ضمان العارية في الفقه الإسلامي

Bare guarantee in Islamic jurisprudence

إعـداد

د/ صلاح خالد مثال العازمي

دكتوراه في الشريعة الإسلامية

ملخص البحث

تدور فكرة البحث حول موقف الفقه الإسلامي من ضمان العارية وقد نكلمت في هذا البحث عن تعريف الضمان وأدلة مشروعيته وأركانه ، ثم جاء الحديث بعد ذلك عن تعريف عقد العارية وأدلة مشروعيته وأركانه ، ثم ختمت البحث ببيان موقف الفقهاء من ضمان العارية سواء أكانت زرعا أو دابة أو غيرهما ثم جاءت خاتمة البحث فتحدثت فيها عن أهم النتائج التي توصلت إليها.

الكلمات المفتاحية :

الضمان ــ العقد ــ مشروعية ــ الزرع ــ الدابة

Bare guarantee in Islamic jurisprudence

Salah Khaled is an example of Al-Azmi

Department of Islamic Law, College of Sharia and Islamic Studies, Kuwait University, State of Kuwait .

Email: : salahalazmei@gmail.com

Research Summary

tadur fikrat albahth hawl mawqif alfaqih al'iislamii min daman aleariat waqad nukalimat fi hadha albahth ean taerif aldaman wa'adilat mashrueiatih wa'arkanih , thuma ja' alhadith baed dhlk ean taerif eaqd aleariat wa'adilat mashrueiatih wa'arkanih , thuma khatamat albahth bibayan mawqif alfuqaha' min daman aleariat swa' 'akanat zareanaan 'aw dabatan 'aw ghirahuma thuma ja'at khatimat albahth fatahadathat fiha ean 'ahami alnatayij alty tawasalat 'iilayha

Keywords:

Guarantee - the contract - legality - the implant - the animal

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ....أما بعد

فلما كان الاعتداء على النفس والأموال يؤدى إلى هلاك النفس وتلف المـــال ، فكان حفظ هذه الحقوق لزاما صيانة لها من كل أذى ، وتطبيقا لمبدأ العدالة الذي قامـــت عليه الشريعة الإسلامية أوجبت الضمان الذي يعوض صاحبها عنهما

وموضوع الضمان له أهمية كبرى في الفقه الإسلامي لأن أكثر المنازعات تقع فيه ،حيث حوادث الإتلاف المتكررة في الحياة الواقعية الجارية بين الكبار والصغار فهل يجـــوز أكل الغرامات أم يحكم بالتعويض عن كل ضرر يلحق المتضرر سواء أكان ماديا أو معنويا ، وهذا التساؤل وغيره كثير حول الضمان سواء أكانت مسئولية تعاقدية أم مسئولية تقصيرية ، وقد ظهرت مؤلفات ودراسات سابقة تناولت موضوع الضمان ، ولكنـــها لم تتعـــرض لبعض النواحي المهمة في ضمان العارية ، ولذلك كانت الحاجة ماسة إلى دراســـة وافيـــة مستفيضة تستوعب حصيلة الدراسات السابقة وتتعرض لما لم يتعرضـــوا لـــه في مختلـــف الجوانب الأخرى ، مع المقارنة بين المذاهب الفقهية وقد جاءت الدراسة في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : "تعريف الضمان وأدلة مشروعيته وأركانه

المبحث الثاني : " تعريف عقد العارية وأركانه"

المبحث الثالث :" موقف الفقهاء من ضمان العارية "

ثم خاتمة البحث وبها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة

المبحث الأول

تعريف الضمان وأدلة مشروعيته وأركانه

إن المتتبع لتعريفات الفقهاء القدامى وأقوالهم عن الضمان يجد أنهم لم يذكروا أنه عقد بل الواضح من تعريفاتهم أن الضمان التزام كما مر وليس بعقد ومعني قولهم هذا أن الالتزام يمثل حقا شخصيا ؛ فإذا نظرنا إلى ناحية المكلف به سمي إلزاما من طرف واحد خلافا

للعقد فهو اتفاق ([1]) بين طرفين ، وهناك من جعل العقد والضمان بمعنى واحد كما فعل الجصاص حيث ([2]) ، ولعل الذي دفع الجصاص إلى القول بهذا أنه نظر للضمان على أنه عقد بإرادة منفردة وتبعه في ذلك جمع من الكتاب وبعض واضعي الدساتير ([3])

ونتكلم في هذا الفصل عن مقومات الضمان الأساسية أي : التي يقوم عليها الضمان من ناحية تعريفه لغة واصطلاحاً ، وبيان أدلة مشروعيته ، وأركانه ، ويأتي هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أدلة مشروعية الضمان .

المطلب الثالث : أركـــان الضمـــــــان .

المطلب الأول

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الضمان لغة :

ترد كلمة الضمان على عدة معان منها الالتزام والكفالة والتغريم والمسئولية وغير ذلك من المعاني .

فجاء في المصباح المنير : ضمنت المال وبالمال ضماناً ، فأنا ضامن وضمين التزمته،

([1]) نظرية الالتزام العامة للشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، بيرت ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م ص ٦١

([2]) تفسير الجصاص (٢/ ٢٩٤ ــ ٢٩٥)

([3]) مختصر الفقه الإسلامي في ضوء الكتاب والسنة د / محمد إبراهيم عبد الله التويجري ص١٦٠ ، مستمسك العروة الوثقى السيد محسن الطباطبائي الحكيم ،دار إحياء التراث العربي (٢٤٩/١٣)، عقد التأمين (الضمان) وأبرز أحكامه ومشاكله د/ نادر عبد العزيز شافي،مجلة الجيس ، العدد (٢٤٠) ٢٠١٣م، قانون الموجبات والعقود اللبناني مادة (٥٠) ،

ويتعدى بالتضعيف ، فيقال : ضمنته المال ألزمته إياه [١] .

وفى القاموس المحيط : أن قولك ضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عنى بمعنى غرمته فالتزمه [٢] .

الضمان اصطلاحا : ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة للضمان منها تعريف ابن نجيم حيث عرفه بأنه : عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته [٣] . وجاء في المجلة العدلية الضمان : إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات [٤].

وعند المالكية عرف الضمان بأنه : شغل ذمة أخرى بالحق[٥] وعرف النووي الضمان بأنه: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه [٦] ، وعرفه الغزالي أنه : هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة " [٧] ، وأما الحنابلة فعرفوه : بأنه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق [٨] . يلاحظ هنا أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة " الضمان " بمعنى الكفالة ، والتشابه هنا من وجهة نظري بين مصطلح الضمان ومصطلح الكفالة تشابه من حيث المعنى لغوي لا الفقهي يقول النووي في التعريف اللغوي للكفالة : ضمن الشئ وضمن به ضمنا ، وضمانا ، وضمنه إياه: كفله ، وقال أهل اللغة: يُقال ضامن وضمين،

---

(١) المصباح المنير مادة ضمن ٣٥٥/٢ .

