وقال السبكي ان كان الكلام في حفر حصلت في مدة العارية لاجل الغرس والبنا فالامر كما في المحرر وان كان في حفر حصلت من القلع زايدة على ما حصل قبل ذلك فالراجح وجوب التسوية ثم قال فتلخص للفتوى الفرق بين الحفر لاجل الغرس والبنا وبين الحفر للقلع انتهى وهذا الحمل متعين تنبيه محل الخلاف كما قاله ابن الملقن اذا كانت الحفر الحاصلة في الارض على قدر الحاجة فان كانت زايدة على حاجة القلع لزمه طم الزايد قطعا وان لم يختر اي المستعير القلع لم يقلع اي المعير مجانا لانه وضع بحق فهو محترم بل للمعير الخيار بين أن يبقيه باجرة اي اجرة مثله او يقلع ويضمن ارش نقصه وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قايما ومقلوعا كما في الكفاية قيل او يتملكه اي بعقد ولا يلحق بالشفيع كما يوخذ من كلام الرافعي بقيمته اي مستحق القلع حين التملك كما قاله العمراني فان قيمته تنقص على هذا التقدير ووجه مقابله ان ذلك بيع فلا بد فيه من التراضي وتخييره بين الثلاث هو المعتمد وفاقا للامام والغزالي وصاحبي الحاوي الصغير والانوار وغيرهم ومقتضى كلام الروضة واصلها في الصلح خلافا لما فيها هنا من تخصيص التخيير بالاول والثالث واما ما وقع في الكتاب تبعا لاصله من التخيير بين التبقية بالاجرة وبين القلع مع غرامة الارش دون التمليك بالقيمة لم يذكراه في الشرحين والروضة وجها فضلا عن تصحيح بل لم يذكر غيرهما الا ابو هم كلام التنبيه بل قال الزركشي تبعا للبلقيني ليس في المسالة خلاف كما زعمه الشيخان بل الكل متفقون على التخيير بين الثلاث ونسبه الامام لكافة الاصحاب تنبيه محل التخيير بين الثلاث اذا كان في الارض نقص وكان المعير غير شريك ولم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه والا فيتعين القلع في الاول والتبقية باجرة المثل في الثاني وتاخير التخيير الى بعد الجذاذ كما في الزرع في الثالث لان له امدا ينتظر واذا لم يرض الشريك في الثاني بالاجرة اعرض الحاكم عنهما ومحله ايضا اذا لم يوقف البنا والغراس والا فقال ابن الرفعة وغيره فيتعين تبقيتهما بالاجرة والزركشي يتخير بين ذلك وبين قلعهما بالارش وهذا اوجه ومحله ايضا اذا لم يوقف الارض والا فيتخير بين الثلاث لكن لا يقلع بالارش الا اذا كان اصلح للوقف من التبقية بالاجرة ولا يتملك بالقيمة الا اذا كان في شرط الوقف جواز تحصيل مثل ذلك البنا والغراس من ريعه وبذلك افتى ابن الصلاح في نظيره من الاجارة فرع لو قطع شخص غصنا له ووصله بشجرة غيره فثمرة الغصن لمالكه لا لمالك الشجرة كما لو غرسه في ارض غيره ثم ان كان الوصل باذن المالك فليس له قلعه مجانا بل يتخير المالك بين ان يبقيه بالاجرة او يقلعه مع غرامة ارش النقص او يملكه بالقيمة وان قلنا فيما مر انه يتملك البنا والغراس بالقيمة للفرق الواضح فان لم يختر اي المعير واحدة من الخصال التي خير فيها لم يقلع مجانا اي ليس له ذلك ان بذل بالذال المعجمة اي اعطى المستعير الاجرة لانتفاء الضرر وكذا ان لم يبذلها في الاصح لان المعير مقصر بترك الاختيار راض باتلاف منافعه والثاني يقلع لانه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجانا ثم على الاصح قيل يبيع الحاكم الارض وما فيها من بنا وغراس ويقسم بينهما على ما يذكره بعد فصلا للخصومة

