



كتبة البنين
قسم الدوريات

لولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

العدد العاشر ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م

غبيوم محسن بـ - د. المدحت

**ضمان العارضة
وتطبيقاته المعاصرة
في الفقه الإسلامي**

دكتور
محمد حسين قنديل
الأستاذ المساعد بقسم الفقه والأصول

■ مقدمة ■

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد ابن عبد الله ﷺ وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين آمين.

وبعد:

فإن العارية من العقود التي ترد على الانتفاع بالعين من غير مقابل، فهي من عقود التبرع التي حضر الشارع عليها، ورغم فيها، وجعلها من التعاون المطلوب في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِلَهِ وَالنَّقْوَى﴾^(١).

ولقد ذم الحق تبارك وتعالى مانع العارية، فقال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٢)، ولما كان الضمان في العارية محل خلاف بين الفقهاء، أثرت أن أتناوله بالدراسة المقارنة لبيان سبب الخلاف، والوصول إلى الرأي الراجح الذي يمكن العمل به، والاعتماد عليه في القضاء والفتوى.

وجعلت منهجي في هذه الدراسة:

- ١ - ذكرت أقوال الفقهاء في كل مسألة لها تعلق بالموضوع.
- ٢ - وبعد كل قول ذكرته أداته، ثم بينت وجه الدلالة منها.
- ٣ - ناقشت أدلة كل قول، وذكرت الإجابة عن المناقشات إن وجدت.
- ٤ - ثم رجحت ما ظهر لي ترجيحه، وذكرت سبب ذلك.

وقد قسمت الدراسة إلى: تمهيد، وخمسة مباحث، وخاتمة.

بينت في التمهيد تعريف العارية، والضمان.

وتكلمت في البحث الأول عن يد المستعير هل هي يد ضمان أوأمانة؟

وخصصت البحث الثاني للحديث عن اشتراط الضمان في العارية و عدمه.

وأوضحت في البحث الثالث حكم العارية إن تلف شيء من أجزائها، أو تلف ولدها.

(١) سورة المائدة : الآية (٢)

(٢) سورة الماعون : الآية (٧)

وخصصت المبحث الرابع للحديث عن تقدير الضمان.

وتكلمت في المبحث الخامس عن التطبيقات المعاصرة وذلك من خلال بعض الصور
التي يجب فيها ضمان العارية.

وأوضحت في الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها من البحث والدراسة.
وأسأل الله جلت قدرته أن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا آمين، وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



■ تمهيد ■

ويتضمن تعريف العارية، والضمان.

* أولاً: تعريف العارية:

العارية في اللغة^(٣): إعارة الشيء إعارة، وعارة أعطاه إيه عارية، وعاوره الشيء أعطاه إيه عارية. والعارية والعارة: ما تداولوه بينهم.

والتعاونة والتّعاور: شبه المداوله، والتداول في الشيء يكون بين اثنين، وقيل: هي مشتقة من التعاون، وهو التناوب، فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء.

قال الجوهري: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيوب. وإنما ظهرت الواو في اعتوراء لأنه في معنى تعاوروا، فبني عليه كما ذكرنا في تجاوروا. وقال الأزهري: والعارية: منسوبة إلى العارة، وهو إسم من الإعارة. تقول: أعرته الشيء أعيره إعارة وعارة.

* العارية في اصطلاح الفقهاء:

قال الحفيفي^(٤): هي تمليل المنافع بغير عوض. وكان الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير.

وقال المالكية^(٥): مصدرأً : تمليل منفعة مؤقتة لا بعوض.

واسماً : مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض.

وقال ابن شاس وابن الحاجب: هي : تمليل منافع العين بغير عوض. والعرف إنما هو استعمالها اسمأً.

وقال الشافعية^(٦): هي إسم لما يعار وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع ما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور ٤ / ٣١٦٨ . دار المعرفة، معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس ٤ / ١٨٤ ، مكتبة الخانجي بمصر، شرح العناية على المدایة للبابري مع شرح القدير ٧ / ٤٦٤ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٤) انظر: المرجح السابق.

(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٢٦٨ ، دار الفكر.

(٦) نهاية الحاج للرملي ٥ / ١١٧ ، مصطفى الباي الحلبي وأولاده بمصر.

وقال الخنابلة^(٧): العارية : هي العين المأخوذة للانتفاع بها بلا عوض .
والإعارة : إباحة نفعها لا هبته بلا عوض .

وقال الشيعة^(٨) : هي إباحة المنافع من دون ملك العين .

وما سبق يتضح لنا أن التعريفات تنصهر في اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن العارية تملك المنافع بغير عوض .

والاتجاه الثاني : يرى أن العارية إباحة الانتفاع بملك الغير .

دليل الاتجاه الأول^(٩) : العارية تتعقد بالفظ الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ،
والنهي يعمل فيه ، ولا يملك الإجارة من غيره .
وكل من ذلك يدل على أنها إباحة .

أما الأول ، فلأن التملك لا ينعقد بلفظ الإباحة . وأما الثاني ، فلأن التملك يقتضي
أن تكون المنافع معلومة ، لأن تملك المجهول لا يصح ، ولا يعلم إلا بضرب المدة ، وهو
ليس بشرط فكان تليكاً للمجهول ، وأما الثالث ، فلأن المغير يملك النهي عن الاستعمال ،
ولو كان تليكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع ، وأما الرابع ، فلأن
المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع ، فلو كانت الإعارة تليكاً لجاز له ذلك كما
في الإجارة والهبة .

دليل الاتجاه الثاني^(١٠) : أنها تنبئ عن التملك ، فإن العارية من العريمة وهي العطية ،
وهذا تتعقد بلفظ التملك ، والمنافع قابلة للملك كالأعيان ، والتملك نوعان بعوض ،
وبغير عوض ، ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذا المنافع ، والجامع دفع الحاجة ، ولفظة
الإباحة استعيرت للتملك كما في الإجارة ، فإنها تتعقد بلفظة الإباحة ، وهي تملك .

الرد على ما سبق من الاستدلال في الاتجاه الثاني : قال صاحب تكملة فتح
القدير^(١١) : فيه بحث من وجهين :

أحدهما : أن للخصم أن يمنع كون العارية من العريمة التي هي العطية ويقول بل هي من
العار كما ذكر في الصحاح ، أو من العارة كما ذكر في المغرب ، أو من التعاور كما

(٧) مطالب أول النهي في شرح غایة المحتوى للشيخ مصطفى السيوطي الرحبياني ٣/٧٢١-٧٢٢، المكتب الإسلامي بدمشق .

(٨) انظر : الروض النضير للصنعاني المتوفى (٢٢١هـ / ٣/ ٣٧٨)، دار الجليل ، بيروت .

(٩) شرح العناية على المداينة المطبوع مع شرح فتح القدير ٧/ ٤٦٤ .

(١٠) انظر : المداينة المطبوع مع شرح فتح القدير ٧/ ٤٦٥-٤٦٤ .

(١١) انظر : تكلمة فتح القدير ٧/ ٤٦٤ - ٤٦٥ .

ذكر في المبسوط ، وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت إنباء لفظ العارية عن التمليلك .

وثانيهما: أن للشخص أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليلك لا يدل على كونها بمعنى التمليلك دون الإباحة ، لجواز أن يكون لفظ التمليلك هناك مستعاراً لمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتسليلك ، كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الإباحة أن لفظة الإباحة استعيرت للتسليلك على ما سيأتي .

* الرأي الراجح في الموضوع:

بعد العرض السابق يتضح لي أن رأي القائلين بأن العارية اباحة الانتفاع بملك الغير غير عوض هو الراجح لقوة أداته ، ولأن علماء الحنفية بعد أن قالوا بما جاء في الاتجاهين السابقين ، ورد كل فريق على الآخر ، قال البابري^(١٢): ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك ، وليس في كلام المصنف ما ينافي ظاهراً ، فالحمل عليه أولى .

* ثانياً: تعريف الضمان^(١٣):

* الضمان في اللغة: يعني الالتزام ، تقول: ضمنت المال ، إذا التزمته . ويتعدى بالتضعيف ، تقول: ضمته المال: إذا الزمته إياه . ويأتي بمعنى الكفالة ، تقول: ضمن الشيء ضماناً ، فهو ضامن وضمين ، إذا كفله .

كما يأتي بمعنى التغريم . تقول: ضمته الشيء تضميناً إذا غرمته فالالتزام .

