(قوله لا يلزمه شيء) أي قبل قضاء القاضي اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسئلة في العبد) قال الاتقاني ولكن الخصاف وضع المسئلة في العبد في أدب القاضي اه (قوله قيل ينبغي أن يحلف الخ) قال الاتقاني قال الخصاف ينبغي أن يحلف على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقاني وجه البناء أن النكول اقرار فيما الاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبي يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أي بالقضاء اه اتقاني

لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يقضي للمقدم حتى يحلف المتأخر ولو نكل للثاني أيضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الالف كأن ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فاوقضى القاضي للاول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف ينفذ قضاؤه لانه محل يجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسئلة في العبد ولا فرق بينهما لان التقويم تعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغي أن يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بالاول باقراره ثم أقر للثاني بأن مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله (هي تمليك المنافع بغير عوض) هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار من قولهم ذا له وزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع هذا لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب أن يكون مشروعا بغير عوض أيضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك بعوض جاز بغير عوض كالبيع وبيانه لان النكاح وان انتفى الى المنازعة وكل جزء لا تفضي الى المنازعة لو وجب استدراكها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة وابطالها انتفاء الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارة لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصح بأعرتك) أي

كتاب العارية

(قوله في المتن هي تمليك المنافع) قال الاتقاني هذا اختيار أبي بكر الرازي اه (قوله وقال الكرخي والشافعي) قال الاتقاني وجه قول الكرخي أنها لو كانت تمليك المنافع لا الاباحة لكان بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح أصل الاجارة ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بان قال أبحت لك ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكا لم يصح كما في الاجارة ألا ترى أنه لو آجر داره شهرا ثم قبل انقضاء المدة نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب اليه أبو بكر الرازي أن العارية والاجارة أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الاعيان عارية وفي تمليك المنافع اجارة فدل على أن العارية تمليك

(١) قول الشارح وفي الشرع الخ هكذا في النسخ وهو مكرر مع ما سبق كما ترى اه مصححه (٢) قول الشارح بجواز لزوم هكذا في الاصل ولعل الرجوع بدل اللزوم من زيادة الناسخ فتأمل اه مصححه

OpenKnowledge.com

(قوله في المتن وأطعمتك أرضي) قال الاتقاني وأما قوله أطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة لانه يقال أطعمه فطعم ونفس الارض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اه (قوله ومنحتك ثوبي) قال في الهداية في كتاب الهبة ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل قال الاتقاني وأشار بقوله لما رويناه الى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل وقال اذا قال منحتك هذه الارض فهي عارية ولكن شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده فصل في مبسوطه وقال اذا قال منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون اعارة وان أضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لان المنحة تذكر ويراد بها العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وأراد به العارية لان الهبة لا تكون مردودة وانما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منح فلان فلانا أي وهب له واذا كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة لان العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين فقلنا اذا أضيفت المنحة الى عين يمكن الانتفاع به (٤٨) مع بقاء عينه جعل عارية واذا أضيفت الى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الامكان اه (قوله في المتن وأخدمتك عبدي) أي جعلته خادما لك اه (قوله في المتن وداري لك سكنى) قال الاتقاني وفرق شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكنى أو عمري سكنى وبين قوله هي لك لتسكنها فقال ولو قال هي لك لتسكنها كان تمليكا للدار لانه أضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اه اتقاني وقوله سكنى منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله داري لك يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا للاحتمال فتعينت العارية ولانه اه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أداؤها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) أقول هذا فيما اذا كانت العارية مطلقة أما اذا كانت مقيدة بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فانه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعد ما نصه ولو تعدى ضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن اذا هلكت الخ) أما اذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخته على أحد (١) وكتب فوقه حنين اه ﴿فرع﴾ قال في الهداية والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في الخلاصة وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقل عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه ﴿فرع﴾ قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

