكب والزارع فيحلف ما أجرته لأنه لم يتلف شيئاً حتى نجعله مدعياً لسقوط بدله. وإن وقع ذلك بعد تلف الدابة، فإن تلفت عقب الأخذ فالراكب مقر بالقيمة لمنكرها فترد برده، أو بعد مضي مدة لمثلها أجرة فالراكب مقر بالقيمة لمنكر لها وهو يدعي الأجرة فيعطي قدر الأجرة من القيمة بلا يمين ويحلف للزائد فيما إذا زادت على القيمة.

(وكذا) يصدق المالك على المذهب (لو قال) الراكب أو الزارع (أعرتني فقال) المالك (بل غصبت مني) وقد مضت مدة لمثلها أجرة والعين باقية؛ لأن الأصل عدم الإذن فيحلف ويستحق أجرة المثل. والثاني: أن القول قول المستعير لأن الظاهر أن تصرفه بحق.

(فإن تلفت العين) بما يوجب ضمان العارية قبل ردها، (فقد اتفقا على الضمان) لأن كلاً من المغضوب والمستعار مضمون؛ (لكن الأصح أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم ولا بيوم القبض) وهما مقابل الأصح. (فإن كان ما يدعيه المالك) بالغصب (أكثر) من قيمة يوم التلف (حلف للزيادة) لأن غريمه ينكرها، وأما المتفق عليه فيأخذه بلا يمين لموافقة غريمه على استحقاقه؛ وإليه يشير قوله: «حلف للزيادة»، ولا يضر اختلاف الجهة.

تنبيه: قضية كلام الشيخين في كتبهما أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوم والمثلي؛ قال الإسنوي:

وهو كذلك، ففي الحاوي والمهذب والبحر إن ضمناه المتقوم بالأقصى أوجبنا المثل في المثلي وإن ضمناه بقيمة يوم التلف وهو الأصح ففي المثلي القيمة أيضاً، فما في كتب الشيخين ما شئ على الصحيح وجزم به في الأنوار واقتضاه كلام جَمْع، وحينئذ يصير مستثنى من قاعدة أن المثلي يضمن بالمثل. وقال ابن أبي عصرون: يضمن المثلي بالمثل؛ وجرى عليه السبكي، وقال شيخنا: وهو الأوجه. وقول المصنف: «لكن إلخ» مسألة مستقلة، وهي أن العارية هل تضمن بقيمة يوم التلف بغير الاستعمال المأذون فيه أو بالأقصى أو بيوم القبض؟ وفيه أوجه، أصحها بقيمة يوم التلف، فلا وجه للاستدراك.

تمة: لو قال المالك: غصبتني، وقال الراكب: أجزتني، صدق المالك بيمينه لأن الأصل بقاء استحقاق المنفعة فيسترد العين إن كانت باقية، وله فيما إذا انقضت مدة لها أجرة أخذ قدر المسمى بلا يمين لأن الراكب مقر له به، ويحلف للزائد على المسمى وقيمة المعين إن تلفت. ولو قال المالك: غصبتني، وقال ذو اليد: أودعتني؛ صدق المالك بيمينه وأخذ القيمة إن تلفت العين وأجرة المثل إن مضت مدة لها أجرة. ولو ادعى لمالك الإجارة وذو اليد الغصب، فإن لم تلف العين ولم تمض مدة لها أجرة صدق ذو اليد بيمينه، فإن مضت فالمالك مدع للمسمى وذو اليد مقر له بأجرة المثل، فإن لم يزد المسمى عليها أخذه بلا يمين وإلّا حلف للزائد. ولو ادعى المالك الإعارة وذو اليد الغصب فلا معنى لنزاع فيما إذا كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة، وإن مضت فذو اليد مقرُّ بالأجرة لمنكرها وإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة، فإن لم يزد أقصى القيم على قيمة يوم التلف أخذ القيمة بلا يمين، وإلّا فالزيادة مقرُّ بها ذو اليد لمنكرها؛ وإن مضت مدة لها أجرة فالأجرة مقرُّ بها ذو اليد لمنكرها.

خاتمة: لو اختلف المعير والمستعير في ردّ العارية، فالقول قول المعير بيمينه؛ لأن الأصل عدم الرد مع أن المستعير قبض العين لمحض حق نفسه. ولو استعمل المستعير العارية جاهلاً برجوع المعير لم يلزمه أجرة. فإن قيل: الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه. أجب بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وهنا بخلافه، والأصل بقاء السلطة، وبأنه المقصر بترك الإعلام. فإن قيل: الجواب الثاني مشكل بوجود الدية على الوكيل إذا اقتصر جاهلاً بعزل المستحق. أجب بأنه مقصر بتوكله في القود لأنه غير مستحق، إذ العفو فيه مطلوب فضمن زجراً له عن التوكّل فيه.