(٢) القاموس المحيط مادة ضمن باب النون فصل الضاد .

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

(٤) مجلة الأحكام العدلية مادة : ٤١٦ .

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل ٢١/٦ الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ .

(٦) روضة الطالبين للنووي ٤٧٣/٣ – دار الكتب العلمية ، مغنى المحتاج للشربيني ١٩٨/٢ – طبعة البابي الحلبي – القاهرة – ١٩٥٨م .

(٧) الوجيز للغزالي ٢٠٥/١ .

(٨) أعلام الموقعين ١٥٨/٢ لابن القيم . دار الحديث – القاهرة .

وكافل وكفيل.([1])

مناقشة التعريفات :

يتضح من هذه التعريفات أن الضمان عند الفقهاء له إطلاقان : أحدهما الغرامة . أما الإطلاق الثاني وهو أخص وهو عقد الضمان أو عقد الكفالة ، والكفالة هنا يقصد بها الكفالة المالية ويعنى به: الالتزام والتعهد بالمال ممن ليس عليه شئ أو ما يسمى بالكفالة ؛ فالضمان والكفالة لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره وهو ضمان الدين أو باختصار من هو عليه الدين وهو ضمان النفس أو الوجه أو بتسليم عين مضمونة وهو ضمان العين.([2])

المطلب الثاني

أدلة مشروعية الضمان

شرع الضمان حفظا للحقوق ورعاية للعهود وجبرا للضرر وقمعا للعدوان وزجرا للجناة وحدا للاعتداء ، وفى ذلك وردت آيات القرآن الكريم وجاءت الأحاديث النبوية الشريفة مبينة لذلك .

أولا : في القرآن الكريم : فقد جاءت بعض الآيات القرآنية الكريمة متعلقة بإرساء مبدأ المسئولية الشخصية كقوله ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [3] وقوله ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ [4] وقوله ﴿ مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ ﴾ [5] وقوله ﴿ مَّنْ عَمِلَ صَالِحًا

---

[1]) تصحيح التنبية الطبعة الأولى ٢٠٠٦/ ص ٦٠٨

[2] - الضمان في الفقه الإسلامي: د/ عبد الملك منصور المصعبي.

[3]) المدثر (آية : ٣٨) .

[4]) البقرة (آية : ٢٨٦) .

[5]) النساء (آية : ١٢٣) .

صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ﴾ [1] وقوله ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [2] فهذه الآيات تدل على مشروعية الضمان من حيث إنه نوع جزاء على تعدى المرء واكتسابه ،وقد جاءت بعض الآيات ترسى مبدأ التناسب بين المجازاة والضرر ؛ قال تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [3] وقوله ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ [4] وقوله ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [5] فوجه الاستدلال في هذه الآيات أنها تقرر مبدأ المماثلة في الجزاء سواء كان ضمانا أو عقوبة لتحقيق العدالة والإنصاف ، قال القرطبي: إن هذا عموم في جميع الأشياء كلها [6] ، وجاءت آيات أخرى أخرى توجب مبدأ احترام حق الملك يقول تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [7] وقوله تعالى﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[8] ووجه الاستدلال أن الشارع حرم التعدي على مال الغير واعتبره ظلما وتوعد عليه بالعذاب والضمان إنما هو لرفع هذا الظلم ولحماية حق المالك . أما قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [9] فجاء موجبا لأداء الأموال إلى أربابها سواء أكان وجودها في يد غيره على سبيل الأمانة أو على سبيل التعدي

---

(1) فصلت (آية : ٤٦) .
(2) فاطر (آية : ١٨) .
(3) البقرة (آية : ١٩٤) .
(4) النحل (آية : ١٢٦) .
(5) الشورى (آية : ٤٠) .
(6) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥٥/٢.
(7) النساء (آية : ٢٩) .
(8) النساء (آية : ١٠) .
(9) النساء (آية : ٥٨) .

، فدلت على وجوب تأدية الأمانات ، ويستلزم الأمر بأدائها شغل الذمة بها وشغل الذمة بأداء واجب مالي هو أحد مفاهيم الضمان [1] .

ثانيا : السنة : الناظر إلى السنة النبوية يجد أن رسول الله ﷺ حكم بوجوب الضمان لإتلاف مال غيره في بعض الوقائع ويؤيد ذلك ما روي من حديث أنس رضى الله عنه الذي جاء فيه " أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها ، فقال رسول الله ﷺ طعام بطعام وإناء بإناء "[2].

ووجه الاستدلال في الحديث أن رسول الله ﷺ أوجب طعاما بدل الطعام التالف ، وإناء عوضا عن الإناء التالف ، وهذا التعويض هو الواجب بالضمان فعن صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعا فقال " أغصبا يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة ، فقال : فضاع بعضها فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمنها له ، فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب [3] ؛ وكذا قوله ﷺ " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [4] فالحديث يدل على وجوب الضمان من حيث الاقتضاء أي أن الضمان يظل قائما لحين أداء هذه الأموال . وفي حجة الوداع قال ـــ ﷺ ـــ" إن الله تبارك وتعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها . كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا ألا هل بلغت"[5] بلغت"[5] ؛ فبين حديث الرسول ﷺ : أن احترام المال بمنزلة الدم وهذا يدل دلالة واضحة واضحة على أنه لو أتلفه متلف يكون ضمانه عليه .

ونخلص من هذه الآيات والأحاديث التي ذكرناها إلى أنها تدل دلالة واضحة على أن

---

(1) ضمان العدوان ١٠١ د/محمد أحمد سراج – دار الثقافة للنشر ١٩٩٠ .

(2) أبو داود : كتاب البيوع والإجارات ـــ باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله ٨٢٦/٣ .

(3) أبو داود : كتاب البيوع والإجارات – باب في تضمين العارية ٨٢٢/٣

(4) أبو داود : كتاب البيوع باب ضمان العارية ٣٥٦١/٣ ، والترمذي : باب أن العارية مؤداة ١٢٦٦/٣ ، وابن ماجه : كتاب الصدقات باب العارية ٨٠٢/٢ ، المسند ٨/٥

(5) مسلم : كتاب الحج – باب حجة النبي ﷺ ٨٨٦/٢ / حديث رقم ١٤٧ .

الضمان مشروع في الإسلام عند إتلاف الإنسان مال غيره ، أو عند أخذه بدون وجه حق، وفى ذلك حفظ لأموال الناس وصيانة لحقوقهم.

