فانتفى الضمان واما وجود المقتضى للوضع فلانه مكن المودع من اتلاف ماله باثبات يده عليه حقيقة اذ الاتلاف يستلزم
وجود اليد وهذا دليل الوضع به والمانع وهو الاستحفاظ لم يصح لان استحفاظ الصبي والعبد المحجور استحفاظ من ليس باهل
لالتزام الحفظ اما الصبي فالحجر لمعنى في ذاته فلم تصح التزامه اصلا واما العبد وان صح التزامه باعتبار نفسه لكونه مكلفا لكن لا
يصح في حق المولى فلم يصح التزامه بالضمان نظرا للمولى وصح بعد العتق لصحة التزامه في حق نفسه بخلاف الحر المكلف لان الاستحفاظ
صحيح فعارض دليل الوضع بالاتلاف فلم يترتب عليه موجبه **قال** ولو دفع العبد الوديعة الى مثله فهلكت فللاكثر ان يضمن الاول بعد
العتق فقط وخيره في تضمين ايهما شاء للحال وافق الاول والزم الثاني في الحال وقيل بعد العتق رجلا اودع عبدا محجورا وديعة فاودع عند
عبد آخر محجور وقال ابو حنيفة رحمه الله الضمان على العبد الاول وليس على العبد الثاني ضمان ووجهه ان المودع المحجور لا يضمن بالاتلاف
للحال اذا كان عبدا وانما يضمن بعد العتق لما تقدم في المسئلة السابقة والثاني مودع المودع ولا ضمان عليه عنده حتى يتعدى ولم يوجد
منه الجناية ولا التعدي فانتفى سبب الضمان وذكر في المختلف انه له ان يضمن الثاني للحال لانه لم يسلطه المالك ولم يرض بقبضه فصار رضا ما شغله
والثوب اخذ به الحال ولكن الصحيح ما ذكره في غيره من الكتب لانه مودع المودع على ما بينا والمذهب ان لا يضمنه اذا لم يصدر منه جناية فلذلك
قلت في الكتاب فقط اي ليس على الثاني ضمان وقال ابو يوسف له ان يضمن ايهما شاء للحال لان مودع المودع يضمن عنده وكذا المودع المحجور يضمن بالاتلاف
في الحال والدفع منه الى الثاني اتلاف او لانه لما لم يصح قبول الاول عنده وكانه اخذ الوديعة من غير ايداع ولانه ضامن الحفظ لعقده وضمان
العقد لا يلزم فبقي ضمان التسليم وهو مؤاخذ به للحال لانه ضمان فعل واما الثاني فلانه قابض مال غيره بغير اذنه فكان ضمانه ضمان
فعل فيضمن في الحال وقال محمد رحمه الله لا يضمن الاول حتى يعتق كما قال ابو حنيفة رحمه الله واما الثاني والحكم في المنظومة انه لا يضمن ايضا
الا بعد العتق ووجه ما ذكر في المختلف انه لو ضمنه في الحال يرجع به على الاول لانه استعمله وذلك يستلزم تضمين المودع المحجور قبل العتق
وهو لا يقول به والمذكور في التقريب وشرح مختلف الفقيه انه له تضمين الثاني في الحال عنده اما الاول فلان الضمان ضمان عقد ولا يلزم الا بعد
العتق واما الثاني فلانه قبض ملك غيره بغير امره فصار ضمان فعل فيلزمه في الحال وهذا الاختلاف محمول على اختلاف الروايتين طلبا
للتوفيق فتعليلهما في المتن **قال** او عبد ثالث مثلهما فالاول كالاول والثاني ضامن للحال فقط وخيره في ايهم شاء وخيره في الاخيرين فلو اودع
العبد الثاني تلك الوديعة والصورة بحالها عند ثالث محجور عليه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يضمن الاول الا بعد العتق ويضمن الثاني للحال
دون الثالث وهذا معنى قولنا فالاول كالاول اي حكم العبد الاول في هذه المسئلة حكم العبد الاول في المسئلة الاولى واما الثالث فلانه
مودع المودع ولا فعل له فيه فلا ضمان عليه واما الاول فلما مر واما الثاني فلانه وان كان مودع المودع الا انه فرط بالتسليم الى الثالث
فيضمن للحال وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يضمن في الحال ايهم شاء كما يقتضيه اصل مذهبه لان الاول سلم مال غيره بغير اذنه وضمان
التسليم لا يتأخر وكذلك الثاني والثالث قبض مال غيره بغير اذنه فكان ضمانه ضمان فعل فله ان يأخذ به ايهم شاء للحال وقال محمد رحمه الله
يضمن الاول بعد العتق لانه ضامن الحفظ بالعقد ولا يلزمه في الحال فيتأخر الى زمان العتق وهو بالخيار في الاخيرين لان كلا منهما قبض مال غيره
بغير اذنه وكان ضمان فعل فيؤاخذ به في الحال

كتاب العارية

قال العارية مشتقة من التعاور الذي هو التداول وسمي هذا العقد به لوجود التداول في العين المعارة
وتناول الايدي عليها ويجوز ان يكون من العرية اي العطية الا ان العرية مختصة بالاعيان والعارية بالمنافع ويجوز ان يكون
التسمية لتعري هذا العقد عن العوض وهو عقد مندوب اليه لما فيه من قضاء حاجة المسلم قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى
وذم المانع لها بقوله ويمنعون الماعون اي العواري من القدر والفاس والقدوم ونحو ذلك واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان
ولما كان التمليك تارة بعوض واخرى بغير عوض والاعيان قابلة لكل منهما كانت المنافع كذلك فالاجارة بعوض والاعارة بغير
عوض **قال** وهي تمليك المنافع بغير عوض اختلفت عبارات اصحابنا في تفسير العارية فالمشهور وهو اختيار ابي بكر الرازي

