ما صاحبه الضمان وضمن عليه فلو دفعه الى صاحبه برئ منه وضمن بدتع هذا كلامه وفي موضعين منه اشكال احدهما
ان وجوب الارسال مع كون الصيد ملكا لآدمي وحق الآدمي مقدم على حق الله تع غير ظاهر واما الذي تقتضيه
الدليل رده على مالكه ووجوب الجزاء لله تع الثاني وجوب القيمة للمالك المحل لو تلف في يده بغير تعد مع عدم
اشتراط الضمان ايضا غير ظاهر لان غايته ما هناك انها عارية فاسدة وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
ولان المالك لما اعاره فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية فلا وجه لتضمينه فالحاصل ان
الذي يقتضيه النظر خلاف الامرين لكن لم اظفر الى الآن بمخالف فان المص في التحرير قد صرح بالثاني وكذا المحقق في
الشرايع قوله ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال الملك المحرم عنه ولا اثبات سلطنة تختص آخر عليه
وسياتي في عبارة الكتاب في الفروع ما يدل على خلاف ما ذكره هنا والذي في كره خلاف هذا فانه قال ولو كان
الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فان قلنا المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل لانه اعارة ما لا يملكه
ملكا له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعارة وان كان يجب عليه الارسال وان قلنا لا يزول صحت الاعارة
وان كان يجب عليه الارسال وان قلنا لا يزول وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده هذا كلامه وفيه اعتراف بتعدي المحرم
بالاعارة وهو الاصح لكن قوله وان قلنا لا يزول صحت الاعارة وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده فيه نظر لان صحة
الاعارة مع وجوب الارسال ورفع السلطنة مشكل واثبات القيمة اشكل لان العارية تقتضي عدم الضمان
الا ان يراد بالقيمة الجزاء لله تع والقيمة للمالك يقتضي عدم الثبوت هنا فان تم هذا فهو دفع للاشكال الثاني من
الاشكالين السابقين قوله ولا يجوز اعارة الجواري للاستمتاع ويجوز للخدمة وان كان المستعير اجنبيا فان العلامة
في كره لا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع على الاشهر وكانه يريد بذلك الاشارة الى ما حكي من خلاف بعض
في ذلك ومنع الشافعي من اعارة الجارية الشابة للخدمة ممن لا تؤمن وعندنا يجوز على كراهية مغلظة قوله ويحرم
اعارة العبد المسلم من الكافر فهذا رجوع عما ذكره في التجارة الا على بعض المحامل التي نزلنا عليها العبارة هناك
ولو قال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز لكن لا يجب وجه القرب وجود المقتضي وانتفاء المانع ويحتمل
العدم لان مقتضى العارية عدم العوض فيعقد تكون فاسدة ويدفعه ان المذكور شرط لا عوض ولا ريب ان العارية
عقد تقبل الشروط التي لا تنافي مقتضاها وليس الشرط عوضا انما العوض ما جعل مقابلا لهذا فهذا والاصح الجواز
ولا يجب على المستعير عارية باشتراط المعير للاصل وانتفاء المقتضي وزعم بعض العامة ان هذا اجارة فاسدة
وليس بجيد كما ذكرناه قوله وليس على واحد منهما اجرة اي ليس على المعير الاول اجرة للآخر لان بناء العارية على التبرع
قوله اما لو لم يعر الثاني فالاقرب الاجرة وجه القرب انه لم يبح له الانتفاع مطلقا بل مع الشرط فاذا لم يحصل كان
المطالبة بالعوض ويحتمل العدم لان العارية لا عوض فيها وقد تحققت وجوابه انه وان لم يكن فيها عوض الا ان
الاذن في الانتفاع قد حصل فينتفي بانتفائه فان قيل الاذن في الانتفاع قد حصل في الجملة وغاية ما تقتضيه
التسلط على الفسخ بدون فعله كما لو باع بشرط فان الملك ينتقل ومع عدم الشرط يتسلط على الفسخ نعم لو كان
المذكور عوضا لاشترط ذلك لكن تكون اجارة فاسدة لا عارية قلنا لما كان عقد العارية في غاية الضعف
وهذا يعول فيه على قراين الاحوال كالظرف الذي فيه الهدية والقصعة المبعوث فيها الطعام فانه يجوز اكله
منها وكذا تمرته في غاية الضعف وهي يخرج اباحة الانتفاع انتفت عارية بادنى سبب بخلاف العقود اللازمة
او المثمرة للملك وايضا فان البيع مثلا مبني على اللزوم وعدم فعل الشرط يوجب تزلزله وجواز فسخه ان الشرط

