

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

الشروط التي يصير بها الركن إعارة .

فصل : و أما الشروط التي يصير الركن بها إعارة شرعا فأنوع : منها العقل فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل و إما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون لأنها من نوع توابع التجارة وأنه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها و عند الشافعي لا يملك و هي مسألة كتاب المأذون و كذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك .
و منها : القبض من المستعير لأن الإجارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهببة .

و منها : أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح إعاراته لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إلا إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما نذكره في موضعه .

فصل : و أما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضوعين : .
أحدهما : في بيان أصل الحكم .

و الثاني : في بيان صفةه أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا و عادة عندنا و عند الشافعي إباحة المنفعة حتى يملك المستعير الإعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الإجارة و عنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة من غيره .

وجه قول الشافعي : دلالة الإجماع و المعقول : أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل و لو كان تملك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة و كذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية و لو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر .

و أما المعقول : فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدوم لا نعدام المنفعة حاله العقد و المعدوم لا يتحمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكما للضرورة و لا ضرورة إلى الإعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم .

ولنا : أن المعتبر سلطه على تحصيل المنافع و صرفها إلى نفسه على وجه راالت يده عنها و التسلط على هذا الوجه يكون تملكها لا إباحة كما في الأعيان و إنما صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المنافية إلى المنازعه و الجهالة في باب العارية لا تفضي

إلى المنازعه لأنها عقد جائز غير لازم و لهذا المعنى لا يملك الإجارة لأنها عقد لازم الإعارة عقد غير لازم فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم و كل ذلك باطل .

و قوله : المنافع منعدمة عند العقد قلنا : نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة و هذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضارف إلى حين و جود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فلم يكن بيع المدعوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان .

و على هذا تخرج إعارة الدرهم و الدنانير أنها تكون قرضاً لا إعارة لأن الإعارة لما كانت تملiek المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين و لا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها و لا سبيل إلى ذلك إلا بتصرف في العين في المنفعة و لا يمكن تصحيحاً إعارة حقيقة فتصح قرضاً مجازاً لوجود معنى الإعارة فيه حتى لو استعار حلباً ليتجمّل به صح لأنّه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فأمكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز و كذا إعارة كل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالكميالت و الموزنات يكون قرضاً لا إعارة لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا بالعين إلا إذا كان ملحاً بالمنفعة عرفاً و عادة كما إذا منح إنساناً شاتاً أو ناقة لينتفع ببلبنها و وبرها مدة ثم يردها على صاحبها لأن ذلك محدود من المنافع عرفاً و عادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة و السلام : [هل من أحد يمنح من إبله ناقة أهل بيته لا در لهم] و هذا يجري مجرّد الترغيب كمن منح و رق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة .

و كذا لو منح جدياً أو عنقاً كان عارية لأنّه يعرض أن ينتفع بلبنه و صوفه و يتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار و ما لا يملكه فنقول و با ١٠ التوفيق :

جملة الكلام فيه : أن عقد الإعارة لا يخلو من أحد و جهين : إما إن كان مطلقاً و إما إن كان مقيداً فإن كان مطلقاً بـأأنّه دا به إنساناً و لم يسمّي مكاناً و لا زماناً و لا الركوب و لا الحمل فله أن يستعملها في أيّ مكان و زمان شاء و له أن يركب أو يحمل لأنّ الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه و قد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أنّ مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل و لا يستعملها ليلاً و نهاراً ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبته يضمن لأن العقد و إن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيّد بالعرف و العادة دلالة كما يتقيّد نصاً و له أن يغير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا لأنّ إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه

متصرفا في ملك نفسه إلا أنه لا يملك الإجرة لما قلنا .

فإن آجر و سلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبا فإن شاء ضمنه و إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب إلا أنه ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه .

و إن ضمن المستأجر فإن كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير و إن لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغورا من جهة المستعير فيرفع عليه بضمان الغرور و هو ضمان الكفالة في الحقيقة و إذا كان عالما لم يصر مغورا من جهته فلا يرجع عليه و هل يملك الإيداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق : و هو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإيداع فإذا أنها دون الإعارة .

و قال بعضهم : لا يملك استدلاً بمسألة مذكورة في الجامع الصغير و هي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن و معلوم أن الرد على يده إيداع إيه و لو ملك الإيداع لما ضمن و إن كان مقيدا فيراعي فيه القيد ما أمكن لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة و نحو ذلك فلغا الوصف لأن ذلك يجري مجرى العبث ثم إنما يراعي القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقا فيما و راه فيراعي عند الإطلاق فيما و راه .

بيان هذه الجملة في مسائل : إذا أغار إنسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيّرها من غيره و كذلك إذا أغاره ثوبا على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره و اعتبار هذا القيد ممكّن لأنّه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب و الثياب ركوبا و لبسها فلزم اعتبار القيد فيه فإن فعل حتى هلك ضمن لأنه خالف و إن ركب بنفسه و أردف غيره فعطبته فإن كانت الدابة مما تطبيق حملهما جميعا يضمن نصف قيمة الدابة لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف و إن كانت الدابة مما لا يطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لأنه استهلكها .

ولو أغاره دارا ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره المملوك بالعقد السكنى و الناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقليد بسكناه مفيدا فيلغو إلا إذا كان الذي يسكنها إيه حدادا أو قصرا و نحوهما من يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها إيه و لا أن يعمل بنفسه ذلك إيه و لا أن يعمل بنفسه ذلك لأن المعير لا يرضى به عادة و المطلق يتقيّد بالعرف و العادة كما في الإجارة .

و لو أغاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لأن الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر و لو أغارها على

أن يحمل عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعيراً أو دخاناً أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً و القياس أن لا يكون ذلك حتى إنها لو عطبت لا يضمن استحساناً و القياس و أن يضمن و هو قول زفر لأنه خالف .

و جواب الاستحسان : أن هذا و إن كان خلافاً صورة فليس بخلاف معنى لأن المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً و صار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فإن لا يكون مخالفًا حتى لا يضمن كذا هذا .

و لو قال : على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تيناً أو آجراً فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطلت نظر في ذلك فإن كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لأن حمل ما لا تطبق الدابة إتلاف للدابة و إن كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال : على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوماً فعطلت يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمتها لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بأن قال : على أن تستعملها في مكان كذا في المصر بتقييد به و له أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان فبقي مطلقاً فيما و رأه لكنه لا يملك أن يحاوز ذلك المكان حتى و لو جاوزه دخل في ضمانه و لو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسلیم إلى المالك يضمن و هذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الآخر و كان يقول : أولاً يبرأ عن الضمان كالموعد إذا خالف ثم هاد الوفاق ثم رجع .

و وجه الفرق بين العارية و الوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة و كذلك لو قيدها بالزمان بأن قال : على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيما و رأه لكنه بتقييد بالزمان حتى لو مضى اليوم و لم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا و كذلك لو قيدها بالحمل . و كذلك لو قيدها بالاستعمال بأن قال : على أن يستعملها حتى لو أمسكتها و لم يستعملها حتى هلكت يضمن لأن الإمساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار و التعين قوله مع اليمين دفعاً للتهمة