* الضمان في اصطلاح الفقهاء: عرفه الحنفية بما عرفا به الكفالة ، فقالوا^(١٤): هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة . وقيل في الدين ، والأول أصح .
وعرفه المالكية بأنه^(١٥): شغل ذمة أخرى بالحق .

وعرفه الشافعية فقالوا^(١٦): يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة . ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك .

(١٢) انظر: شرح العناية على المدابة مع فتح القدير ٤٦٥ / ٧.

(١٣) انظر: المعجم الوسيط ١ / ٥٤٤ ، إدراك إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ، الصحاح للرازي ص ٣٠٤ ، دار الخانة ، لبنان .

(١٤) انظر: شرح العناية على المدابة المطبوع مع شرح فتح القدير ٦ / ٢٨٣ .

(١٥) مواهب الخليل للخطاب ٥ / ٩٦ ، مطبعة السعادة بمصر .

(١٦) مفتني المحاج لمحمد الشربيني الخطيب ٢ / ١٩٨ ، مصطفى البافى الحلبي وشركاه ، مصر .

وعرفه الحنابلة فقالوا^(١٧) : هو : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الإلتزام ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها في الحياة والموت .

ونلحظ من تعريف الفقهاء للضمان أنهم أطلقوا على المعاني الآتية :

أ - أطلق على كفالة النفس ، وكفالة المال ، كذلك استعمله جمهور الفقهاء ، - من سوى الحنفية - ، إذ عنونوا الكفالة بالضمان .

ب - وأطلق أيضاً على غرامة المخالفات والغصوب والتعميمات والتغييرات .

ج - كما أطلق على ضمان المال ، بعقد وبيغير عقد .

د - وأطلق على وضع اليد على المال ، بحق وبيغير حق - على العموم - .

وبعد أن ذكر الدكتور محمد فوزي فيض الله ، المعاني السابقة قال^(١٨) : ويمكن وضع تعريف للضمان يشمل المعاني السابقة ، وهو : (شغل الذمة بحق ، أو بتعويض عن ضرر) .

(١٧) انظر : المقنع لابن قدامة المقدسي ٢/١١٢-١١٣، الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ، دولة قطر.

(١٨) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوزي فيض الله ص ١٤ - ١٣، مكتبة دار التراث، الكويت.

المبحث الأول

في: آراء الفقهاء في حال المستعار في يد المستعير

أجمع أهل العلم على أن المستعير إذا أتلف الشيء المستعار عليه ضمانه^(١٩)، واختلفوا في وجوب الضمان عليه إن تلفت العارية من غير جنائية على أقوال:

القول الأول^(٢٠): قال سفيان الثوري، وأصحاب الرأي، وإسحاق بن راهويه، وشريح، والحسن، وإبراهيم النخعي: إن العاريةأمانة في يد المستعير إلا إذا تعدى فيها فيضمن بالتعدي، وروى هذا عن عمر، وعلي، وابن مسعود.

وفصل الظاهرية ما سبق فقالوا: العارية غير مضمونة إن تلفت من غير تعدي المستعير، وسواء ما غيب عليه من العواري، وما لم يغب عليه منها، فإن ادعى عليه أنه تعدى، أو أضاعها حتى تلفت، أو عرض فيها عارض، فإن قامت بذلك بينة أو أقر: ضمن بلا خلاف، وإن لم تقم بينة ولا أقر: لزمه العين وبرئ لأنه مدعى عليه وقضى رسول الله ﷺ باليمين على المدعى عليه.

* أدلة القول الأول:

١ - قوله تعالى^(٢١): «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَ حَمَّ مِنْ نَبْطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِنَجَرَةً عَنْ زَاضِ مِنْكُمْ». وقال رسول الله ﷺ: (إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم) رواه الإمام مسلم^(٢٢).

فصح أن مال المستعير حرم إلا أن يوجهه نص قرآن أو سنة، ولم يوجهه قط نص منها. وقال الله تعالى: «مَاعَى الْمُخْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ»^(٢٣)، وقال تعالى: «إِنَّمَا السَّيِّلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْعُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ»^(٢٤).
ومال المستعير ما لم يتعد ولا ضيق: محسن فلا سبيل عليه بنص القرآن، والعزم سبيل بيقين فلا غرم عليه^(٢٥).

(١٩) الإشراف على مناهم أهل العلم للنيسابوري ١/٢٧٠، تحقيق محمد نجيب سراج الدين، دار الثقافة بالدوحة.

(٢٠) بذائع الصنائع للكاساني ٥/٣٩٠٦-٣٩٠٥، مطبعة الإمام بمصر، المفتي لابن قاسمٰ ٥/٢٢١، عالم الكتب، المحل لابن حزم ١٦٢/١٠، مكتبة الجمهورية العربية، مصر.

(٢١) مشكاة المصايخ للتبريزي ٢/٧٨٥، رقم ٢٥٥٥، المكتب الإسلامي.

(٢٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢٣) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٢٤) المحلى ١٠/١٧١.

٢ - حديث عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن النبي ﷺ قال: (ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان). قال الدارقطني: (عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروي عن شريح القاضي غير مرفوع، ثم أخرجه كذلك عن شريح، وبه صدر البيهقي في باب من قال لا يغرن، فأخرج من طريق ابن سيرين أن شريحاً قال: وذكره ثم قال: (هذا هو المحفوظ، عن شريح القاضي من قوله)، ورواه عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان مرفوعاً)، ثم أخرجه من طريق الدارقطني ونقل كلامه السابق^(٢٦).

دل الحديث من وجهة نظر القائلين بالقول الأول على أن المستعير غير المغل لا ضمان عليه. والمغل هو: (الخائن)^(٢٧).

٣ - وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (لا ضمان على مؤمن) رواه الدارقطني^(٢٨).

دل الحديث على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير^(٢٩).

٤ - ومن طريق إسماعيل بن عياش ثنا شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبة حجة الوداع: (العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضى، والزعيم غارم).

ذكر هذا الغماري وقال^(٣٠): (واقتصر بعضهم على حديث الباب، وطوله بعضهم بأكثر ما ذكرته، ومنهم الترمذى في (السنن)، وقال: حديث حسن.

وهو عندي فوق ذلك، لأن إسماعيل بن عياش إذا روى عن أهل الشام فحديثه صحيح، وشيخه في هذا الحديث من ثقات الشاميين).

يفهم من الحديث بأن التصريح بضمان الزعيم يدل على عدم ضمان المستعير.

٥ - ومن أقوال الصحابة:

(٢٦) انظر: المقدمة في تحرير أحاديث البداية للغماري الحسني ١٦٢/٨ - ١٦٣، عالم الكتب.

(٢٧) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٣٨/٦، دار الجليل، بيروت.

(٢٨) سنن الدارقطني ٤١/٣، ٤١، عالم الكتب، وممع التلبيق المفنى على الدارقطني لأبي الطيب محمد آبادي.

(٢٩) نيل الأوطار ٣٨/٦.

(٣٠) المقدمة في تحرير أحاديث البداية ٩٩/٨، حديث رقم ١٥٥٥، عالم الكتب، بيروت.

قال ابن حزم^(٣١) :

أ - روينا من طريق ابن أبي شيبة نا وكيع عن ابن صالح بن حي عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب قال : العارية ليست بيعاً ولا مضمونة ، إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن ، وهذا صحيح عن علي .

ب - ومن طريق عبدالرزاق نا قيس بن الريبع عن الحجاج بن أرطأة عن هلال الوزان عن عبدالله بن عكيم قال عمر بن الخطاب : العارية بمترلة الوديعة ، ولا ضمان فيها ، إلا أن يتعدى ، وهو قول إبراهيم النخعي ، وعمر بن عبد العزيز والزهري ، وغيرهم ، وهو قول أبي سليمان .

٦ - واستدلوا من المعمول بما يأتي :

أ - قال ابن قدامة^(٣٢) : ولأن المستعير قبضها بإذن مالكها ، فكانت أمانة كالوديعة .

ب - وقال الكاساني^(٣٣) : إنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان ، فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة ، وإنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض ، وكل واحد منها لا يصلح سبباً لوجوب الضمان .

أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تملكيأً أو إباحة على اختلاف الأصلين .

وأما القبض فله وجهين :

* أحدهما : أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فالإذن أولى ، وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الملاك ، وهذا إحسان في حق المالك . قال الله تبارك وتعالى : «مَلِ جزاء الإحسان إِلَّا الإحسان» ، وقال تبارك وتعالى : «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» ، دل على أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الإذن أولى .