فيه نظر لان الواجب على المحرم ارسال الصيد ورفع السلطنة عنه

ويمكن ان يقال ان الواجب عليه ارسال [illegible] وجه ضمانه للمالك [illegible] ضمانه اطلاق النصوص [illegible]

ذلك

في ذلك واما العارية فان اثر العقد هو الاباحة التي لا شيء اضعف منها وجوازه ثابت على كل حال فلا بد للشرط من اثر
وليس الا عدم جواز الانتفاع بدونه فيمتنع منه الا بعد فعل الشرط وبه صرح في كره والذي ذكره الشارح جواز الفسخ
بدون الشرط فينتفي منع العين فيثبت الاجرة وهذا الوجه انما يؤثر فيما يستقبل اما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ
فلا قوله ولو قال اعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة بعشرة دراهم
ووجهه ان لفظ العارية وان كان حقيقة في العقد المخصوص الا ان التصريح بالعوض هنا فيه فينطبق على الاجارة
من حيث المعنى فان المالك لم يبذل المنفعة مجانا بل بعوض فاذا فات لفساد العقد وجبت اجرة المثل لتلك المنفعة
التي تلفها فان قيل هذا لا يقتضي كونها اجارة فاسدة كما ذكره المص لان هذا الحكم ثابت مع كونها عارية فاسدة
والاصل في اللفظ كونه حقيقة والمجاز يحتاج الى الدليل ومع ذلك فالعقود بالقصود فمع قصد العارية كيف
يكون اجارة فيكون عارية فاسدة وهو احد وجهي الشافعية والتحقيق ان يقال ان اراد المص بقوله فهي اجارة
فاسدة انها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ومن حيث الحكم باعتبار وجوب اجرة المثل اذ
المالك لم يبذل المنفعة مجانا وامتناع معنى العارية هنا لانتفاء التبرع بالمنفعة التي مدار العارية عليه
فهو حق وان اراد ان لفظ العارية مراد به الاجارة البتة ولا يقع على هذا التقدير اسم العارية الفاسدة فليس كذلك
ومن اين يعلم هذا والاصل في الاستعمال الحقيقة والعقود تابعة للقصود نعم شبهه بالاجارة الفاسدة اكثر فلعل المص
اراد هذا المعنى فيندفع الاشكال عن كلامه واعلم ان صاحب الشرايع ذهب الى جواز الاجارة بلفظ العارية
فاذا ضبطت المنفعة والعوض وقصد باللفظ الاجارة مجازا صح عنده الا انه بقصد الاجارة يخرج عما
نحن فيه وسياتي تحقيق ذلك ان شاء الله تعالى قوله لو اذن الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة لا
شك في الجواز مع المصلحة والعبرة باذن الولي لا بعبارة الصبي قوله وكذا غيرها اي ويجوز استعارة غير
الشاة للحلب من الانعام ونحوها قوله الفصل الثاني في الاحكام وهي اربعة الاول الرجوع العارية
عقد جايز من الطرفين الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى ان يندرس اثر المدفون لما في النبش من هتك
حرمة المسلم قال في كره ولا نعلم فيه خلافا ولا يخفى ان المرجع في اندراس المدفون الى الظن الغالب قوله
فان غرس او زرع فللمالك القلع مجانا وله المطالبة بالقلع ويجبر عليه المغارس لانه غاصب قوله ولو رجع بعد
البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس والزرع فيكون عدم الاجابة وهو
مقابل الاقرب محتملا في كل من الصورتين وقد صرح الشارح بان الخلاف انما هو فيما اذا اعاره للبناء او الغرس
مدة معينة ثم رجع قبل ادراكه اما ما عدا ذلك فان للمعير الرجوع اجماعا وكلام الشيخ في ط في العارية وكذا في
كلام ابن ادريس في السرائر مصرح بالمنع من الرجوع في الموضعين المذكورين خاصة لكن هذا لا يدل على ما
ادعاه من الاجماع ولا ريب ان ظاهر عبارة المص هنا وفي الصلح عدم الفرق بل كلامه في الصلح ادل حيث انه
فرض المسئلة التي هي موضع الخلاف في البناء ولم يذكر العارية للزرع بحيث يحتمل اختصاص الاحتمال بها وقد
صرح الشارح هناك بما يقتضي تعميم الخلاف حيث قال وقال الشيخ وابن البراج ليس له الرجوع بعد لان
اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك المعير ذلك كما لو اعاره ارضا للدفن هذا كلامه ووجه
ان بناء العارية على الجواز واللزوم يحتاج الى دليل وهو منتف واللزوم في الدفن خرج بالاجماع والقياس
باطل مع وجود الفرق فان هتك حرمة المسلم لا بدل لها بخلاف ما يتلف من المال بالقلع فان له بدلا فان قيل

Copyright King Saud University

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