بقوله أعرتك لانه صريح فيه قال رحمه الله (وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي) لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا تؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرده الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيأ منح واذا أراد به الهبة أفاد ملك العين والا بقي على أصل وضعه قال رحمه الله (وحملتك على دابتي) أي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال رحمه الله (وأخدمتك عبدي) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله (وداري لك سكنى وداري لك عمري سكنى) لان قوله داري لك محتمل يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله (ورجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ وتثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تملك ما لم يحدث فله ذلك قال رحمه الله (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لاعن استحقاق فأشبه الغصب وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت والمراد بمثله من يأخذ لنفسه وقال عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم أحد فقال أغصب يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنا اليوم في الاسلام راغب رواه أحمد وأبو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق

سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل مأذون فيه فيصير مأذونا فيه ضرورة وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا أخذ كوز القفاع ليشرب به فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في يده اه اتقاني (قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان) تمامه ولا على المستودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقيل عمرو في الاسناد عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان اه عبد الحق (قوله لا على وجه الاستيفاء) يحترز عن الرهن اه (قوله ولان صفوان كان حربيا) أي كان مستأمنا اه قارئ الهداية (قوله لانه قبضه لنفسه) أي فعليه مؤنته (٨٥) كما يجب على المستعير نفقة العارية اه اتقاني (قوله في المتن فان آجر فعطب ضمن) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الخيرة أو أمسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها أو يؤاجرها قال لا ضمان عليه في شئ من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالفضل الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أي انتفاع شاء واليه التعيين يفعل ان شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك ولا علاك الاجارة أصلا لانها عقد جائز لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم على الجائز لا يجوز

ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولما قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بان كان فاسدا أو بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن ألا ترى أنه لو أذن له بالاتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند الحاجة رخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال رحمه الله (ولا يؤجر) لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله (فان آجر فعطب ضمن) لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا للضرر والغرور عن نفسه وان علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله (ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) أي يعير

وقد قال بعض أصحابنا بأنه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال والصحيح أنه لا تنعقد الاجارة لان من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤاجر أكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة فاذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب اذا فعل ذلك الاجر ويتصدق به لانه احصل بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اه اتقاني (قوله في المتن ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل استعار من رجل دابة وليس شيأ قال له أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فان آجرها فعطبت فهو ضامن الى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير وقال في مختصر الاسرار ويجوز للمستعير أن يعير وان شرط أن لا يعير الا أن يكون المعار مما يختلف

باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فانه اذا شرط عليه أن لا يعير لا يجوز خلافا للشافعي اه اتقاني (قوله وكالموصى له بالخدمة عمالك أن يعير) أي وعمالك أن يؤجر قال الاتقاني والموصى له بالخدمة عمالك أن يؤجر اه (قوله وهذا اذا صدرت مطلقة) أي عن الوقت والانتفاع اه (قوله وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة) أي ما ذكرنا من ولاية اعارة المستعير اه (قوله أو بهما) فهذه أربعة أوجه اه (قوله فان كانت الخ) هذا هو الوجه الاول اه (قوله وله أن يعير) والركوب واللبس كما سيجيء قريبا مما يختلف باختلاف المستعمل لكن انما ملك المستعير اعارته للاطلاق قال الاتقاني وعنده أي الشافعي الاعارة اباحة المنافع والمباح له لا يملك الاباحة ولهذا لا يملك الاعارة فيما تتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ثم قال في ذكر دليلنا ولانسلم أن المستعير لا يملك الاعارة فيما تتفاوت الناس فيه مطلقا بل له أن يعير اذا أعاره مطلقا اه وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمهما الله وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعا وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملا باطلاق العقد والثاني أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له أن يجاوز ذلك عملا بالتقييد (٨٦) الا أن يكون ذلك خلافا الى خير أو الى مثل ذلك فحينئذ لا يضمن وان خلاف كما اذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو مسمم أو أرز أو شيء من الحبوب مثل كيل الحنطة ووصفها لا يضمن استحسانا لانه ليس بشرط يفيد اعتباره لان صاحبه لما رضي بالحنطة كان أرضى بما دونها وفي القياس يضمن وهو قول زفر لانه مخالف وانما خلاف الى مثل ذلك كما اذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها حنطة فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع والرابع على العكس وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع ففي الوجهين ليس له أن يجاوز المسمى وفي مسئلة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا تقييد بشيء منهما عملا بالاطلاق فان شاء ركب بنفسه وان شاء حمل وان أعار غيره للحمل جاز لان الناس لا يتفاوتون في الحمل والمستعير يملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه وان أعاره للركوب صح من حيث انه تعيين للانتفاع والمنتفع لان جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فاذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لانه يملك لان من استعار للركوب يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوضا الى المستعير فاذا عين غيره تعين حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن وإليه ذهب نفر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير وتبعه الصدر الشهيد وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده انه لا يضمن وهذا أصح عندي لان المستعير من المستعير اذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لانه استعمل المعين باذن المستعير وتمليكه فلان لا يضمن اذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الاولى لانه استعمله بالملك لانه لم يملك لما ملك غيره اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثاني اه (قوله وان كان لا يختلف) قال في الهداية وله أن يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الاتقاني وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وحمل الدابة أما الركوب واللبس فيختلف باختلاف المستعمل اه فقوله وزراعة الارض مخالف لقول الشارح رحمه الله سابقا بأربعة أسطر والزراعة فانه عدها مما يختلف باختلاف المستعمل اه (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثالث اه

المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ليس له أن يعير لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيح لغيره وعندنا لما كانت تمليك المنافع جاز أن يعير لان المالك يملك أن يعمل كالمستأجر يملك أن يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشيء تتقيد به وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة على ما يجيء بتفصيله قال رحمه الله (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سماه وان أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء لانه تصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو اطلاق ثم لا يخلو اما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما فان كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيئا كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما يلبس هو ولم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فحمله كالاجارة فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الاطلاق الذي ذكروه هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على أن أركب عليها من أشاء أو ألبس الثوب من أشاء كما حمل الاطلاق الذي ذكر في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب وأخواته وللمسمى أن يفعل في أي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت

(قوله وان كانت) هذا هو الوجه الرابع اه (قوله واختلفوا في ايداع المستعير) أي قصدا اه اتقاني ﴿فرع﴾ والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفي ايداعها اختلاف المشايخ والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشيء المستأجر يعار ويؤاجر وفي ايداعه اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع) أي الجامع الصغير اه اتقاني سيأتي الجواب عن هذه المسئلة في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده اه (قوله الباقلاني) كذا بخط الشارح رحمه الله والذي في النهاية البقالي اه (قوله والصدر الكبير برهان الأئمة) والد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه أشار محمد في آخر كتب كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم واذا قال الذي في يديه قد أودعنيها فلان الذي أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتب كتاب العارية من الاصل اه اتقاني (قوله وعليه الفتوى) وسيأتي في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير له أن يودع فراجعه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسئلة التي استدل بها على منع الايداع والله الموفق اه (قوله في المتن وعارية الثمنين والمكيل والموزون الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدا مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافي (٨٧) وكذلك الاقطان والصوف والابريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصفارة التي لا تنفع الاجارة على منافعها قرض كذلك قاله الاتقاني ثم قال قال الحاكم في الكافي وان استعار آنية يحمل بها في منزله أو ينقل عليها أو مضلة فصفعنه أو ناقة لم يكن شيء من هذا قرضا الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه لا يمكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملكه لانه يتجمل بجهله الاشياء والتجمل بالمال نوع انتفاع وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثلها وقيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما مسامحة ويكون ذلك دليل الاباحة وفي العيون قال خلف بن أيوب سألت محمدا رحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه أو خشبا يدخله في بنائه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فان قال أردته عليك فهو عارية اه (قوله فاقتضت تمليك عينها ضرورة) قال في الكافي في باب الصرف استقرض كرا بروقبضه ملكه وعن أبي يوسف لا يملكه حتى يستهلكه لان القرض اعارة الا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهي لا تملك الا باستهلاكها فكذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فاو باعه من مقرضه صح لانه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لانه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبي يوسف فان اشترى ما عليه من البر من مقرضه عما أقدرهم صح لانه متدور التسليم لكونه في ذمته فان تفرقا قبل قبض بدله فسد لافتراق عن دين بدين فان نقد بدله في المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو فسد حتى صح ثم وجد بالكر عيبا يرده لانه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضي السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لان المبيع كر في الذمة بدلا عن القرض والقرض معيب فالكر الذي وجب بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تعذر رده لانه كان في ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كما لو هلك المبيع ثم علم بعيب به فانه يرجع بنقصانه وانما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكر مثله لا يرجع أيضا لانه ربا اه (قوله يوجب رد المثل) بخلاف الهبة اه

تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بيناه في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا تتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثلها أو دونه في الضرر واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع أن المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلاني هذا القول أصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضرورته فافترقا وأكثرهم على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الأئمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فأولى أن يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال رحمه الله (وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فمر الكون يوجب رد المثل

Open Digital Library

(قوله فحينئذ يضمن) والحاصل أن القلع اذا كان يضر بالارض فالخيار لرب الارض اه ﴿فرع﴾ في الذخيرة والمغني قال أبو علي النسفي حاكيا عن أستاذه ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فأنفق والا انقل يدك عنه وقال أبو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير قال أبو الليث يعني اذا قال مولى العبد خذ عبدي واستخدمه من غير أن يستعير المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه وأما الكسوة فعلى المعير في الاحوال كلها اه كاكي رحمه الله (قوله الى الوقت المذكور) قال الاتقاني وانما جاز له الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه (٨٨) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم اه (قوله فيكون مغرورا) أي مغرورا من جهة الالتزام المبني على ما يأتي اه (قوله في المتن وان وقت ترجع قبله) أي المعير اه (قوله في المتن أيضا ضمن ما نقص بالقلع) أي البناء والغرس اه قال في الهداية وضمن المعير ما نقص البناء والغرس قال الاتقاني أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر اه (قوله في المتن لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ ووجه الاستحسان انا لو أمرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيناه لنفعنا من غير ضرر يعود الى المالك لانا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى قال بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه أما هذا فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض لانه جان في الابتداء وقد مست الحاجة الى رفع العدوان وههنا بخلافه كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله لان فيه مراعاة الحقين) أي حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض في يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الآخر أيضا فيعتدل النظر من الجانبين اه اتقاني

ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا صار اليه في ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها موازنا أو مكيلا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها لا كها فكان تظير عارية الحلي والسيف الحلي قال رحمه الله (وان أعار أرضا للبناء أو للغرس صح) لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا قال رحمه الله (وله أن يرجع) لان العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أي وقت شاء قال رحمه الله (ويكلفه قلعهما) أي قلع البناء والغرس لانه شاغل أرضه عليكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما قيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل أيهما طلب القلع أجيب قال رحمه الله (ولا يضمن ان لم يوقت) أي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت للعارية وقتا وقال مالك رحمه الله يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان في أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت للعارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت موقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم أن يفي بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رحمه الله (وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير ملزم كأصل عقدها ولهذا كان له أن يستردها في أي وقت شاء والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من فائدة ولا يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال ان رجعت قبل الوقت فأنا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص أن يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال رحمه الله (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك

(قوله في المتن ومؤنة الرد على المستعير الخ) قال في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الرد على المستعير اه اتقاني (قوله في المتن أيضا والمرتهن) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي في كتاب العارية وفي الرهن مؤنة الرد على الراهن اه وليخفى ما فيه من المخالفة اه وفي الخانية ان مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوي أيضا ولم يحك خلافه وفي الجوهرة على المرتهن كما في الكنز وهو الظاهر اه (قوله ولهذا لو كانت العارية مؤقتة الخ) سيأتي هذا الفرع في أواخر الصفحة الآتية في الشرح فراجعه اه وكتب ما نصه قال في الوجيز العارية اذا كانت مطلقة في الوقت والانتفاع بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يوقت ولا من يستعمله فللمستعير أن يلبس ويركب غيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعار شيأ وما بين أنه يستعمله بنفسه ففي الدابة والثوب ليس له أن يركب ويلبس غيره وله أن يعير غيره للحمل وفي العبد والدار له أن يعير غيره وان كانت مؤقتة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء في اليوم فان أمسكها بعد الوقت ضمن وان لم ينتفع بها وهو الصحيح وان كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اه وهذه الاوجه الاربعة المذكورة وان تقدمت في كلام الشارح فانما (٨٩) أعدتها الفائدة اه (قوله وانما يجب عليه التمكين والتخلية) قال في البدائع حتى لو استأجر دابة ليركبها في هو أنجسه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يعفي بها اليه وعلى الذي أجر أن يقبضها من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة في يده ولهذا لا يلزمه نفقتها حتى لو أمسكها أياما فهلكت لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا في الامساك كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة الى بيت المودع فهلكت اه