* شаниها : أن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لأنه لا يفوت يد المالك ، ولا ضمان إلا على المعتمدي ، قال الله تبارك وتعالى : «فَلَا عَدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ» بخلاف قبض

(٣١) المحلي / ١٠ - ١٧٠ / ١٧١ .

(٣٢) انظر : المثنى / ٥ - ٢٢١ .

(٣٣) انظر : البذاع / ٨ - ٣٩٠٤ .

الغضب.

* القول الثاني^(٣٤): ذهب عطاء، والشافعي، وأحمد، وإسحاق إلى أن العارية يجب ضمها
تعدى فيها المستعير أو لم يتعد.

وروى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة.

وذكره ابن وهب عن يحيى بن سعيد الأنصاري، وريعة، وذكرا: أنه قول
علمائهم الذين أدركوهم وبه كانوا يقضون.

وذكره أيضاً عن سليمان بن يسار، وعمر بن عبد العزيز، ومكحول.

وقال الزهري: أجمع رأي القضاة على ذلك، إذرأوا شرور الناس.

واحتاج أصحاب الرأي الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمْنَاتِ إِنَّ أَهْلَهَا هُنَّ﴾^(٣٥).

أمر الحق تبارك وتعالي بأداء الأمانات، والعارية منها، فإن لم يؤد ضمن، وبهذا
يتتحقق الأداء للأمانة المأمور بها في الآية السابقة.

٢ - وحديث: صفوان أنه^(رسول) قال لصفوان بن أمية: (بل عارية مضمونة مؤداة). وفي
بعضها بل عارية مؤداة)^(٣٦).

ال الحديث رواه الحاكم في (المستدرك)، والبيهقي في (السنن) من حديث جابر (بل
عارية مضمونة حتى تؤديها إليك).

أما عارية مضمونة ففي حديث صفوان بن أمية الذي أخرجه أحمد في (المسند)، وأبو
داود في (السنن)، والدارقطني في (السنن)، والحاكم في (المستدرك)، والبيهقي في
(السنن) عنه، أن رسول الله^(رسول) استعار منه يوم حنين أدرعاً فقال: أغصباً يا محمد؟
قال: بل عارية مضمونة، وزاد أحمد، فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله^(رسول) أن
يضميتها له فقال: أنا اليوم يارسول الله في الإسلام أرحب.

وهو حديث مضطرب، حيث إنه روى من عدة طرق^(٣٧).

(٣٤) انظر: المغني ٥/٢٢١، المقفع لابن قدامه المقذفي ٢/٢٢٨، الطبيعة الثالثة بدولة قطر ١٣٩٣هـ، زاد المحتاج بشرح المهاج للكوهنجي ٢/٢٩٦، إدارة أحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، المحلي ١٠/١٦٤-١٦٥.

(٣٥) سورة النساء. الآية ٥٨.

(٣٦) المداية في تحرير أحاديث البداية ٨/١٥٨-١٦١، ذكر الغياري حديث صفوان وتخريج المحدثين له.

(٣٧) انظر: الجواهر النتي لابن التركاني ٦/٨٩ مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي، دار المعرفة، بيروت.

الأول فيه ابن اسحاق ، وفي الثاني شريك ، وفيهما كلام ، وفي الثالث : قيس ابن الربع ، ضعفه البهقي في باب : (من زرع في أرض غيره) .

وقال الغماري بعد أن ذكر طرق الحديث وبين وجه الاضطراب فيها^(٣٨) : (رواه الحاكم ، والبيهقي ، كما سبق من حديث ابن إسحاق قال حدثني عاصم بن عمر بن قنادة ، عن عبد الرحمن ، عن أبيه جابر بن عبد الله بالقصة . وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وأما عارية مؤداة ، ففي حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان ابن أمية أدرعاً وسلاماً في غزوة حنين فقال رسول الله : أعرية مؤداة؟ قال : عارية مؤداة . رواه الدارقطني ، والحاكم ، والبيهقي ، من طريق إسحاق بن عبد الواحد القرشي ، ثنا خالد بن عبد الله ، عن خالد الحذاء ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وقال الحاكم : (صحيح على شرط مسلم) .

وحدث عبد الله بن عمرو بن العاص قال : استعار رسول الله ﷺ من صفوان ابن أمية سلحاً فقال صفوان : مؤداة يا رسول الله؟ قال : نعم) .

وفي الباب عن يعلي بن أمية قال : قال لي رسول الله ﷺ إذا أتاك رسلي فأعطيهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً ، قال : قلت يا رسول الله مضمونة أو عارية مؤداة قال : بل مؤداة .

قال الألباني^(٣٩) : إسناده صحيح ، وله شاهد من حديث أبي أمامة في باب الضمان والكفالة .

وقال ابن حزم^(٤٠) : فهذا حديث حسن ليس في شيء مما روى في العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به .

وجه الدلالة من الحديث : دل قوله ﷺ (بل عارية مضمونة) على أن لفظ مضمونة صفة كاشفة لحقيقة العارية أى أن شأن العارية الضمان^(٤١) .

٣ - حديث أبي أمامة السابق والذي جاء فيه أن العارية مؤداة ، والأداء هو الضمان ، فدل الحديث على أن العارية مضمونة .

(٣٨) المداية في تخریج أحادیث البداية ٨ / ١٦٠ - ١٦١ .

(٣٩) إرواء الغليل في تخریج أحادیث منار السیل للألباني ٥ / ٣٤٨ ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

(٤١) انظر : نيل الأوطار ٦ / ٤٢ .

(٤٠) انظر : المحلي ١٠ / ١٦٩ .

٤ - وعن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) رواه الخمسة إلا النسائي ، زاد أبو داود والترمذى ، قال قتادة ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية^(٤٢) .

ومعنى لفظ الترمذى : أن قتادة راوي الحديث عن الحسن البصري يقول إن الحسن نسي الحديث ، فقال لا يضمن المستعير مع أن الحديث يفيد الضمان ، ولكن لا يلزم من قول الحسن عدم ضمان المستعير لكونه نسي الحديث^(٤٣) .

والحديث صحيحه الحاكم ، وساع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور^(٤٤) .

دلالة الحديث : دل الحديث على أن العارية مضمونة وذلك أن (على) كلمة إلزام ، وإذا حصلت اليـد آخـذـة صار الأداء لازـماـ لها ، والأداء قد يتضـمـنـ العـيـنـ إذاـ كـانـتـ موجودـةـ ،ـ والـقـيـمـةـ إـذـاـ صـارـتـ مـسـتـهـلـكـةـ ،ـ وـلـعـلـهـ أـمـلـكـ بـالـقـيـمـةـ مـنـهـ بـالـعـيـنـ^(٤٥) . أي أن المأْخُوذ إذا كان على اليـد آخـذـةـ حتـىـ تـرـدـهـ ،ـ فـلـمـرـادـ أـنـهـ فيـ ضـيـانـهاـ كـمـاـ يـشـعـرـ لـفـظـ علىـ مـنـ غـيرـ فـرـقـ بـيـنـ مـأـخـوذـ وـمـأـخـوذـ^(٤٦) .

٥ - الدليل من المعقول : المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً من غير استحقاق ، ولا إذن في الإتلاف فكان مضموناً كالغاصب ، والمأْخُوذ على وجه السوم^(٤٧) .

ويوضح ماسبق^(٤٨) : أن العين اسم للصورة والمعنى ، وبالملاك إن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى ، لأن قيمة الشيء معناه ، فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ، وأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء . * القول الثالث^(٤٩) : مذهب مالك في المشهور ، وابن القاسم وأكثر أصحابه ، وعثمان البти أن المستعير يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيها قامت البينة على تلفه .

(٤٢) متنقى الأخبار مع نيل الأوطار /٦ ، ٤٠ /٥ ، مختصر سنن أبي داود للمنذري ١٩٧ /٥ ، دار المعرفة بيروت ومعه معالم السنن للخطاطي .

(٤٣) انظر : الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمانى من أسرار الفتح الربانى للأستاذ أحد البناء ١٥ /١٢٩ - دار الشهاب بالقاهرة .

(٤٤) انظر : المستدرک للحاكم اليسابوري ٤٧ /٢ ، دار الفكر ، بيروت ، نيل الأوطار /٦ . ٤٠ .

(٤٥) انظر : معالم السنن مع المختصر ١٩٧ /٥ .

(٤٦) انظر : نيل الأوطار /٦ . ٤٠ .