المطلب الثالث

أركان الضمـــان

الأركان جمع ركن ، وركن الشيء في اللغة [1] هو الجانب القوى الذي يمسكه. أما الركن في اصطلاح الفقهاء فهو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته ولا يتم تصوره بدونه ، وذلك كالركوع في الصلاة ركن بحيث يعد الركن جزءا من حقيقتها ولا يتحقق وجودها الشرعي بدونها [2] والمقصود بأركان الضمان أجزاؤه التي لا وجود للضمان بدونها ، وقد حددها الفقهاء [3] في ثلاثة أركان وهى :

أولا : الموجب للضمان : المقصود به أسباب الضمان .

ثانيا : ما يجب فيه الضمان : المقصود به عند الفقهاء محل الضمان .

ثالثا : الواجب في الضمان : المقصود به ما يكون به الضمان من مثل أو قيمة

ولن نتعرض لهذه الأركان بالتفصيل لأنها ليست داخلة في مجال بحثنا هذا .

---

(1) لسان العرب مادة (ركن) ، المصباح المنير مادة (ركن) ،

(٢) المستصفى في علم الأصول للغزالي ٦٠/١ .

(3) بدائع الصنائع ٢١١/٦ – مطبعة محمد علي بيضون – دار الكتب – بيروت – لبنان ، المبسوط ١١٣/١١ الشرح الصغير الدرديري ٤٢٩/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد القرطبي ٣١٦/٢ ، تهذيب الفروق مطبوع بهامش الفروق للقرافي ٢٠٣/٢ ، المغني لابن قدامة ٧١/٥ وما بعدها.

المبحث الثاني :
تعريف عقد العاريــة وأركانه

وسنتناول هذا المبحث في مطالب أربعة :

المطلب الأول : تعريفها وأدلة مشروعيتها وحكمها .

المطلب الثاني :طبيعتها من حيث اللزوم وعدمه

المطلب الثالث :ة ضمانها من حيث اللزوم وعدمه .

المطلب الرابع : أركان العارية .

المطلب الأول
تعريفها وأدلة مشروعيتها وحكمها

العارية بتشديد الياء وقد تخفف اسم لما يعار ، والإعارة مصدر أعرت فنقول :أعرته الشيء أعيره إعارة وعارة ، والعارية والعارة ما تداوله الناس فيما بينهم وقد أعاره الشيء أو إعارة منه وعاوره إياه والمعاورة والتعاور المداولة والتداول في الشيء يكون بين اثنين ، وقيل في قوله مستعار قولان :

أحدهما : أنه استعير فأسرع العمل به مبادرة لارتجاع صاحبه إياه .

وثانيهما : أن يجعل من التعاور يقال استعرنا الشيء واعتورناه وتعاورناه بمعنى واحد وقيل مستعار بمعنى متعاور أي متداول [1] .

ثانيا : تعريفها اصطلاحا :

استعمل الفقهاء الإعارة للدلالة على العقد الذي يترتب عليه تمليك المنافع بـــلا عوض أو إباحتها على الخلاف في ذلك :

([1]) لسان العرب مادة (عور) ، تاج العروس مادة (عور) القاموس المحيط مادة (العور) باب الراء مع العين.

فعرفها السرخسي بأنها تمليك المنافع بغير عوض [١]، وخالف الكرخي ، فقال هي إباحة الانتفاع بملك الغير [٢] ، وعرفها بعض المالكية بأنها تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو فعل نصا أو عرفا بلا عوض . وعرف الاسم منها وهى العارية بأنها مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض [٣].وعرفتها الشافعية بأنها : إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه [٤]

أما الحنابلة فعرفوا الإعارة بأنها : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال [٥] ،وعرفتها الظاهرية بأنها : إباحة منافع بعض الشيء كالدابة للركوب والثوب للباس [٦] .

ومن خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن المالكية اتفقت في تعريفها مع السرخسي ، أما الشافعية والحنابلة والظاهرية فقد أخذوا بقول الكرخي .

ونخلص مما تقدم إلى أن العارية هي تمليك منفعة بغير عوض ، وهناك من العلماء من يري أن العارية تفيد إباحة المنفعة ، وسواء أكانت العارية تمليك المنفعة بغير عوض أو إباحتها فلا خلاف بين الفريقين في أنها تختلف عن الهبة حيث إنَّ الهبة تمليك العين لا المنفعة فقط ، أما العارية فهي تمليك المنفعة دون العين ، وهى تختلف عن الإجارة حيث إنَّ الإجارة تمليك المنفعة بعوض ، وكذلك تختلف عن القرض حيث إنَّ الشيء الذي يجب رده في القرض هو مثل الشيء لا عينه أما في العارية فيجب رد العين لا مثلها .

أدلة مشروعيتها

ثبتت مشروعيتها بأدلة من القرآن الكريم والسنة والإجماع والمعقول .

---

(١) المبسوط ١٣٣/١١ .

(٢) تبيين الحقائق ٨٣/٥ .

(٣) الشرح الصغير ٥٦٩/٣ ، الخرشي ١٢٠/٦ ، مواهب الجليل ٢٦٨/٥ .

(٤) مغنى المحتاج ٢٦٣/٢ ، نهاية المحتاج ١١٧/٥ .

(٥) المغنى ٣٥٤/٥ .

(٦) المحلى ١٦٨/٩ .

أما القرآن الكريم : فقوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [1] وقوله ﴿ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ ﴾ [2]، وقوله ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [3]. وفسر جمهور المفسرون قوله تعالى : " وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ " بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، كالدلو والقدر والميزان ، وقد توعد الله عز وجل من منع الماعون وهو عدم إعارته بالويل فتكون إعارته مشروعة .

أما السنة : روى عن النبي ﷺ أنه قال " العارية مؤداة والمنحة مردودة " [4]، وما روى عنه ﷺ أنه استعار من أبى طلحة فرسا يسمى المندوب فركبه لفزع كان بالمدينة [5]، وما روى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين ، فقال أ غصبا يا محمد ؟ قال: بل عارية مضمونة [6].

أما الإجماع :

أجمعت الأمة على جوازها [7] وإنما اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الأكثرية الأكثرية أو واجبة وهو قول البعض وسند الإجماع قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ

---

(1) الحج آية ٧٧

(2) النساء آية ١١٤ .

(3) الماعون آية ٧ .

(4) أبو داود : كتاب البيوع ــ باب في تضمين العارية (٣/ح٣٥٦٥) ، والترمذي: كتاب البيوع ــ باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/حديث ١٢٦٥)

(5) البخاري : كتاب الهبة ــ باب من استعار من الناس الفرس (٥/حديث ٢٦٢٧) ، ومسلم : كتاب الفضائل (٤/ ١٨٠٣) .

(6) أخرجه أبو داود : كتاب البيوع ــ باب تضمين العارية (٣/٣٥٦٢) ، وأحمد في مسنده (٣/٤٠١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٨٩) ، والألباني في الصحيحة (٢/١٦٧)

(7) جواهر العقود : المنهاجي السيوطي دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ ١٩٩٦ (١/١٧٠).