وهو

١٨٤

وهو الصحيح انها هبة المنافع وقال ابو الحسن الكرخي اباحة المنافع والذي حمله على ذلك ان المستعير ليس له ان يؤجر ولو ملك المنفعة
ملك اجارتها ووجه الاول ان المستعير له ان يعير غيره ولو كانت اباحة لما ملك ذلك فان من ابيح له الطعام لم يكن له ان يبيحه لغيره وانما
لم تجز الاجارة لان المستعير ملك المنافع على وجه لا ينقطع حق المالك عنها فلو جاز له الاجارة لتعلق بالاجارة استحقاق الفسخ برجوع
المعير فيها ولان الاجارة اقوى والزم من الاعارة والشيء لا يستتبع الادنى فلان لا يستتبع الاقوى **قال** ولا يكون الا فيما ينتفع به
مع بقاء عينه فاذا اعار مكيلا او موزونا كان قرضا حقيقة العارية ان تهب المنفعة والعين قائمة كالثوب والعبد والدار والدابة وما
الى ذلك من الزوائد وعلى هذا اذا اعاره ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه يسمى ذلك اعارة مجازا وانما هو قرض في المعنى كالدراهم
والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب وذلك لان الاعارة لما كانت تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها
اقتضى ذلك تمليك العين لوجهين الهبة والقرض لان القرض ادناهما فيثبت او يقول من قضية الاعارة الانتفاع بالمنفعة ورد العين
فاقيم هنا المثل مقام العين وهذا فيما اذا اطلق العارية فان قيد اعارة الدراهم مثل ان يزين بها موضعا او يعيرها ميزانا فيقيد
بما قيده به وصار كما اذا استعار آنية للتجمل او سيفا محلى يتقلد به **قال** ونجعلها امانة العارية امانة اذا هلكت من غير تعد
لم يضمن المستعير وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قابض مال غيره قبضا غير مستحق فيضمن والاذن بالقبض ثابت ضرورة ثبوت الاذن
بالانتفاع وما ثبت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة فيثبت موجبه في المقبوض من حيث اطلاق الانتفاع منه خاصة وينتفي الاذن فيما
يرجع الى العين عدما وهذا لان عقد الاعارة وارد على المنفعة لا العين فكان الاذن في قبض العين ضروريا للتمكن من الانتفاع فلا يظهر
فيما وراء الانتفاع وصار كالمقبوض على سوم الشراء **ولنا قوله** عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان اي غير المتعدي
عما اطلق له ولان الضمان هاهنا اما بالعقد او بالتعدي والعقد لا ينبني على الضمان لانه موضوع للتبرع بالمنافع ملكا او اباحة
والقبض لم يقع تعديا لانه ماذون فيه من قبل المالك لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد القبض فيكون الاذن بالانتفاع اذنا بما يتوقف عليه
بالضرورة فلا يكون متعديا مع انه ماذون فيه قصدا او ضرورة الاذن بالانتفاع الذي لا يمكن الا به فلم يتجاوز ما حد له فلا يكون
متعديا بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد **قال** وتصح باعرتك ومنحتك هذه الدار
وحملتك عليها اذا لم يرد به الهبة واخدمتك هذا العبد وداري لك سكنى او سكنى عمرى اما اعرتك فلحقيقته في الباب واما منحتك
هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد بهما الهبة لان اللفظ موضوع لهبة العين فاذا لم يرد بهما ما وضع له اللفظ حمل على
هبة المنافع مجازا واما اخدمتك هذا العبد فلانه اذن صريح في الاستخدام وهو معنى الاعارة واما داري لك سكنى فمعناه اي
سكنى داري لك وكذلك قوله سكنى عمرى اي سكناها لك عمرك **قال** وللمستعير ان يعير ما لا يختلف بالاستعمال قال اصحابنا للمستعير
ان يعير ما استعاره بشرط ان لا يختلف باختلاف المستعملين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك على الاظهر لانه مستبيح بالاذن كالضيف
ولان العارية اباحة المنافع فلا يملك اباحتها غيره وهذا لان المنافع معدومة فلا يقبل التمليك وانما نزلت في الاجارة مقام
الاعيان للضرورة وهي مندفعة هاهنا بالاباحة **ولنا انها** تمليك المنافع على ما مر فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة
كما اعتبرت المنافع قابلة للملك في الاجارة اعتبرت هاهنا دفعا للحاجة وانما قيد بالجواز بما لا يختلف بالاستعمال لان للغير رضي
باستعماله دون غيره ففي جوازه مع الاختلاف الحاق ضرر بالمعير وهو مدفوع عنه ثم الاعارة على وجوه **اربعة** احدها
ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع كمن استعار دابة او ثوبا ولم يبين وقتا ولا عين مستعملا فله ان ينتفع بذلك اي نوع شاء في
اي وقت شاء عملا بالاطلاق **والثاني** ان يقيد كل منهما بان استعار ليستعمله بنفسه فليس له ان يتجاوز ذلك عملا بالتقييد الا ان
يكون الخلاف الى مثل ذلك او خير منه **والثالث** ان يكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع فان استعارها ليحمل عليها
حنطة فله ان يحمل الحنطة متى شاء في اليوم فان امسكها بعد الوقت ضمن ان انتفع بها في اليوم الثاني وقيل يضمن بمجرد الامساك

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1