(٤٧) انظر : المغني ٥ /١٢١ .

(٤٨) انظر : البدائع ٣٩٠٥ /٨ .

(٤٩) انظر : مواهب الجليل من أدلة خليل للشققى ، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ، بداية المجتهد ٢ /٣١٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، المحلي ١٦٣ /١٠ .

* أدلة

- ١ - حديث صفوان بن أمية ، (بل عارية مضمونة مؤداة) وفي بعضها (بل عارية مؤداة).
- ٢ - وروى عنه أيضاً أنه قال : (ليس على المستعير ضمان) ^(٥٠).
- فيما يتعلّق بالحاديدين فإن الإمام مالكاً ومن معه ذهبوا مذهب الجمع ، ففرقوا بين ما يغاب عليه وبين مالا يغاب عليه ، فحملوا الضمان الوارد في الحديث على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه . ^(٥١)
- ٣ - وقال أبو محمد بعد أن ذكر رأي مالك ومن معه ^(٥٢) : (لا نعلم لهم حجة أصلاً إلا أنهم قالوا: نتهم المستعير فيها غاب؟).

سبب الخلاف السابق ^(٥٣) : تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية (بل عارية مضمونة مؤداة) وفي بعضها (بل عارية مؤداة) وروى عنه أنه قال (ليس على المستعير ضمان) فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمته الضمان . ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن حديث صفوان صحيح ، والحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور . ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ، ومن فرق قال : الوديعة مقبوسة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض .

* مناقشة الأدلة

* أولاً : مناقشة أدلة القول الأول :

- ١ - الدليل الذي ساقه ابن حزم يمكن أن يناقش بأنه عام في العارية ، وغيرها ، والأدلة الخاصة التي وردت بضمانها تختص هذا العموم وتجعل الضمان على المستعير مطلقاً .
ويحاجب عن هذا : بأن الأحاديث التي استدل بها الشافعية ومن معهم لعلماء الأحاديث فيها كلام ، وأقواها حديث صفوان قال عنه الترمذاني ^(٥٤) : (حديث

(٥٠) يأتي الكلام عن درجة الحديث عند مناقشته.

(٥١) انظر : بداية المجتهد /٢ - ٣١٤.

(٥٢) انظر : المجل /١٠ - ١٦٣.

(٥٣) انظر : بداية المجتهد /٢ - ٣١٣ - ٣١٤.

(٥٤) انظر : الجوهر النقي مع السنن الكبرى /٦ - ٩٠.

صفوان (بل عارية مضمونة) اضطراب سندًا ومتناً وجميع وجوهه لا يخلو عن نظر، وهذا قال صاحب التمهيد الاضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية.

ثم على تقدير صحة قوله مضمونة المراد مردودة، أي مضمونة الرد عليك، بدليل قوله حتى تؤديها إليك، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان، والعارية بشرط الضمان مضمونة في رواية للحنفية).

٢ - ونوقش الدليل الثاني^(٥٥) : بأنه روى من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيد ابن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمرو، وعبيد، ضعيفان، ويحتمل أنه أراد ضمان المนาفع والأجزاء.

والمغل هو الخائن، وغير المغل غير الخائن، ولقد رد ابن حزم قول شريح في تضمين المستعير غير المغل، وقال^(٥٦) : المغل: المتهם، وهو يبطل بما بطل به قول مالك، لأنه بناء على التهمة، وهو ظن فاسد.

٣ - ونوقش حديث عمرو بن شعيب، في (التعليق المعني) وقال^(٥٧) : قال الحافظ: فيه ضعف.

٤ - وناقشت ابن حزم حديث أبي أمامة الباهلي، فقال^(٥٨) : (واحتجوا بما رويناه من طريق ابن أبي شيبة نا إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم سمعت أبو أمامة الباهلي قال: (سمعت النبي ﷺ في حجة الوداع يقول: (العارية مؤداة، والدين مقضي، والزعيم غارم) إسماعيل بن عياش ضعيف).

وذكر ابن حزم طرقاً أخرى للحديث كلها فيها ضعف.

ويحاجب عن هذا: بما قاله الغماري سابقاً من أن الترمذى حسن الحديث، وصححه هو أبي الغماري^(٥٩).

٥ - ونوقش الدليل من المقول:

أ - بأن القياس على الوديعة منقوص بالمقبوض على وجه السوم^(٦٠).

(٥٥) انظر: سنن الدارقطني ٤١/٣، ط: عالم الكتب ومعه التعليق المعني على الدارقطني لأبي الطيب محمد آبادي.

(٥٦) انظر: المحلى ١٦٤/١٠.

(٥٧) التعليق المعني على الدارقطني ٤١/٣.

(٥٨) انظر: المحلى ١٦٨/١٠.

(٥٩) المداة في تحرير أحاديث البداية ٩٩/٨.

(٦٠) انظر: المغنى ٢٢١/٥.

والمقبوض على وجه السوم أو بحثه المادة ٣٥٢ من مجلة الأحكام الشرعية (في الفقه الحنفي) للمرحوم أحمد بن عبدالله القاري، ونصها: (المقبوض على وجه السوم في ضمان قابضه إذا تلف، سواء قطع ثمنه أم لا. فلو ساوم في شيء وقبضه ليريه أهله مثلاً فإن رضوه وإلا رده، فهلك أوضاع، ضمنه. أما لو أخذه ليريه أهله فإن رضوه اشتراه وإلا رده من غير مساومة، فلا ضمان عليه لو تلف بغير تفريط).

ونصت المادة ٢٩٨ من مجلة الأحكام العدلية (في الفقه الحنفي) على أن: (ما قبضه المشتري على سوم الشراء، وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالا على أن يشتريه مع تسمية الثمن، فهلك أوضاع في يده:

فإن كان من القييمات لزمت عليه قيمته، وإن كان من المثلثيات لزمته أداء مثله للبائع. وأما إذا أخذه بدون أن يبين ويسمى له ثمناً، كان ذلك المالأمانة في يد المشتري، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعدد.

ويبيت المادة ٢٩٩ من نفس المجلة أن ما يقبض على سوم النظر، وهو أن يقبض مالا ينتظر إليه أو يريه لآخر، سواء بين ثمنه أولاً فيكون ذلك المالأمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعدد.

وقياس العارية على الإجارة مردود، للفرق بينهما، إذ أن المستعير لا يدفع مقابلًا لانتفاعه بالعين المستعار، بخلاف الإجارة، حيث يجب الأجر.

والعارية عقد غير لازم فلللمعير الرجوع متى شاء، وكذا للمستعير إعادة متى شاء، بخلاف الإجارة، حيث إنها عقد لازم من الطرفين^(٦١).

* ثانياً : مناقشة أدلة القول الثاني:

ناقش المخالفون للشافعية ومن معهم أدلة لهم فقالوا :

١ - الآية لا تدل على المدعى به، لأن المستعير مأمور بآدائها مادام قادرًا على أدائها، فإن عجز عن ذلك، فالله تعالى يقول: «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها»^(٦٢). فمن ليس في وسعه أداؤها فهو غير مكلف بذلك، وليس في هذه الآية تضمين، لأن أداء الغرامة

(٦١) انظر: أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي للدكتور محمد زكي عبدالبر، ص ٣٢٤، ٥٨٤، ٥٨٥، دار الثقافة بالدوحة.

(٦٢) سورة البقرة: الآية رقم ٢٨٦:

هو غير أداء الأمانة، فلا متعلق لهم بهذه الآية أصلاً، لأنه ليس فيها أداء غيرها، ولا ضمنها^(٦٣).

٢ - ونوقش حديث صفوان (بل عارية مضمونة) بما سبق ذكره من أن الحديث اضطرر سندأً ومتناً وجميع وجوهه لا يخلو عن نظر^(٦٤).

والاستدلال بالحديث أيضاً مردود^(٦٥)، لأن لفظ مضمونة صفة مخصصة، أي أستعيدها منك عارية متصفه بأنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان. قوله (فعرض عليه أن يضمنها) فيه دليل على أن الضياع من أسباب الضمان لا على أن مطلق الضياع تفريط، وأنه يجب الضمان على كل حال لاحتمال أن يكون تلف ذلك البعض وقع فيه تفريط.

٣ - ونوقش حديث أبي أمامة بأنه لا يوجد فيه إلا أنها مؤداة، وهكذا نقول: إن أداءها فرض، والتضمين غير الأداء، وليس فيه أنها مضمونة أصلاً، فبطل تعلقهم بشيء منها^(٦٦).