وَالتَّقْوَىٰ﴾[1]، وهى من البر ، وقوله ﷺ : " لا يزال الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه " [2].

حكمها :

اختلف الفقهاء في حكم العارية بعد إجماعهم على جوازها ، فذهب جمهور الفقهاء [3] إلى أن حكمها في الأصل الندب لقوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ [4] وقوله وقوله ﷺ " كل معروف صدقة " [5] فهي ليست واجبة لأنها نوع من الإحسان لقوله ﷺ " " إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك"[6] وقوله أيضا " ليس في المال حق سوى الزكاة " [7] ، وذهب فريق إلى أن الأصل فيها الندب وقد تجري فيها الأحكام التكليفية الأخرى فقد تجب في بعض الأمور وتكره في بعض وتحظر في البعض الآخر وإليك تفصيل هذا القول:

١- الوجوب : فهي تجب لمن يخشى هلاكه بعدمها كإبرة اضطر لها لعلاج جرح يهلك المجروح بسببه لولاها [8] . واستدل القائلون بالوجوب بقوله تعالى " ويمنعون الماعون"[9] ،

---

(1) المائدة آية ٢ .

(2) مسلم : كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ــ باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٢٠٧٤/٤)، وأ أبو داود : كتاب الأدب باب في المعونة للمسلم (٢٨٧/٤ /)، وأحمد في مسنده ٢٥٢/٢ .

(3) تبيين الحقائق ٨٤/٥ ، المبسوط ١٣٣/١١ ، الشرح الصغير ٥٧١/٣ ، الخرشي ١٢٤/٦ ، نهاية المحتاج ١١٧/٥ ، مغنى المحتاج ٢٦٣/٢ ، المغنى ٣٥٥/٥ ، المحلى ١٦٨/٩.

(4) الحج آية ٧٧ .

(5) البخاري: كتاب الأدب ــ باب كل معروف صدقة (٦٠٢١/١٠) .

(6) ابن ماجه : كتاب الزكاة باب ما أدى زكاته فليس بكنز (١/ ٥٧٠)

(7) ابن ماجه : كتاب الزكاة ــ باب ما أدى زكاته فليس بكنز (١/ ٥٧٠).

(8) الخرشي ١٢٤/٦ ، المغنى ٣٥٥/٥ ، المحلى ١٦٨/٩ .

(9) الحج آية ٧٧

، وما روى عن جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: " ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل يا رسول الله ما حق الإبل؟ قال : حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها " [1] .

٢- الكراهة : والعارية قد تكون مكروهة وذلك عندما تعير الخادم المسلم لخدمة الكافر أو إعطاء غيرك ما يعينه على فعل مكروه [2] .

٣- المحظور (المحرم) : وقد تكون محظورة بإعارة آلة الاصطياد للمحرم بالحج ليصطاد بها وكإعارة السلاح لمن يحارب المسلمين أو الإمام من الكفار أو البغاة [3] .

المطلب الثاني

طبيعتها من حيث اللزوم وعدمه

ذهب الجمهور إلى أن عقد العارية غير لازم [4] ، ولذلك الملك الثابت به ملكا غير لازم ، لأنه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت للموهوب له في الهبة فبناء عليه يكون للمعير أن يرجع في الإعارة متى شاء سواء أطلق الإعارة أو وقت لها وقتا [*] . أو كان في الرجوع ضرر لأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فيصح الرجوع منه ، واستثنوا من ذلك بعض الأمور التي تجعل العقد لازما من الجانبين أو أحدهما وذلك كمن أعاره شيئا

---

(1) مسلم : كتاب الزكاة ــ باب أثم مانع الزكاة (٦٨٠/٢) . القاع المكان المستوي ليس فيه ارتفاع ارتفاع و لا انخفاض و القرقر المستوي أيضا

(2) نهاية المحتاج ١١٧/٥ ، مغنى المحتاج ٢٦٣/٢ ، المحلى ١٦٨/٩

(3) المراجع السابقة .

(4) البدائع ٢١٦/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٢٥/٤ ، نهاية المحتاج ١٢٦/٥ مغنى المحتاج ٧٠/٢ كشاف القناع ٣١٧/٢ وما بعدها ، المغنى ٣٦٥/٥ ، المحلى ١٦٨/٩ وما بعدها.

لينتفع به انتفاعا يلزم الرجوع في العارية في أثنائه ضررا بالمستعير لم يجز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الإضرار به . مثل أن يعيره لوحا يرقع به سفينة فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز له الرجوع مادامت في البحر حتى ترسى وله الرجوع قبل دخولها في البحر ، وكذلك يستثنى إذا استعار أرضا للزراعة وزرعها لا تؤخذ منه حتى يحصده وكذلك أو استعار أرضا لدفن ميت محترم ، ودفن فيه فعلا فلا يرجع المعير في موضعه ويمتنع أيضا على المستعير ردها فالإعارة لازمة من جهتها حتى يندثر أثر المدفون بأن يصير ترابا محافظة على حرمة الميت ، ويعلم ذلك بمضى مدة يغلب على الظن اندراسه فيها ؛ وكذلك إن أعاره شيئا وأذن له في إجازته مدة معلومة فليس للمعير الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي لأن عقد الإجارة لازم ، ويستثنى أيضا ما إذا أدى رجوع المعير واسترداده العين المعارة إلى محظور أو ترك واجب نحو أن يستعيرثوبا ليستر عورته في الصلاة الواجبة أو ليصلى عليه في الموضع النجس فإنه لا يجوز الرجوع بعد الدخول في الصلاة وله الرجوع قبل وبعد الصلاة .

أما المالكية فذهبا إلى أن الإعارة إذا كانت مقيدة بعمل كزراعة أرض بطنا فأكثر مما لا يخلف كقمح أو مما يخلف كبرسيم وقصب أو طحن إردب أو حمله لكذا أو ركوب له . أو مقيدة بأجل كسكنى دار شهرا مثلا أو أقل أو أكثر فإنها تكون لازمة إلى انقضاء ذلك العمل أو لأجل حتى ولو لم يقبض على المشهور فليس للمعير أخذ العين المعارة قبل ذلك سواء كان المستعار عرضا أو كان أرضا لزراعة أو سكنى أو لوضع شئ بها أو كان حيوانا لركوب أو حمل أو غير ذلك .

أما إذا لم تكن مقيدة بعمل ولا بأجل كقول المعير : أعرتك هذه الأرض أو هذه الدابة أو هذا الدار وما أشبه ذلك فإنها تلزم إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة ، فليس للمعير أخذها قبله،لأن العرف والعادة كالشرط[1]

([1]) الخرشي ١٤٥/٦ وما بعدها ، الشرح الصغير ٢٢٩/٢ ، حاشية الدسوقي ٤٤٤/٣.