قال رحمه الله (ومؤنة الرد على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم والاصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له بدلا ولا يجب على المستأجر رد ها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى وأما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه يحفظ العين ومنفعة حفظها ما تئول اليه فكانت مؤنة ردها عليه وأما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه فسخ فعله وذلك برد ها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذي أزال يده محقا بما في رد ها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة رد ها دفعا للضرر عن المالك وأما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه الله (وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة) وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردها الى صاحبها وانما ضيعها فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لان الاصطبل أو الدار في يد المالك ولو ردها على المالك كان ردها الى الاصطبل أو الدار فكان الرد اليها ردا على المالك بخلاف الوديعة لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما أردعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعديا بانبات يده في العين وبازالة يد صاحبها فلا يتمكن من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها وعن ابن سلمة أنه ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان الظاهر أن الدابة

(١٢ — زيلعي خامس) (قوله وأما الرهن فلان قبضه) أي قبض المرتهن اه (قوله في المتن وان رد المستعير الدابة) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا رد المستعير الدابة فلم يجد خادمها ولا صاحبها فربطها في دار صاحبه على معاقله فضاعت قال هو ضامن لها في القياس ولكني أستحسن أن لا أضمنه الى هنا لفظ الكافي وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وان رد المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على آريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا والقياس أنه يضمن الى هنا لفظ الكرخي وبالقياس أخذ الشافعي كذا في شرح الاقطع وجه القياس أنه لم يجد الرد الى المالك اه اتقاني , قوله لانه لم يردها أي الدابة أو العبد اه (قوله وجه الاستحسان) قال الاتقاني وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المعتاد بين الناس لان الناس يستعيرون الدابة فيردونها الى اصطبل المالك والجيران يستعيرون آنية البيوت ويردونها الى دار صاحبها او يسارونها الى مرفقه دون صاحب الدار فلو رد الى المالك أيضا كان المالك أيضا يحفظها بهذا المكان فقد أسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عند جوهري يجوز أن يردها الا في المعبر لان العادة لم تجر بحفظه في الدار ولا دفعه الى الغلام (قوله بخلاف الوديعة) أي حيث لا يبرأ فيها الا بالرد الى المالك اه

(قوله في المتن أو أجيره برئ) أي لان المستعير في حق العين مودع وأمين والمودع يملك الدفع الى من في عياله فكذا المستعير وعبده في عياله وكذا أجيره اذا كان مساهمة أو مشاهرة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله فكان الرد الى يد هؤلاء كالرد الى يد المالك اه اتقاني (قوله بخلاف غلام نفسه) قال ظهير الدين المحق الولوالجي في فتاواه ولو كان على دابته بعارية أو اجارة فنزل عنها في السكة أو دخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لانه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يربطها بشيء أما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان في الصحراء ونزل ليصلي وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما أمسكها لم يترك حفظها وقال في الفتاوى الصغرى استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيل ليحمل عليها الحنطة (٩٠) فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه في باب خصومة المتفاوضين من كتاب الشركة ثم قال وهذا شيء عجيب ثم قال في الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليكرب أرضه وعين الارض وكرب أرضا أخرى فعطب الثور يضمن لان الاراضي تختلف في الكراب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر بتلك المسافة كان ضامنا وكذا لو أمسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا في الاجارة اذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لان هذا حفظ عادة لكن هذا اذا نام جالسا أما اذا نام مضطجعا يضمن اه اتقاني (قوله ثم قيل هذا) أي عدم الضمان بالرد الى رب الدابة اه (قوله وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير الخ) قال الاتقاني ودلت المسئلة هذه على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخي وقدماء ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار مشايخ العراق يؤول هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقي مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اه (قوله في المتن ويكتب المعار) أي المعارله اه (قوله والكتابة باللفظ الموضوع له أولى) أي لان الحقيقة أحق بان تراد وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله بالتمكين من الزراعة) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن عارية الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام أدل على المراد لان قوله أطعمتك هذه الارض معناه أذنت لك أن تزرع فيها لتأكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب بها التنزل الشبهة ويعلم أنه أذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام وان كان مجازا معلوم لكونه متعارفا لان كل واحد يعلم أن ذات الارض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبين المراد بها اه