٤ - وناقشت المخالفون للشافعية ومن معهم حديث سمرة، فقال ابن الترمذاني^(٦٧): لم يسمع الحسن من سمرة هذا الحديث، وأيضاً الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان للزرم البيهقي أن يضمن الرهون والودائع لأنها مما قبضته اليد، وإذا لم يدل هذا الحديث على الضمان، فلم يخالفه الحسن في قوله: لا ضمان عليه، ولم ينسه أيضاً.

وقال الشوكاني^(٦٨): (قال المقلبي في «المنار» يحتجون بهذا الحديث في مواضع على التضمين، ولا أراه صريحاً، لأن اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى ترد وإنما فليست بأمينة).

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جنائية، وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا.

(٦٣) انظر: المحلبي ١٦٥/١٠.

(٦٤) انظر: الجواهر النفي مع السنن الكبرى ٩٠/٦.

(٦٥) انظر: نيل الأوطار ٤٢/٦.

(٦٦) انظر: المحلبي ١٦٨/١٠.

(٦٧) انظر: الجواهر النفي مع السنن الكبرى ٩١-٩٠/٦.

(٦٨) انظر: نيل الأوطار ٤١-٤٠/٦.

وأما الحفظ فمشترك وهو الذي تفيده على ، فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال هو أمينك لا ضمان عليه بعد رواية الحديث «أهـ».

ولا يخفى أن قوله في الحديث «على اليد ما أخذت» من المقتضى الذي يتوقف فهم المراد منه على مقدر وهو إما الضمان أو الحفظ أو التأدية، فيكون معنى الحديث على اليد ضمان ما أخذت أو حفظ ما أخذت أو تأدية ما أخذت ولا يصح هنا تقدير التأدية، لأنه قد جعل قوله حتى تؤديه غاية لها والشيء لا يكون غاية لنفسه.

وأما الضمان والحفظ فكل واحد منها صالح للتقدير ولا يقدران معاً لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له فمن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر، وبهذا تعرف أن قوله إنما يدل الحديث على وجوب التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغي، وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر في الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأي).

٥ - وناقش الكاساني الدليل من المعقول فقال^(٦٩) : (وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا إن وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها ، وقوله قيمتها معناها ، قلنا منوع ، وهذا لأن القيمة هي الدرارم والدنانير ، والدرارم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الأولى ، فالعجز عن رد أحد العينين لم يجب رد العين الأخرى ، وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو إتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد ، حتى لو وجد يجب الضمان ، ثم نقول إنما يجب عليه ضمان الرد ، لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب ، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ، وعندها إذا هلكت في تلك الحالة ضمن .

وأما قوله قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء ، فنعم ، لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الإذن الأولى ، والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل العقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم .

(٦٩) البداعي للكاساني ٨/٣٩٠٥ - ٣٩٠٦.

* ثالثاً : مناقشة أدلة المالكية ومن معهم :
ناقش المخالفون للمالكية أدلة هم فقالوا :

- ١ - استدلال المالكية بحديث (بل عارية مضمونة مؤداة) على ضمان ما يغاب عليه، وحديث (ليس على المستعير ضمان) على ضمان ما لا يغاب عليه مردود، لأنه لا يوجد دليل على هذه الدعوى، فهو تخصيص من غير مخصوص، ولهذا قال الشوكاني (٧٠) : ولا ينفي أن دلالة حديث صفوان على أن غير الحيوان مضمون لا يستفاد منها أن حكم الحيوان بخلافه.
- ٢ - ونونقش ما نسب إلى المالكية من أن المستعير يضمن ما غاب للتهمة بأنه ليس بالتهمة تستحل أموال الناس . لأنها ظن ، والله تعالى قد أنكر اتباع الظن ، فقال تعالى : ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنُّ، وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيئًا﴾ (٧١) .
وقال رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث) متفق عليه (٧٢) .
ويلزمكم إذا أعملتم الظن أن تضمنوا المتهم ، ولا تضمنوا من لا يتهم ، كما يقول شريح .

ويلزمكم أن تضمنوا الوديعة أيضاً بهذه التهمة - وفساد هذا القول أظهر من أن يتكلف الرد عليه بأكثر ما أوردنا - وبالله تعالى التوفيق (٧٣) .

* الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لأراء الفقهاء وأدلة هم والمناقشات التي وردت عليها يندوي أن القول الأول - والذي ينص على أن العاريةأمانة في يد المستعير ، ولا يضمن إلا بالتعدي - هو الأولى بالقبول ، لأن المستعير أمين ، ولا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير إلا إذا تعديا فيضمنان .
ولقد رد النيسابوري أدلة من قال بالضمان ، فقال بعد أن ذكرها (٧٤) : (ولا أعلم مع من رأى تضمينها حجة توجب ذلك) .

(٧٠) انظر : نيل الأوطار ٦/٣٨.

(٧١) سورة النجم : الآية : ٢٨.

(٧٢) مشكاة المصايب للطبريزى / ٣ / ١٣٩٩.

(٧٣) انظر : المحلي / ١٦٣ / ١٠.

(٧٤) انظر : الاشراف على منذوب أهل العلم / ٢٧١ / ١.

وقال ابن رشد في رد أدلة الشافعي^(٧٥): (وأتفقوا في الإجارة على أنها غير مضمونة: أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتها، فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان) - والله أعلم بالصواب .

المبحث الثاني في : حكم اشتراط الضمان وعدمه

ويتكون لهذا المبحث من المطلبيين الآتيين :

* المطلب الأول : في حكم اشتراط الضمان :

إن اشترط المعاير على المستعير الضمان فللفقهاء في هذا قولان :

* القول الأول : قال قوم : يضمن^(٧٦) .

واستندوا : إلى حديث صفوان (بل عارية مضمونة)، وقوله (عليه السلام) : (المسلمون عند شرطهم)^(٧٧) .

يدل الحديث الثاني على أن المسلم إذا شرط على نفسه شرطاً فهو ملزم به مادام هذا الشرط لا يخالف شرعاً، ولم يرد على باطل.

ونوقيش حديث صفوان بما سبق ذكره عند مناقشة أدلة القائلين بأن المستعير يضمن العارية إن تلفت.

وأما شرط الضمان فإنه يخالف مقتضى عقد العارية، فهو فاسد، وعلى هذا فإن الاستدلال بالحديث الثاني، مردود لما سبق.

(٧٥) انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣١٤ .

(٧٦) انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣١٤ .

(٧٧) انظر : سنن الترمذى ٦٣٤ ، الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٦ هـ، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح .

* القول الثاني^(٧٨) : وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل . وحججة هذا القول : إن شرط الضمان ليس في كتاب الله عز وجل ، ولا في سنة رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَتْ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّدَتْ شَفَاعَتُهُ لِلْمُؤْمِنِينَ)، فهو باطل .

وذكر المؤأق تفصيلات للملكية ، فقال^(٧٩) : قال ابن رشد : ان اشترط المغير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه ، أو مع قيام البينة فيما يغاب عليه ، فقول مالك وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل ، حاشا مطرف .

ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية ، لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يغيرها إلا بأن يخرجها في ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم .

الرأي الراجح : بعد أن ذكرت القولين السابقين ، وأدلتها ، وما ورد على أدلة القول الأول من مناقشات يبدولي أن القول الثاني هو الأولى بالقبول لقوة حجته ، وأن الشرط يخالف مقتضى العقد ، فيبطل . - والله أعلم بالصواب - .

* المطلب الثاني : في حكم اشتراط عدم الضمان :

اختلف الفقهاء في اشتراط عدم الضمان على قولين :

* القول الأول^(٨٠) : إن شرط المستعير نفي الضمان لم يسقط ، وبهذا قال الشافعي وأحمد في الرواية الراجحة . ودليل هذا : أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمحظوظ بيع صحيح أو فاسد ، وما اقتضى الأمانة ، فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة^(٨١) .

* القول الثاني^(٨٢) : قال أبو حفص العكري : يسقط ، قال أبو الخطاب : أوما إليه ألمد ، وهو قول قتادة ، والعنبرى .

وقيل : بل مذهب قتادة والعنبرى ، أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَتْ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّدَتْ شَفَاعَتُهُ لِلْمُؤْمِنِينَ) لصفوان : (بل عارية مضمونة) .

(٧٨) انظر : بداية المجتهد / ٣١٤ / ٢.