المطلب الثالث

أركان العارية

للفقهاء خلاف مشهور في تحديد الأركان في عقد العارية وغيره من العقود ، هل هي الصيغة وحدها (الإيجاب والقبول) أم المعير ، و المستعير ، والمعار ، والصيغة ؟ فجمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة [1] يرون أن هذه كلها أركان العارية لأن الركن عندهم ما توقف عليه وجود الشئ وتصوره عقلا ، سواء أكان جزءا من حقيقتة أم لم يكن، ووجود العارية يتوقف على المعير ، و المستعير ، والمعار وإن لم يكن هؤلاء جزءا من حقيقته ، ويرى الحنفية أن لعقد العارية وغيرها من العقود ركن واحد وهو الصيغة ، فالصيغة وحدها تثبت عندهم حقيقة عقد العارية وغيرها من العقود [2]

وعلى الرغم من اختلافهم في تحديد الأركان فإنهم تحدثوا جميعا عن أركان أساسية ألا وهي: ١- الصيغة . ٢- العاقدين . ٣- المعار .

أولا : الصيغة :

والصيغة هي كل ما يدل على الإعارة من لفظ أو إشارة أو فعل ، وركن الإعارة عند الحنفية هو الإيجاب من المعير وهو أن تقول : أعرتك هذا الشيء ، أما القبول من المستعير فليس بركن استحسانا خلافا لزفر فإنه ركن عنده وهو القياس والمراد بالقبول الذي ليس بركن إنما هو القبول صريحا وتنعقد عندهم بكل لفظ يدل عليها ولو مجازا [3] .

أما المالكية والحنابلة فتنعقد الإعارة عندهم بكل ما يدل على تمليك المنفعة بغير عوض من قول : كأعرتك أو نعم جوابا ، فلا يشترط فيها صيغة

---

(1) كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣ ، حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي الشافعي ٣٣٨/١ ، المجموع للنووي ١٤٩/٩ ، الشرح الصغير للدردير ١٣/٣-١٤ .

(2) بدائع الصنائع ١٣٣/٥ ، تبيين الحقائق ٣/٤، شرح المجلة المواد ١٠٣ ، ١٤٩ ، ١٦٧.

(3) البدائع ٤١٤/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٢٤/٤ ، الفتاوى الهندية ٢١٠/٤ ، تبيين الحقائق ٨٣/٥ .

مخصوصة بل كل ما دل على تمليك المنفعة بغير عوض كاف [1] .

أما الشافعية فلا تنعقد الإعارة عندهم إلا بإيجاب وقبول لأنها إيجاب حق الآدمي فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول كالبيع ، والأصح في ناطق اشتراط لفظ يشعر بالإذن أو يطلبه إذ الانتفاع بملك الغير يتوقف على ذلك ، ويلحق بذلك كتابه مع نية وإشارة أخرس مفهمة ، واللفظ المشعر بذلك كأعرتك منفعته ، ويكفى لفظ أحد العاقدين مع فعل الآخر وإن تأخر أحدهما عن الآخر بزمن طويل [2]

ثانيا : العاقدان :

اتفق العلماء على أن العقل شرط لأهلية العاقدين فلا تصح الإعارة من الصبي أو المجنون . واختلفوا في البلوغ إلى قولين .

القول الأول : أن التمييز للصبي يكفى ولا يشترط البلوغ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية لذلك قالوا : يجوز الإعارة من الصبي المميز المأذون له في التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك ، ولأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة . وهذا ما ذهب إليه الحنفية وجمهور المالكية [3] .

القول الثاني : أنه يشترط لأهلية العاقدين العقل والبلوغ معا فلا يكفى التمييز وحده لأن الإعارة لا تصح من الصبي عموما سواء كان مميزا أم غير مميز وقالوا لو أن العارية تلفت في يده ولو بتفريطه لم يضمن إذ لا يصح التزامه للحفظ ، أي أن إعارته كالعدم لعدم أهليته . وهذا ما ذهب إليه الشافعية واللخمي من المالكية والحنابلة [4] .

---

(1) بداية المجتهد ٣١٣/٢ ، الشرح الصغير ٥٧١/٣ وما بعدها في الخرشي ١٢٢/٦ ، كشاف القناع ٣١٥/٢ ، المغنى ٣٥٥/٥ وما بعدها ، منتهى الإرادات ٥٠٤/١.

(2) مغنى المحتاج ٢٦٥/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٢/٥.

(3) بدائع الصنائع ٢١٩/٦ ، الشرح الصغير ٥٧١/٣ .

(4) مغنى المحتاج ٢٦٤/٢ ، نهاية المحتاج ٦٢٠/٥ ، الخرشي ١٢١/٦ ، المغنى ٣٥٥/٥ ، كشاف القناع ٣١٨/٢ ، المصنف ٥٩/٢٢ .

والراجح من وجهة نظري هو القول الأول من جواز إعارة الصبي المميز المأذون له وذلك لأن الصبي المميز يؤذن له بالتصرف في تجارته فيصح إعارة أمواله وأموال غيره التي تحت تصرفه ، وعلى الرغم من أن الفقهاء اختلفوا في البلوغ غير أنهم اتفقوا في اشتراط أن يكونوا من أهل التبرع ومعينين وأن يكونوا مكلفين وأن يكونوا موثوقا بوفائهما[1]. كما اشترط الشافعية في المعير أن يكون مختارا فلا تصح إعارة المكره [2] .

ثالثا : المُعار :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المستعار أن يكون مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه من عرض وحيوان وعقار مما يمكن استعماله مع بقاء عينه .

فلا تصح إعارة مالا يمكن الانتفاع به كالحمار المكسور والعبد الرضيع كما يشترط أن يكون مملوكا للمعير وتكون المنفعة مباحة . فلا تصح إعارة العين لنفع محرم فليس للمحرم استعارة الصيد من مُحْرِمٍ ولا من غير محرم وكذلك لا يصح إعارة آلات الملاهي ونحوها ؛ كما لا تصح إعارة مال المسلم للذمي ، لما فيه من إذلال المسلم وقال تعالى: ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ [3] . كما لا يصح إعارة الفروج للاستمتاع ، لأن الإباحة لا تجرى فيها ، كما يشترط في المستعار أن يكون معينا إذا كانت جهالته تفضي إلى المنازعة ، أما إذا كانت جهالته لا تفضي إلى المنازعة والمستعار غير معين ، فلا تفسد الإعارة [4] .

---

(1) بدائع الصنائع ٢١٩/٦ ، الشرح الصغير ٥٧٢/٣ ، الخرشي ١٢١/٦ ، المغنى ٣٥٥/٥ ، كشاف القناع ٣١٨/٢ ، المصنف ٥٩/٢٢ .

(2) مغنى المحتاج ٢٦٤/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٠/٥ .

(3) النساء آية ١٤١ .