والاصح

والاصح أنه اي الحاكم يعرض عنهما حتى يختارا شيئا اي يختار المعير ما له اختياره ويوافقه المستعير عليه ليقطع النزاع بينهما تنبيه في نسخة المصنف اثبات الالف في يختارا كما رايته بخطه وهو ما في المحرر ولكن الذي في اكثر نسخ الشرحين وفي الروضة بخط المصنف يختار بغير الف وصحح بخطه على موضع سقوط الالف قال السبكي وهو احسن وقال الاسنوي انه الصواب لان اختيار المعير كاف في فصل الخصومة انتهى وقال الاذرعي ان الوجه اثباتها ثم حكى عن جماعة انهم عبروا عن الوجه الاصح بأن يقال لهما انصرفا حتى تصطلحا على شيء قال فافهم ذلك ان قوله يختارا اثبت في النقل واحكم ولم ار في شيء من نسخ الشرحين اسقاط الالف انتهى وهذا اوجه وهو الذي جليت عليه عبارة المصنف تبعا للشارح فان المعير قد يختار ما لا يجبر عليه المستعير ولا يوافقه عليه ثم فرع المصنف على الاعراض عنهما حتى يختارا فقال وللمعير دخولها والانتفاع بها في مدة المنازعة لانها ملكه وله الاستظلال بالبنا والغراس قال الامام والظاهر لزوم الاجرة مدة التوقف وجزم في البحر بان لا اجرة عليه وهو اوجه لان الخيرة في ذلك اليه ولا يدخلها المستعير بغير اذن من المعير للتفرج لانه لا ضرورة به اليه فكان كالاجنبي تنبيه التفرج لفظة مولدة لعلها من انفراج الهم وهو انكشافه كما قاله المصنف في تحريره ولو قال بدلها بلا حاجة لكان اولى ويجوز الدخول للسقي للغراس والاصلاح له او للبنا صيانة لملكه عن الضياع ويجوز ايضا لاخذ ثمر او جريد او نحو ذلك من غراسه نعم لو تعطل نفع الارض على مالكها بدخوله لم يلزمه ان يمكنه من دخولها الا باجرة كما نقله الرافعي عن التتمة واقره تنبيه فهم مما تقرر في المعير عدم جواز الاستناد الى البنا والغراس وبه قطع القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما وحكاه القاضي الحسين ثم استشكله بما مر في الصلح من جواز هذا في جدار الاجنبي واجيب بحمل ما هنا على ما فيه ضرر فاذا لا فرق وان فرق بان المعير حجر على نفسه بعدم اختياره فلهذا منع بخلاف الاجنبي ولكل من المعير والمستعير بيع ملكه من صاحبه ومن غيره كساير الاملاك فان باع المعير لثالث تخير المشتري كما كان يتخير البايع وان باع المستعير كان المعير على خيرته وللمشتري الفسخ ان جهل الحال ولو باعا معا بثمن واحد جاز للضرورة ويوزع الثمن عليهما قال المتولي كما في رهن الام دون الولد وقال البغوي يوزع الثمن بين قيمة الارض مشغولة بالغراس والبنا وعلى قيمة ما فيها وحده فحصة الارض للمعير وحصة ما فيها للمستعير وبهذا جزم ابن المقري في روضه وقيل ليس للمستعير بيعه لثالث لان ملكه غير مستقر فان للمعير تملكه بالقيمة واجاب الاول بان هذا لا يمنع البيع كما في بيع الشقص المشفوع تنبيه قد يفهم كلامه ان للمعير بيعه لثالث قطعا وليس مرادا بل فيه وجه صححه الماوردي والروياني لان مدة بقاء البنا والغراس مجهولة ولو اجر المعير الارض فالمتجه كما قاله الاسنوي الصحة ان امكن التفريغ قبل زمن مضي لمثله اجرة والعارية المؤقتة لبنا او غراس او غيره كالمطلقة فيما مر من الاحكام اذا انتهت المدة او رجع فيها لكن في المؤقتة يجوز له ان يغرس ويبني المدة بعد الاخرى ما لم تنقض المدة او يرجع المعير وفي المطلقة لا يفعل ذلك الا مرة واحدة فان قلع ما بناه او غرسه لم يكن له اعادته الا باذن جديد الا ان صرح له بالتجديد مرة بعد اخرى ذكره الشيخان في الكلام على الزرع

Copyright ... University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)