(٧٩) انظر : بداية المجتهد / ٣١٤ / ٢ ، مواهب الجليل من أدلة خليل / ٤ / ٧٠ - ٧١ .

(٨٠) انظر : روضة الطالبين للنووي / ٤ / ٤٣١ ، المكتبة الإسلامية ، المتن لابن قدامة / ٢٢٩ / ٢ ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٣ هـ دولة قطر .

(٨١) انظر . المغني : ٥ / ٢٢٢ .

(٨٢) انظر : المغني / ٥ / ٢٢٩ - ٢٢٢ ، المتن / ٢ .

وحجة هذا : أنه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أُسقط عنه ضمانها .
ونوّقش دليل القائلين بالسقوط بأنّ الذي كان من النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) إخبار بصفة العارية
وحكّمها ، وفارق ما إذا أذن في الإتلاف ، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ، ويُسقط
حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه ، واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع
وجود سببه ، وليس ذلك لملك ولا يملك الإذن فيه^(٨٣) .

الرأي الراجح : بعد أن ذكرت القولين السابقين ودليل كل منها وما رد به على
دليل القائلين بسقوط الضمان عن المستعير إن اشترطه يتبيّن لي أن القول الأول هو
الراجح لقوّة حجّته ، ولأن العقد إذا اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض بيع
صحيح أو فاسد .^(٨٤) - والله أعلم بالصواب .

المبحث الثالث

في : ضمان العارية إن تلف شيء من أجزائها ، وولدها

ويشتمل هذا المبحث على المطلوبين الآتيين :

* المطلب الأول : في ضمان العارية إن تلف شيء من أجزائها :

إذا انتفع المستعير بالعارية وردها على صفتها ، فلا شيء عليه ، لأن المنافع مأذون في
اتلافها ، فلا يجب عوضها .

وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال : فعليه ضمانها ، لأن ما ضمن
جملته ضمنت أجزاءه كالمغصوب .

وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال مثل : خل (الوبرة التي تكون للمنشفة
والقطيفة) المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ، ففيه قولان^(٨٥) :

* القول الأول^(٨٦) : يجب ضمان العارية ، وبه قال الحنابلة في رواية .

(٨٣) انظر : المغني ٥ / ٢٢٢ .

(٨٤) انظر : المقنع ٢ / ٢٢٩ ، المغني ٥ / ٢٢٢ .

(٨٥) انظر : المغني ٥ / ٢٢٢ .

(٨٦) انظر : المراجع السابق .

ودليل هذا^(٨٧):

- أ - أنها أجزاء عين مضمونة، فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة.
- ب - ولأنها أجزاء يجب ضمانتها لو تلفت العين قبل استعمالها، فتضمن إذا تلفت وحدتها كسائر الأجزاء.

* القول الثاني^(٨٨) : لا يضمنها، وبهذا قال الخنابلة في الرواية الراجحة، وهو المذهب عندهم.

وقال الشافعية: وأما الأجزاء ، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه ، كان محاق الثوب باللبس ، لا يجب ضمانه على الصحيح ، وما تلف منها بغير الاستعمال ، فيه وجهان ، أحدهما: لا يضمن كالتألف بالاستعمال ، وأصحهما: الضمان ، كتلف العين كلها.

وحجة هذا القول^(٨٩) : أن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف ، فلا يجب ضمانه كالمนาفع ، وكما لو أذن في إتلافها صريحاً.

وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها: لأنه لا يمكن تمييزها من العين .
ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع ، فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها ، كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها .
وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه ، مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه ، فحمل فيه تراباً ، فإنه يضمن نقصه ومنافعه ، لأنه تلف بتعديه .
وإن تلفت بوقوع نار عليها ، فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها ، لأنه لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه ، فأشباه تلفها بفعل غير مأذون فيه .

وما تلف بغير تدمنه ولا استعمال ، كتلفه بمرور الزمان عليه ، يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال ، لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه ، فأشباه تلفه بالفعل المأذون فيه

ولو تلفت الزيادة التي حصلت في العين المستعارة عند المستير لم يضمنها ، لأنه لم يرد عليها عقد العارية .

(٨٧) انظر : أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي للدكتور محمد زكي عبد البر ص ٥٨٥.

(٨٨) انظر : المقنع /٢ ، ٢٢٩ /٢ ، روضة الطالبين /٤ ، ٤٣٢ /٤ .

(٨٩) انظر : المغني /٥ ، ٢٢٣ - ٢٢٢ /٥ .

ويترتب على ما سبق أن الزيادة لو كانت موجودة عند العقد، كما لو كانت الدابة سمينة، فهزلت عند المستعير أنه يضمن نقصها. هذا إن لم تذهب في الإستعمال بالمعروف أو بمرور الزمان^(٩٠).

* القول الرابع : بعد أن ذكرت القولين ، وأدلت بها ، وما ورد على أدلة القول الأول من مناقشات ، أرجح القول الثاني لقوته حجته من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن المعير أعطى العارية للمستعير للانتفاع بها بإذنه ، وإذنه في الإستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به . - والله أعلم .

* المطلب الثاني: في ولد العارية، هل يدخل في الضمان؟

اختلاف الفقهاء في ضمان ولد العارية على قولين:

* القول الأول (٩١) : يرى بعض الشافعية ، والحنابلة في رواية قال عنها ابن قدامة أنها الأصح أن ولد العارية لا يجب ضمانه .
وحجة هذا القول (٩٢) :

- ١ - أن ولد العارية لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان.
 - ٢ - وأنه لا فائدة للمستعير فيه فأشيه الوديعة.

* القول الثاني^(٩٣) : يرى البعض الآخر من الشافعية، والحنابلة في رواية أن ولد العارية يجب ضمانه.

وحجة هذا القول^(٩٤): أنها مضمونة، فضمن ولدها كالمحضوبة.

* تعقيب وترجيح : بعد العرض السابق يتضح لنا أن القول الراجح هو الأول، والذي ينص على أن ولد العارية لا يجب ضمانه، لأنّه لا فائدة للمستعير فيه، فلا يضمنه. وقياس ولد العارية على ولد المغصوبة مردود، لأنّ ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مخصوصاً، وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمها. وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مخصوصاً، فلا أثر لكونه ولدأهـ^(٩٥).

^{٩٠}) انظر : كشاف القناع للسيوطى ، ٤ / ٧٢ ، عالم الكتب.

(٤١) انظر : المهد للشرازي / ١، ٣٧٠، دار المعرفة بيروت، المغنية، ٥/٢٢٣.

(٩٢) انظر : المغني ، ٢٢٣/٥ . (٩٣) روضة الطالب ، ٤٣١/٤ ، المغني ، ٢٢٣/٥ .

(٩٤) انظر : المذهب /١ . ٣٧٠ .

۱۰۰۰ اصر : امداد

فإن قيل : تقدم أن الحمل وقت عقد البيع مبيع فعليه هنا يكون معاراً .
نقول : يفرق بينهما بأن العقد في البيع على العين ، بخلاف العارية فإنه على المنافع ولا
منفعة للحمل يرد عليها العقد^(٩٦) .

ويترتب على القول بعدم الضمان أنه ليس للمستعير استعماله بلا خلاف .
ولو استعار دابة وساقها ، فتبعها ولدها ولم يتكلم المالك فيه بإذن ولا نهي ، فالولد
أمانة ، قاله القاضي حسين في (الفتاوى)^(٩٧) .

المبحث الرابع في : تقدير الضمان

يرى المالكية أنه إذا وجب على المستعير ضمان العارية ، فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم
انقضاء أجل العارية على أن ينقصها الإستعمال المأذون فيه ، بعد يمينه ، لقد ضاعت ضياعاً
لا يقدر على ردها^(٩٨) .

وقال الشافعية^(٩٩) : إن هلكت العارية نظرت فإن كان مما لا مثل لها ففي ضمانها
وجهان .

أحدهما : يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب ،
وتصرير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء ، وإن
وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء .

وثانيهما : أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح ، لأنها لو ألزمناه قيمتها أكثر ما
كانت من حين القبض إلى حين التلف ، أو جبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن ،
وهذا لا يجوز وهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاءها بالاستعمال لم يجب
ضمانها .

(٩٦) انظر : كشاف القناع ٤/٧٢.

(٩٧) انظر : روضة الطالبين ٤/٤٣١.

(٩٨) انظر : مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي ٤/٦٨.

(٩٩) انظر : المذهب ١/٣٧٠.

وإن كان مما له مثل : فإن قلنا فيها لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمة لزمه منها .