(4) البدائع ٤١٤/٦ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ٢١٠/٣ ، تبيين الحقائق ٨٣/٥ وما بعدها ، الخرشي ١٢٢/٦ ، الشرح الصغير ٥٧٢/٣ ، بداية المجتهد ٣١٣/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٢/٥ ، مغنى المحتاج

المبحث الثالث

موقف الفقهاء من ضـــمان العاريـــة

سنتناول هذا المبحث في أربعة مطالب :

المطلب الأول : هل العارية مضمونة ؟

المطلب الثاني : إعارة الحيوان .

المطلب الثالث : إعارة الأرض للزراعة أو للبناء .

المطلب الرابع : تغير حال العارية .

المطلب الأول

هل العارية مضمونة ؟

على المستعير المحافظة على الشيء المعار ، وذلك ببذل قدر من العناية التي يبذلها الرجل في حفظ ماله ، وقد اختلف أئمة المذاهب في حال يد المستعير – هل هي يد أمانة أم يد ضمان – إلى ثلاثة فرق .

الفريق الأول : ذهب إلى أن العارية أمانة في يد المستعير فإن هلكت في يده من غير تعد لم يضمنها وإن فرط ضمن . وبهذا قال الجمهور [1] .

وقد ناقش ابن حزم ضمان العارية وأغلظ القول على من قال بتضمينها أو تضمين مـــا غيب منها كالذهب والفضة عند المالكية ثم أجمل حكمه فيها بقوله " العارية ليست بيعا ولا مضمونة إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن " [2] .

٢٦٥/٢ وما بعدها ، المغنى ٣٥٥/٥ وما بعدها ، كشاف القناع ٣١٥/٢ ، منتهى الإرادات ٥٠٤/١ ، المحلى ١٦٨/٩ وما بعدها .

(1) البدائع ٤١٤/٦ ، الفتاوى الهندية ٢١٠/٣ ، تبيين الحقائق ٨٣/٥ ، السيل الجرار (٣/ ٣٨٦) ، المحلى ١٦٨/٩ وما بعدها.

(٢) المحلى ١٦٩/٩ – ١٧٣ .

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ " وليس على المستعير غير المغل ضمان " [1] وعن عمر " العارية بمنزلة الوديعة ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى " [2] ولأنه لم يوجد من المستعير سبب لوجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، وفعله الموجود منه ظاهرا هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان عليه أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو إباحة وما وضع لذلك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكها . [3]

الفريق الثاني : ذهب إلى أن العين المستعارة مضمونة على المستعير ولو للأجزاء منها إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرط ، فيضمنها إن تلفت في يده بآفة سماوية أو أتلفها هو أو غيره ولو بلا تقصير ، وبهذا قال الشافعية والحنابلة [4]

وأدلتهم التي اعتمدوا عليها في قولهم قوله ﷺ في حديث صفوان : " بل عارية مضمونة " ولأنه مال يجب رده لمالكه فيضمن عند تلفه وكذلك استدلوا على أن العارية مضمونة مطلقا بقوله ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [5]، فإذا تعذر الرد ضمنه ولا يشترط في ضمان المستعير كون العين في يده بل يضمنها ولو كانت بيد المالك ، وذلك كأن استعار ثورين واستعان بمالكهما يحرث عليهما فتلفا وكأن ركب الدابة المستعارة له ومالكها يسوقها أو يقودها فتلفت ضمن المستعير كل ذلك [6] وكذا لو استعار سيارة لتوصله لبلد ومالكها يقودها فتلفت ضمن المستعير.

---

(1) البيهقي : السنن الكبرى (٩١/٦) ، الدار قطني (٤١/٣) .

(2) أورده الهندي في كتاب كنز العمال (٣٦٢٨/١٠) .

(3) البدائع ٤١٤/٦ وما بعدها ، الشرح الصغير ٥٧١/٣ وما بعدها .

(4) نهاية المحتاج ١٢٢/٥ ، مغني المحتاج ٢٦٥/٢ وما بعدها ، المغني ٣٥٥/٥ وما بعدها ، كشاف القناع ٣١٥/٢ .

(5) تم تخريجه ص ١٧

(6) مغني المحتاج ٢٧٤/٢ ، منتهى الإرادات ٥٠٤/١ .

غير أن أصحاب هذا القول استثنوا بعض الحالات التي لا ضمان فيها على المستعير منها إذا كان هناك إذن بالاستعمال فتلفت العارية كثوب بلي باللبس لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به ، وكذلك لو استعار الفقيه كتابا موقوفا على المسلمين فتلف لا يضمنه لأنه من جملة الموقوف عليهم [١] .

الفريق الثالث : وهم المالكية حيث فرقوا بين شيئين ما يغلب على المستعير كالذهب والفضة فعلى المستعير الضمان ومالا يغلب عليه كالحيوان فلا ضمان عليه[٢] .

والراجح من وجهة نظري ما ذهب إليه الفريق الأول لما هو موجود في عقد العارية من نفع للمستعير وتعاون على البر ، والناس في حاجة إلى هذا البر قال تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ " [٣] ، مع الاستئناس برأي المالكية في ضمان عارية الذهب والفضة ونحوهما ما لم يأت بالبينة

شرط الضمان على المستعير :

تحدثنا منذ قليل عن أن العارية غير مضمونة ولكن قد يطرأ سؤال وهو ما الحكم لو اشترط المعير على المستعير شرط التضمين ؟ في الحقيقة اختلف الفقهاء إلى فريقين :

الفريق الأول : جواز الشرط وهو رواية مرجوحة عند الحنفية [٤] .

وأما الرواية التي ذكرها كل من السرخسي والزيلعي من الحنفية في جواز الشرط بالضمان فهي رواية غير راجحة في المذهب حيث حمل الرواية على ضمان رد العين نفسها وليس ضمان الإتلاف [٥] .

---

(١) نهاية المحتاج ١٤١/٥ ، مغني المحتاج ٢٧٤/٢ ، كشاف القناع ٣٢٢/٢ ، المغني ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الروض المربع ٢٢١/٢ .

(٢) الشرح الصغير ٥٧٣/٣ ، الخرشي ١٢٣/٦ ، مواهب الجليل ٢٦٩/٥ – ٢٧٠ .

(٣) المائدة : آية ٢ .

(٤) تبيين الحقائق ٨٥/٥ ، المبسوط ١٢٦/١١.

(٥) تبيين الحقائق ٨٥/٥ ، المبسوط ١٢٦/١١ .

واستدلوا بحديث " المؤمنون عند شروطهم " وحديث " بل عارية مضمونة " وحديث " على اليد ما أخذت حتى ترد " ، وقد أجاب ابن حزم عن هذه الأحاديث وغيرها وبين درجتها وأنها لا تنهض على الاستدلال بشئ من التفصيل [1] .