بيان

تكون هنا بل احافظ قال رحمه الله (وان رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبي) والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها ووجه ما بيناه ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس ويحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم منه الى السائس أو من السائس الى السائس أو من السائس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما أودعه لكونه لم يرض بغيره ولم يرض به لما أودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له أن يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة انه لا بد منه وهذا في الاشياء التي تكون في يد الغلمان عادة وأما اذا لم تكن في أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها أو وضعها في داره أو اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا رد ها الى يد عبده الذي يقوم على الدواب والاصح أنه اليه والى غيره لانه ان لم يكن في يده دائما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما اذا رد ها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعد في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف في حق الانتفاع قال رحمه الله (ويكتب المعار أطعمتني أرضك) أي اذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك أطعمتني أرضك وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا يكتب انك أعرتني لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له أولى كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني وله أن لفظ الاطعام أدل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة وكتب ما نصه قال الاتقاني أما تفسيرها لغة فهي اعطاء الشيء بغير عوض أي شيء كان مالا كان أو غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور أطلق اسم الهبة على الولد وان لم يكن مالا لانه أعطانا بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اه (قوله وشرطها) قال الاتقاني وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافا لابن أبي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف اليه الهبة مالا قابلا للتمليك شرط الجواز أيضا حتى اذا وهب المدبر أو أم الولد أو الخمر لا يصح اه (قوله وركنها الايجاب والقبول) قال الاتقاني وأما ركنها

فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهرزاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الايجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول اه (قوله من غير أن يكون لازما) الا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لما فيه من الدناءة اه اتقاني (قوله في المتن وتصح بايجاب وقبول) قال الكاكي أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع ثم المتبرع فصار عندنا بمنزلة الاقرار وارضية ولكن للموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض اه (قوله

بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض اتخذ أطمتي أرض كذا لازرعها مما شاء من غلة الشتاء أو الصيف لانه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم

﴿كتاب الهبة﴾

قال رحمه الله (شيء تمليك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور الآية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة الشح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا بالغا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا ورحكمها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما قال رحمه الله (وتصح بايجاب كـ) قوله (وهبت وملكت وأعطيتك هذا الطعام وجعلته لك وأعرتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة وأبحته الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها الا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده بقي محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم) أي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الخ وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن سريحا لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم أما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية واني لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الوارث ولو كانت ذلك قبل القبض لكان اياه لك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به فينعقدبهما) قال الاتقاني أما الايجاب والقبول فلان الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا ملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له أما اذا حلف وقال لا يهب الفلان فوهب ولم يسلم يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض لان تمليك فلا يتم بدون الملك الا بالقبول كما في البيع ولنا أن التسليم لا يجب الا بعد الملك من جانب واحد وانما يتم بالملك الا أن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجوده فصار كما اذا حلف لا يشتري فاشترى أو أوصى له وهو لم يقبل الآخر يحنث فهذا هذا بخلاف البيع فان تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفي مختصر الطحاوي وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك اه (قوله فصار عندنا بمنزلة الاقرار) قال ابن الاثير في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرها يقال جد النخل يجد جدادا ومنه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنهما اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا اه