وإن قلنا إنه يضمن بقيمة يوم التلف ضمنها بقيمتها .

وقال الخنابلة^(١٠٠) :

في حالة الهالك الكلي : يجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذات الأمثال .
فإن لم تكن مثالية ، ضمنها بقيمتها ، يوم تلفها .

وفي حالة الهالك الجزئي : إن قلنا : لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال : فإنها تقوم حال التلف . ولأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة ، لكونها مأذوناً في إتلافها ، فلا يجوز تقويمها عليه .

وإن قلنا : يجب ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه ، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها .

وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ، ضمنها كلها بأجزائها .

وما سبق يتضح لنا أن الفقهاء مختلفون في تحديد قيمة العين التالفة ، هل هي يوم انقضاء أجل العارية أو يوم التلف ؟

وأرى أن الوجه الثاني عند الشافعية ، ومن وافقهم من الخنابلة هو الراجح لقوة ما احتجوا به - والله أعلم بالصواب - .

(١٠٠) انظر : المغني / ٥ - ٢٢٣ - ٢٢٤ .

المبحث الخامس

تطبيقات معاصرة لتوسيع أحكام الضمان في العارية

التعدي الذي يوجب الضمان في العارية ، قد يكون في الإستعمال أو التصرف، ونوضح ذلك من خلال المطلعين الآتيين :

* المطلب الأول في : التعدي في الاستعمال

إذا جاوز المستعير حدود الإذن فقد تعدي ، ويلزمه الضمان ، أى ضمان المنفعة التي جاوز فيها حدود الإذن ، بأجر المثل .

ويتضح تجاوز المستعير الموجب للضمان من خلال الأمثلة الآتية :

١ - إن استعار رجل سيارة ليركبها إلى موضع ، فجاوزه ، فقد تعدي ، وعليه الأجرة للزيادة خاصة .

فإن استعارها ليركبها من القاهرة إلى أسيوط ، فتجاوز إلى أسوان ، فعليه أجرة ما بين أسيوط إلى أسوان خاصة .

وإن اختلف المعير والمستعير ، فقال المعير أعرتكها إلى أسيوط ، وقال المستعير : أعرتنيها إلى أسوان ، فالقول قول المعير .

وهذا قول أصحاب الرأي ، والشافعية ، والحنابلة^(١٠١) .

وحجتهم على ذلك : أن المالك مدعى عليه ، فكان القول قوله ، لقول النبي ﷺ (ولكن اليمين على المدعي عليه) .^(١٠٢)

وقال مالك^(١٠٣) : إن كان يشبه ما قاله المستعير ، فالقول قوله وعليه الضمان .

ويتعلق بما سبق : أنه لو أعاره سيارة ليركبها محل كذا ، ولم يتعرض للركوب في رجوعه ، جاز له الركوب فيه ، بخلاف نظيره من الإجارة ، والفرق بينهما لزوم الرد للمستعير ، فيتناول الإذن الركوب في عوده عرفاً ، ولا كذلك المستأجر فلا رد عليه .

ويؤخذ منه أن المستعير الذي لا يلزمته رد كالمستأجر ويتحمل خلافه .^(١٠٤)

(١٠١) انظر : البدائع ٢٩٠٢/٨ ، نهاية المحتاج ١٢٩/٥ ، المغني ٢٣٢/٥ - ٢٣٣ .

(١٠٢) اللفظ لمسلم ، انظر : مشكاة الصابح ١١١٠/٢ .

(١٠٣) انظر : شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٣٤/٦ ، دار الفكر ، بيروت .

(١٠٤) انظر : نهاية المحتاج ١٢٨/٥ .

وتظهر أيضاً مشكلات كثيرة تتعلق بإعارة السيارة نشير فيما يلي إلى أهمها مع الحلول الفقهية لها، ويمكن تطبيق هذا على كل ما يشبه السيارة في عصرنا الحاضر.

* من هذه المشكلات :

إن استئجار رجل سيارة ليركبها من القاهرة إلى الإسكندرية، فتعطلت في بعثها، فعلى من إصلاحها؟

ننظر إن كان سبب توقف السيارة من المستعير بأن أساء استخدامها، فإذاً إصلاحها على المستعير قولًا واحدًا كما سبق.

وان كان التلف غير راجع إلى المستعير فيجري فيه خلاف الفقهاء، وهو:
المستعير لا إصلاح عليه، لأنه أمين كما قال الأحناف ومن معهم، المستعير عليه إصلاح السيارة، لأنه ضامن، تعدى أو لم يتعد، كما قال الشافعي ومن معه.
وأرى أن المستعير يضمن إلا إذا قال أحد المختصين الفنيين بأن العطل ناتج عن الاستعمال الطبيعي للسيارة، بمعنى أن استعماها من شرائها يترتب عليه هذا العطل بعد فترة زمنية.

وإن تلف شيء من أجزاء السيارة التي لا تذهب بالاستعمال غالباً كهيكلها، فعليه ضمانها، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب.

إن تلف شيء من أجزاء السيارة التي تذهب بالاستعمال كإطارها، فالضمان على المغير، لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به، وهذا هو الراجح فيما أرى لقونة حجته.

وهذه أمثلة قليلة للتطبيق المعاصر، ولا مجال لاستقراء كل ما يندرج تحت هذا التطبيق.

٢ - وإن استئجار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت المأذون فيه أو بعد الرجوع في العارية، لأنها عقد جائز. ^(١٠٥)

فإن فعل شيئاً من ذلك، لزمه قلع غرسه وبنائه، وحكمه حكم الغاصب في ذلك، لقول النبي ﷺ: (وليس لعرق ظالم حق) رواه أحمد، والترمذى وأبو داود،

(١٠٥) انظر: المغني ٢٢٩/٥.

وقال الألباني : إسناده جيد .^(١٠٦)

وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ، ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب ، لأنه عدوان^(١٠٧) .

٣ - وإن استعار كتاباً ليقرأه ، فإن كانت الإعارة مطلقة ، أبيح للمستعير الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به .

وإن كانت مقيدة بالزمان ، فللمستعير أن يتتفع بها ، أي بالعارية ما لم يرجع المuir ، أو إلى أن ينقضي الوقت ، فلا يتتفع إلا بإذن ، لانتهاء الإعارة ، وإلا ضمن .^(١٠٨)

وعلى هذا من استعار كتاباً ولم يوضح سبب الاستعارة ، جاز له قراءته أو نسخه وكل ما أعدل له من الانتفاع به .

ومن استعار للقراءة ، فيراعى فيه القيد ما ممكن ، فإن خالف وترتباً على ذلك ضرر ضمن ، لأنه خالف^(١٠٩) .

ومن استعار كتاباً فرأى فيه خطأ لا يصلحه إلا المصحف فيجب ، ويوافقه إفتاء القاضي بأنه لا يجوز رد الغلط في كتاب الغير ، وقيده الريمي بغلط لا يغير الحكم وإن رده ، وكتب الوقف أولى وغيره بما إذا تحقق ذلك ، دون ما ظنه فلا ويكتب لعله كذا . ولا تجوز كتابة الحواشي بهوامش الكتاب ، وإن احتاج إليها لما فيها من تغيير الكتاب عن أصله ، ولا نظر لزيادة القيمة بفعلها للعلة المذكورة^(١١٠) .

* المطلب الثاني في : التعدي في التصرف :

يحدث التعدي من المستعير بالتصريف ، غير المأذون فيه ، في العين المستعارة .

وتتمثل أهم صور التعدي في :-

١ - رهن الشيء المستعار . ٢ - إعارةه . ٣ - إجازاته .

إليك أثنياً القارئ توسيع هذه الصور .

(١٠٦) انظر : مشكلة المصايب / ٢ / ٨٨٩ .

(١٠٧) انظر : المنشي / ٥ / ٢٢٩ .

(١٠٨) انظر : كشف النقاب / ٤ / ٦٦ .

(١٠٩) انظر : الدائع / ٨ / ٣٩٠١ .

(١١٠) انظر : حاشية أبي الضياء مع نهاية المحتاج / ٥ / ١٢٩ .

١ - رهن الشيء المستعار:

استعار دابة ليركبها ، فرها بدون إذن الراهن ، فالمرهن في هذه الصورة حكمه حكم الغاصب ، لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه ، فيكون للمuir تضمينه ، وبإداء الضمان يكون الراهن حالاً على ملك مرهنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعار بما يضمن لكونه غاصباً ، ويرجع بدينه .^(١١١)

وإن استعار دابة ليرهناها ، فعليه أن يتقييد بحدود الإذن .^(١١٢)

فإن عين له المuir قدر الدين الذي يرهنه به ، وجنسه ، أو أجله ، تعين ، لأن العارية تعين بالتعيين .