الفريق الثاني : وهو قول الجمهور والراجح عند الحنفية والشافعية حيث قالوا بفساد الشرط دون العارية [2] ، ففي الشرح الصغير ما نصه : " لا يضمن غير ما يغاب عليه كالحيوان ولو شرطه عليه المعير " [3] .

غير أن الشافعية يوجبون التضمين مطلقا ولكن الشرط الذي أبطلوه هنا إذا كان يعني به قدرا معينا من التعويض ، ففي مغني المحتاج ما نصه : " لو أعار عينا بشرط ضمانها عند تلفها بقدر معين فسد الشرط دون العارية .

والراجح من وجهة نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني لأن العارية عقد إرفاق ومعونة وتبرع والضمان مناف لذلك فمن باب أولى لا يقبل الشرط .

المطلب الثاني

إعارة الحيوان

اتفق الفقهاء على ضمان المستعير للحيوان بأحد أمرين[4] :

١- أن يتعدى عليه ، ووجوه التعدي كثيرة منها الزيادة في الحمل والزيادة في المسافة بلا فرق بين أن يكونا مما تعطب به الدابة ونحوها أم لا حيث تلفت ، ومنها إذا حملها جنسا يخالف ما استعارها له ولو أقل قدرا .

---

(١) المحلى ١٦٩/٩ وما بعدها .

(٢) المبسوط ١٢٦/١١ ، تبيين الحقائق ٨٥/٥ ، الخرشي ١٢٤/٦ ، الشرح الصغير ٥٧٤/٣ ، تكملة المجموع ٢٠٥/١٤ ، مغني المحتاج ٢٦٧/٢.

(٣) الشرح الصغير ٥٧٤/٣ .

٤) الخرشى (٥/ ١٢٥) المبسوط (١١ / ١٣٩)

٢- أن يتبين كذب المستعير في دعواه تلف المستعار ويكون بأشياء منها أن يقول : تلفت الدابة مثلا في موضع كذا ولم يسمع أحد من الرفقة بتلفها ، أو يقول ماتت بموضع كذا ، ولم يوجد لها أثر بذلك الموضع أو تشهد بينة أنه كان يستعملها بعد ذلك [١] .

ضمان ولد الدابة :

فأما ما تنتجه العارية من ولد إذا حدث في يد المستعير ففى وجوب ضمانه عند الشافعية وجهان :

أولا : عليه ضمانه لأنه ولد المضمون كالمغصوب .

ثانيا : لا ضمان عليه لأن معنى الضمان في الأم معدوم في الولد .

بخلاف الغصب لأن ولد العارية لا يكون مستعارا وولد المغصوبة يكون مغصوبا[٢]، وكذا لو ساق المستعير الدابة فتبعها ولدها والمعير ساكت ينظر فالولد أمانة لأن المستعير لم يأخذه للانتفاع به بل لتعذر حفظه بدون أمه ، وذلك أمانة شرعية .

والمستعير يضمن سراج الحيوان ولا يضمن لبس العبد[٣] ، فقد جاء في الخرشي ما نصه : " وإذا لم يضمن الحيوان فإنه يضمن سراجها ولجامها ما أشبه ذلك " [٤] ، وجاء في مغني المحتاج : " قال القاضي : ولو استعار بمن عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه لأنه لم يأخذها ليستعملها بخلاف إكاف[٥] الدابة "[٦] .

---

(١) المبسوط ١٣٧/١١ ، الخرشي ١٢٤/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٤٠/٣ ، نهاية المحتاج ١٢٦/٥ ، كشاف القناع ٣٢٣/٢ ، الروض المربع ٢٢١/٢ ، المحلى ١٦٩/٩.

(٢) تكملة المجموع ٢٠٧/١٤ ، مغني المحتاج ٢٩١/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٢/٥ وما بعدها ، كشاف القناع ٣١٥/٢ ، المغني ٣٥٥/٥.

(٣) الخرشي ١٢٣/٦ ، مغنى المحتاج ٢٦٧/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٧/٥

(٤) الخرشي ١٢٣/٦

(٥) إكاف : اللجام أو السرج (لسان العرب : مادة إكاف ٩/٩)

(٦) مغنى المحتاج ٢٦٧/٥ .

ولا ضمان على شريك المستعير ولا نائبه إن أتلف الدابة المستعار في يده ، من غير تعد أو تقصير [١] .

وكذلك لا ضمان على مروض الدابة حيث لم يفرط لأنه إنما أخذها لغرض المالك فإن تعدى كما لو ركبها في غير الرياضة ضمن ، وكذلك لو سلمه قن ليعلمه حرفة فلا ضمان فإن علمه في غيرها فتلفت ضمنه [٢] .

ولو استعمل المستعير العارية استعمالا جرت العادة به لا تعد فيه ولا تفريط فتلفت فلا ضمان كمن ربط الحمار المستعار في شجرة فوقع الحبل في عنقه واختنق لا يضمن لأن الربط معتاد [٣] .

تأجير المستعير للدابة :

لا يجوز تأجير الشيء المستعار أو إعارته [٤]، ففي تبيين الحقائق ما نصه : " ولا يؤجر لأن الإجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لأنه لو جازت الإجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فلا يلزمه بغير رضاه ولأنه يلزم من جوازها لزوم مالا يلزم وهي العارية أو عدم لزوم ما يلزم فهي الإجارة فلا يجوز [٥] .

وهذا بخلاف المستأجر للعارية فإن من حقه إعارتها ولا ضمان على المستعير من المستأجر إن لم يكن تعد منه أو تفريط [٦] .

ولكن يا ترى ما موقف العلماء من ضمان الشيء المستعار لو أعاره أو أجره

---

(١) مواهب الجليل ٢٧٢/٥ ، منتهى الإرادات ٥٠٧/١.

(٢) نهاية المحتاج ١٢٨/٥ ، مغني المحتاج ٢٦٨/٢ .

(٣) الفتاوى الهندية ٢١٣/٣ .

(٤) منتهى الإرادات ٥٠٥/١ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٨٥/٥ ، تكملة المجموع ٢٠٩/١٤ ، المغني ٣٦٢/٥ .

(٥) تبيين الحقائق ٨٥/٥ .

(٦) راجع المراجع السابقة .

المستعير هل يأخذ المالك الضمان من المستعير الأول أو الثاني إن كان أعارها إليه أو يأخذها من المستأجر إن كان استأجرها من المستعير ؟

في الحقيقة اتفق الفقهاء على أن المالك له حق الرجوع بأجرة المثل أو الضمان في حالة التلف على من شاء منهما لأن كلا منهما قد تصرف بالعين دون إذن صاحبها فإن كان الثاني عالما بالعارية ورجع المالك عليه فلا يرجع هو على الأول لأنه غاصب مثله ، وإن كان جاهلا رجع على الأول لأن المغرور يرجع على من غره فالضمان يستقر على العالم دون الجاهل [١] .

