السيل الجرار ج 3/ص 283

كتاب العارية

ص 284

كتاب العارية

ص 285

فصل

هي إباحة المنافع وإنما تصح من مالكها مكلفا مطلق التصرف ومنه المستأجر والموصى له لا المستعير وفيما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه وإلا فقرض غالبا ونماء أصله وإلا فعمرى وهي كالوديعة إلا في ضمان ما ضمن وإن جهله ووجوب الرد ويكفي مع معتاد وإلى معتاد وكذا المؤجرة واللقطة لا الغصب والوديعة

قوله كتاب العارية هي إباحة المنافع

أقول هذا هو معنى العارية لغة وشرعا واصطلاحا فمن أباح لغيره الانتفاع بملكه فقد أعاره إياه كونها إنما تصح من

مالكها فغير محتاج إلى ذكره لأن ما كان بإباحة غير المالك ليس بعارية بل غصب وأما كونه مكلفا مطلق التصرف فصحيح لأن الصبي والمجنون لا يصح منهما العارية وهكذا المحجور عليه لا تصح منه العارية وكان قيد إطلاق التصرف يغني عن قيد التكليف لأن الصبي والمجنون غير مطلقي التصرف وقيد ماكلها يغني عن قوله ولو مستأجرا لأن المستأجر مالك للمنافع ويخرج به أيضا قوله لا المستعير لأنه ليس بمالك لها فلا يحتاجان إلى التنصيص عليهما لأن أحدهما دخل بالمنطوق والآخر خرج بالمفهوم وأما اشتراط أن يكون فيما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يصدق مسمى العارية إلا على ما كان كذلك لأن ما لا يمكن الانتفاع به أصلا لا فائدة في عاريته وما أمكن الانتفاع به مع إتلاف عينه ليس بعارية بل هبة أو نحوها وأما اشتراط نقاء نماء أصله فلا وجه له بل يكون عارية مع أذنه للمستعير بالانتفاع بالنماء

مدة مؤقتة وسيأتي في العمري والرقبى أن المقيدة منها عارية تتناول إباحة الأصلية مع الفرعية

قوله وهي كالوديعة إلا في ضمان ما ضمن

أقول العارية والوديعة لا يضمن المستعير والوديع إلا لجناية منه أو تفريط فإذا أراد صاحبهما تضمينه ورضي لنفسه بذلك فمجرد هذا الرضا مسوغ للتضمين وأما ما يروى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضمان على مؤتمن كما رواه الدارقطني وفي رواية أخرى للدارقطني بلفظ ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ففي إسناد اللفظ الأول من لا يقوم به الحجة وأما اللفظ الثاني فقال الدارقطني إنما يروى عن شريج غير مرفوع وفي إسناده أيضا ضعيفان ومع هذا فنحن نقول بموجبهما أنه لا ضمان عليهما لكن إذا جنيا كان الضمان من الجناية وإذا فرطا كان الضمان عليهما من جهة التفريط وذلك جناية لصاحبهما فيصدق على كل واحد منهما أنه مغل وأما حديث على اليد ما أخذت حتى تؤديه كما أخرجه أحمد

وأبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة فلا شك في دلالة الحديث على وجوب الرد وأما دلالته على الضمان على تقدير أن المعنى على اليد ضمان ما أخذت فغير مسلم بل الظاهر أن المعنى على اليد تأدية ما أخذت كما يدل عليه آخر الحديث حتى تؤديه ويمكن أن يكون التقدير على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤديه وترك الحفظ تفريط يوجب الضمان كما تقدم إذا كان ممكنا والا فلا تفريط وهكذا حديث أد الأمانة إلى من أئتمنك كما أخرجه أبو داود

ص 287

والترمذي وحسنه الحاكم وصححه من حديث أبي هريرة فإنه يدل إلا على مجرد التأدية وأما كونه يضمن إذا ضمن ورضي بذلك فالمناط هو مجرد حصول الرضا فإذا لم يقبل ذلك لم يصح تضمينه ويدل على هذا ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من حديث صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا فقال

أغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يضمنها فقال أنا اليوم في الإسلام أرغب وأما قول المصنف وإن جهله فلا وجه له وأما وجوب الرد فهو كائن فيهما كما عرفت

وأما قوله ويكفي مع معتاد وإلى معتاد فلا فرق بينهما أيضا أنه يكفي في ردهما ذلك

وأما قوله وكذا المؤخرة والقطة لا الغصب والوديعة فاستطراد لما هو خارج عن الباب وقد تقدم بيان من يجب عليه الرد ومن لا يجب عليه وفي الجميع الرد من أحد هؤلاء بنفسه بل رسوله يكفي ومن زعم خلاف ذلك فعليه الدليل

والحاصل أن المعتبر ما يصدق عليه اسم التأدية المذكورة في الحديث السابق بقوله حتى يؤديه ولا شك أن رد ذلك مع معتاد للرد معه وعلى معتاد للرد إليه يصدق عليه أنه تأدية لأن يد الرسول يد مرسلة ويد من ينوب في العادة عن المالك بقبض أملاكه يد له

فصل

وتضمن بالتضمين والتفريط والتعدي في المدة والحفظ والاستعمال وإن زال لا ما ينقص بالانتفاع ويصح فيها مطلقا وعلى الراجع في المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء

ص 288

الوقت للمستعير في الغرس والبناء ونحوهما الخياران وفي الزرع الثلاثة إن قصر وتأبد بعد الدفن والبذر للقبر حتى يندرس وللزرع حتى يحصد إن لم يقصر وتبطل بموت المستعير وتصير بشرط النفقة عليه إجارة ومؤقتها بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية والقول للمستعير في قيمة المضمونة وقدر المدة والمسافة بعد مضيهما وفي رد غير المضمونة وعينها وتلفها وأنا إعارة لا إجارة