فإن خالفه في الجنس ، لم يصح ، لأن عقد على مالم يأذن له فيه ، أشبه ما لو لم يأذن في رهنه .

وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل ، فرها بدون حال ، لم يصح ، لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال .

وإن أذن له في دين حال فرها بدون مؤجل لم يصح ، لأن لا يرضى أن يحال بينه وبين ماله إلى أجل .

فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرها بما دونها جاز ، لأن من رضي أن يقضي عن غيره عشرة رضي أن يقضي ما دونه ، فأشبهه من أمر بشراء شيء بشمن ، فاشترى بدونه .

وإن رهنه بأكثر مما قدره له ، لم يصح ، لأن من رضي بقضاء عشرة لم يرض بما زاد . وللمuir مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال ، سواء كان بدون حال أو مؤجل ، لأن للمuir الرجوع في العارية متى شاء ، لأنها عقد غير لازم عند جمهور الفقهاء .^(١١٣)

وإن حل الدين ، فلم يفكه الراهن ، جاز بيعه في الدين ، لأن ذلك مقتضي الرهن . فإذا بيع في الدين أو تلف ، رجع المuir على المستعار بقيمةه ، لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف بغير تفريط ، فلا شيء على المرهنه ، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد .

(١١١) انظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/٥٠٣ دار إحياء التراث العربي .

(١١٢) انظر : المذهب للشيرازي ١/٣٧٣ ، المغني ٥/٢٢٧ - ٢٢٨ .

(١١٣) انظر : البدائع ٨/٣٩٠٣ ، وروضة الطالبين ٤/٤٣٦ ، كشاف القناع ٤/٦٥ .

وإن استعار عيناً من رجلين، فرهنها بعائة، ثم قضي خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج، لأنه رهن بجميع الدين في صفقة، فلا ينفك بعضه، بقضاء بعض الدين، كما لو كان العين لواحد.

٢ - إعارة الشيء المستعار:

إعارة المستعار للعارية محل خلاف بين الفقهاء نوضحه أولاً، ثم نذكر أمثلة توضح إعارة الشيء المستعار وما يترب عليه.

اختلف الفقهاء في إعارة المستعار العارية على رأين:

* الرأي الأول^(١١٤) : يرى الحنابلة والشافعية في أحد الوجهين (وهو الصحيح) أن المستعار لا يجوز له أن يغير.

ودليل هذا: أن العارية إباحة المفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام.^(١١٥)

* الرأي الثاني^(١١٦) : يرى الأحناف والشافعية في الوجه الآخر أنه يجوز له ذلك إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة.

وقال المالكية: من استعار شيئاً ملده، فله أن يغيره مثله في تلك المدة إلا أن يشرط عليه أن لا يفعل ذلك.

ودليل هذا: أنها تملك المنافع على ما ذكرنا، فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة.

وإنما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المغير، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره.^(١١٧)

مناقشة دليل الحنابلة ومن معهم: الناس كما يحتاجون إلى الاتفاق بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية، فلا تندفع حاجتهم الأخرى، فضوررة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الإجارة.^(١١٨)

(١١٤) انظر: المغني ٥/٢٢٦، المهدب ١/٣٧١.

(١١٥) انظر: المهدب ١/٣٧١.

(١١٦) انظر: شرح فتح القدير ٧/٤٧١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، المهدب ١/٣٧١، مواهب الجليل من آلة حليل ٤/٦٧.

(١١٧) انظر: المدابية ٧/٤٧٢ - ٤٧٣ المطبع مع شرح فتح القدير.

(١١٨) شرح فتح القدير ٧/٤٧٢.

مناقشة دليل الحفمية ومن معهم: قياس المنفعة في الإعارة على الاجارة قياس مع الفارق، لأن المستأجر ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكونها، وفي العارية لم يملكونها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له، فأشبه من أبيح له أكل الطعام.^(١١٩)

الرأي الراجح في الموضوع: بعد أن ذكرت الرأيين وأدلتهما وما ورد عليهما من مناقشات يتضح لي أن الرأي الأول هو الراجح، لأن المستير لا يملك أخذ العوض على الانتفاع، فلا يملك نقلها إلى غيره. - والله أعلم بالصواب -.

فعلى هذا: إن أعار المستير العارية بلا إذن، فللهلك الرجوع بأجر المثل، وله أن يطالب من شاء منها، لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، والثاني استوفاه بغير إذنه. فإن ضمن الأول، رجع على الثاني، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول، لأنه غر الثاني ودفع إليه العين على أن يستوفي منافعها بغير عوض.

وإن تلفت العين في يد الثاني، استقر الضمان عليه بكل حال، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع المuir الأول (صاحب العين) على المستير الأول، رجع هذا على الثاني، وإن رجع المuir الأول على الثاني، لم يرجع هذا على أحد.^(١٢٠).

٣- إجارة الشيء المستعار:

ليس للمستير أن يؤاجر المستعار بغير إذن، فإن آجره فعطب، ضمن لوجهين: أحدهما: أن لإعارة دون الاجارة، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه. وثانيهما: أنا لو صحقناه فإما أن المستأجر يكون لازماً أو غير لازم، ولا سبيل إلى شيء من ذلك، أما الثاني، فلأنه خلاف مقتضى الاجارة، فإنه عقد لازم، فانعقاده غير لازم عكس الموضوع، وأما الأول، فلأنه حيثذا يكون بتسلیط المuir، ومن مقتضيات عقد العارية، فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة، فيكون عقد الاعارة لازماً، وهو أيضاً خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمuir فأبطلناها، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصباً، فيضمن حين سلم، والمuir

(١١٩) انظر: المغني ٥/٢٢٧.

(١٢٠) انظر: المغني ٥/٢٢٧.

بالخيار إن شاء ضمن المستأجر، لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك. وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصل ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤاجر، إذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعاً لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم.^(١٢١)

وإن أعاره شيئاً وأذن له في إجارته مدة معلومة جاز، لأن الحق مالكه فجاز ما أذن فيه، وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي، لأن عقد الإجارة لازم، وتكون العين مضمونة على المستعير، غير مضمونة على المستأجر، لأن عقد الإجارة لا يوجب ضماناً^(١٢٢).

(١٢١) انظر : شرح العناية للبابري مع شرح فتح القدير / ٧ / ٤٧٠ .

(١٢٢) انظر : المغني / ٥ / ٢٢٧ .

أهم نتائج البحث

- (١) العارية هي إباحة الانتفاع بملك الغير بغير عوض، وهي بهذا تفارق الهبة التي ترد على ملك العين، والإجارة التي فيها العوض.
- (٢) العين المعاشرةأمانة تحت يد المستعير فلا يضمنها إلا بالتعدي على الرأي الراوح فيها أرى.
- (٣) إن اشترط المعير على المستعير ضمان العارية، فإنه لا يضمن على الرأي الراوح فيها أرى، لأن الشرط ينافي مقتضى العقد.
- (٤) إن شرط المستعير نفي الضمان لم يسقط على الرأي الراوح فيها أرى.
- (٥) المستعير لا يضمن العارية إن تلف شيء من أجزائها على الرأي الراوح عندي، لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به.
- (٦) ولد العارية لا يضمنه المستعير على الرأي الراوح، لأنه لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان.
- (٧) إن هلكت العارية بتعدي المستعير، فإن كانت من ذوات الأمثال ضمن مثلها، فإن لم تكن مثالية، ضمنها بقيمتها، يوم تلفها.
- (٨) إذا تعدي المستعير حدود الإذن في استعماله للعارية، ضمن المنفعة التي جاوز فيها بأجر المثل.
- (٩) وإن استعار دابة ليركبها، فرعنها بدون إذن الراهن، فالمرتهن حكمه حكم الغاصب، وإن استعار ليرهن، فعليه أن يتقييد بحدود الإذن وإلا ضمن.
- (١٠) المستعير لا يجوز له أن يعيّر، لأن العارية إباحة المنفعة، فلا يملك نقلها إلى غيره.
- (١١) ليس للمستعير أن يؤجر المستعار بغير إذن، فإن آجره فعطب. ضمن. وإن إذن له في إجارته مدة معلومة جاز، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه.