قوله

فصل

ويضمن بالتضمين

أقول قد قدمنا الكلام على هذا قريبا وفي الفصل الذس عقده المصنف لذلك في الإجارات وأما كونها تضمن بالتفريط فلما قدمنا من أن ذلك جناية وخيانة ومن جملته التعدي في المدة والحفظ والاستعمال فإن هذا كله تفريط وكان الاقتصار عليه يغني عن هذا التطويل وأما كونه لا يضمن ما ينقض بالانتفاع فلأن ذلك هو موضوع العارية فلو كان مضمونا لم يكن عارية وأما صحة الرجوع فيها فلكونها من باب التكرم والمسامحة وهي ملكه متى شاء استرجعها ولم يوجب فيها ولا في منافعها حقا لازما للغير

قوله وعلى الراجع في المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء الوقت الخ

أقول إن كان المستعير مأذونا بالغرس والبناء ونحوهما فلا شك أن المعير قد غره بذلك وأوقعه في الغرم فله الخياران أو الخيارات وإن لم يأذن له بذلك بل أعاره عارية مطلقة أو ذكر له مطلق الانتفاع فلا ينصرف مثل ذلك إلى الغرس والبناء ونحوهما بل إلى الانتفاع بالشجر الموجودة ونحوهما في الأرض عند عاريتها وإن لم يكن فيها شجر ولا

ينتفع بها إلا بالزرع كان الإذن المطلق منه متصرفا إلى الزرع إذ لا وجه يحمل عليه العارية ويوجد فيه مطلق الانتفاع في الأرض إلا بالزرع فيثبت للمستعير ما ذكره من

ص 289

الخيارات لأنه مغرور من جهة المعير هكذا ينبغي أن يقال في هذا البحث وأما إطلاق إثبات الخيارات فيما لا يقتضيه الإذن بالانتفاع من غرس أو بناء أو حلية أو ما يشبه ذلك فغير سديد

وأما قوله وتأبد بعد الدفن فلا بد من تقييده بأن المالك أعارة لذلك وأذن له به فإنه بالإذن قد رضي لنفسه ببقاء ذلك القبر في ملكه إذ العرف العام أن الإذن يقتضي ذلك وأما لو أعاره للانتفاع فوقع منه الدفن فينقل الميت من المحل لأن الإذن المطلق لا ينصرف إليه

وأما قوله وللبذر حتى يحصد فقد قدمنا الكلام في الزرع حيث أعاره الأرض للانتفاع بها ولم يوجد وجه للانتفاع بها إلا بالزرع وكلام المصنف ها هنا مبني على الفرق بين دخول الزرع في مطلق الإذن وبين الإذن للمستعير بالبذر مع

تقييد الطرف الأول بالتقصير وهذا الطرف بعدمه والأولى ما قدمه من الخيارات في الصورتين جميعا لأنه غاية العدل بين المعير والمستعير لكن إذا حصل التقصير من المستعير حتى تأخر حصاد الزرع عن المدة المسماة كان عليه أجرة بقاء الزرع وأما كونها تبطل بموت المستعير فظاهر لأن المعير أباح منافع ملكه وله ولم يبحها لغيره وأما كونها تصير شرط النفقة عليه إجارة فوجهه أن العارية هي إباحة المنافع بلا عوض وهذا الشرط قد اقتضى العوض ولكن الأعراف قديما وحديثا أن المستعير ينفق على العين المستعارة ويقوم بما يحتاج إليه ما دامت في يده فيكون هذا مقتضيا لبقائها إعارة وعدم مصيرها إجارة

وأما قوله ومؤقتها بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية فوجهه أن قد فعل ذلك وهو مالك للعين وتصرفه نافذ فيها فيكون له حكم ما فعله في أملاكه من النفوذ ولكن لا وجه لقوله وصية بل قد نفذ ذلك في وقته واستحقه المستعير إلا أن يكون في وقت لا ينفذ فيه تصرفاته إلا من باب الوصايا أو أضاف ذلك إلى بعد موته

قوله والقول للمستعير في قيمة المضمونة

أقول القول في ذلك قول نافي الزيادة والبينة على مدعي الزيادة لأن الأصل

ص 290

عدمها وهكذا قدر المدة والمسافة القول قول نافي الزيادة من غير فرق بين المضي وعدمه لأن المعير وإن كانت دعواه تستلزم أن يكون المستعير غاصبا فدعوى المسعير تلزم إثبات حق له في ملك الغير والأصل عدمه فالرجوع إلى الأصل وهو عدم الزيادة أولى وهذا على تقدير أن المعير ما أراد الرجوع بهذه الدعوى أما لو أراده كان ذلك له من غير تداع

وأما قوله وفي رد غير المضمون فوجهه أنه أمين فيما لا ضمان فيه فيكون القول قوله بخلاف المضمون فإنه فيه ليس بأمين فعليه البينة وهكذا يكون القول قول المستعير في رد عين العارية لأنه أمين وهكذا في تلفها

وأما قوله وأنها إعارة لا إجارة فمع النزاع بينهما في ذلك لا يصح أن يقال إن المدعي للإعارة أمين وحينئذ فهو يدعي

إثبات حق له في تلك العين ومدعي الإجارة يدعي إثبات الأجرة عليه فكل واحد منهما مدع ومدعي عليه وليس أحدهما بقبول قوله أولى من الآخر فيرجع إلى البينة أو التحالف