رد الحيوان :

لا خلاف في أن الإنسان المستعير إن لم يرد الحيوان فهو ضامن له ولا خلاف أيضاً في أنه يجب رده إلى مالكه فهل عليه ضمان ؟ ولكن يا ترى لو قام برده إلى نائب المعير أو زوجه أو ولده أو إلى حرزه أو إسطبله في الحقيقة لم تتفق كلمة الفقهاء واختلفوا إلى فريقين:

الفريق الأول : وهو قول الشافعية والحنابلة حيث قالوا بأنه يمكن ردها إلى المالك أو نائبه أو زوجته أما إلى إسطبله أو غلامه فلا يصح ويضمن [٢] .

الفريق الثاني : وهو قول الحنفية استحسانا حيث قالوا : " بجواز ردها إلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأضافوا جواز ردها إلى إسطبله وداره ولا يضمن "[٣]

ووجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لأن الإسطبل أو الدار في يد المالك ولو ردّها على المالك كان كردهما إلى الإسطبل أو الدار فكان الرد إليهما ردا على المالك بخلاف الوديعة لأنها للحفظ " .

وقد ذكر الزيلعي أن العمل في القضاء والعرف في عصره كان على خلاف هذه

---

(١) راجع المراجع السابقة .

(٢) تكملة المجموع ٢٠٩/١٤ ، منتهى الإرادات ٥٠٧/١.

(٣) الفتاوى الهندية ٢١٥/٣ ، تبيين الحقائق ٨٩/٥ .

الفتوى إذا لا تبرأ يد المستعير إلا بالتسليم إلى يد صاحبهما [1] .

المطلب الثالث

إعارة الأرض للزراعة أو للبناء

أولاً : الضمان في إعارة الأرض للزراعة :

اتفق الفقهاء عدا الظاهرية على أنه إذا أعاره أرضا للزراعة سواء مطلقة أو مقيدة ثم أراد المعير لها أن يأخذها لم يكن له ذلك حتى يصير الزرع صالحا للحصاد ، أي تتـــرك الأرض في يد المستعير إلى وقت الحصاد وإن كان المعير قد حدد مدة وامتد الحصاد إلى ما بعد هذه المدة المحددة فله أجر المثل عن هذه المدة استحسانا ، ولو أصر المعير على أخـــذ أرضه من المستعير وحجبه عنه المستعير لم يضمن وذلك لأن مقدار الأرض معلوم كالأجل المعلوم [2] .

غير أن الشافعية في رواية عندهم [3] ذهبوا إلى أن للمعير أخذ أرضه في وجهين :

أولهما : للمعير قلع الزرع ويغرم أَرْش نقصه .

ثانيهما : له التملك بالقيمة في الحال [4] .

أما إذا كان الحصاد ممتدا عن المدة المحددة يرجع إلى تقصير المستعير بتـــأخيره في الزراعة عن موعدها فلا يلزم المعير إبقاء الزرع ، ولو امتنع المستعير عن تسليم المعير أرضه ضمن لأنه يكون غاصبا .

والراجح من وجهة نظري ما ذهب إليه الجمهور وذلك لأن عقد الإعارة يفيـــد

---

(١) تبيين الحقائق ٨٩/٥ .

(٢) البدائع ٤١٥/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٢٧/٤ ، تبيين الحقائق ٨٨/٥ ، الخرشي ١٤٦/٦ ، مغني المحتاج ٢٧٣/٢ ، المغني ٣٦١/٥ وما بعدها ، كشاف القناع ٣١٧/١ .

(٣) نهاية المحتاج ١٤٩/٥ .

(٤) مغني المحتاج ٢٧٣/٢ .

تمليك منفعة العين للمستعير تمليكا مؤقتا وذلك حفاظا على جهد المستعير وماله المبذول في تمهيد الأرض وحرثها وتجهيزها للزراعة فمن باب أولى أن يكون من حقه الحصاد على ما بذل ، ففي إعطاء الأرض للمعير كما ذهبت الظاهرية في أي وقت فيه جور وظلم للمستعير وهذا مالا يرضى به أحد . هذا إن لم يكن التقصير من قبل المستعير كالتأخير في الزرع عن موعده فإن كان كذلك ضمن الزيادة في الوقت ودفع أجر المثل عنها .

ثانياُ : الضمان في إعارة الأرض للبناء :

وكذلك اتفق الجمهور عدا الظاهرية أيضاً فيما إذا أعار أرضا للبناء فإن كانت الإعارة مطلقة فله – أي المعير – أن يجبر المستعير على نقض البناء لأن في الترك ضررا بالمعير لأنه لا نهاية له ولا يضمن المعير شيئا من قيمة البناء لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ، ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يؤقت فيه وقتا فأخرجه قبل الوقت ، والمستعير ملتزم غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق من المعير وعد بذلك [1] . غير أن المالكية من الجمهور ذهبوا إلى أن الإعارة لو مطلقة ورجع المعير على المستعير لأخذ أرضه لزم عليه دفع قيمة ما أنفقه للمستعير، وما تجشمه في سبيل البناء [2] .

أما إن كانت الإعارة مطلقة فاتفق الجمهور على أن للمعير أخذ أرضه من المستعير عند انقضاء المدة وللمعير الخيار إن شاء أمر المستعير بنقض بنائه وتسوية الأرض كما كانت وإن شاء أمره بإبقاء كل ذلك ويدفع له قيمته [3] .

أما الظاهرية فذهبوا إلى أن الإعارة سواء كانت مؤقتة أو مطلقة فللمعير أخذ

---

(1) البدائع ٤١٥/٦ ، الخرشي ١٤٦/٦ وما بعدها ، مغني المحتاج ٢٧٣/٢ ، كشاف القناع ٣١٨/٢ وما بعدها ، المغني ٣٦٨/٥.

(2) حاشية الدسوقي ٤٤٤/٣ .

(3) المراجع السابقة .

أرضه وله هدم بناء المستعير متى شاء بلا تكليف عوض ، لأنه لا يحل مال أحد بغير طيب نفس منه والمعير لم يهب الأصل فيرجع فيه متى شاء [1] .

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور وذلك لما فيه من عدل بين المعير والمستعير فللمعير الأرض وللمستعير مواد البناء عند النقض أو أخذ القيمة من المعير عند تركه إياها مقابل ما أنفقه ولقاه من تعب في البناء .

المطلب الرابع

تغير حال العارية

يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان بعدة أسباب منها :

١- التضييع ؛ والإتلاف حقيقة بإلقائها في مضيعة لأن إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان لما فيه من إعجاز المالك عن الانتفاع بماله .

٢- الإتلاف بمعنى المنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة المحددة في عقد الإعارة حتى لو حبس المستعير المستعار بعد انقضاء المدة أو بعد رجوع المعير ومطالبته برد المستعار قبل المدة فإنه يدخل في ضمانه لأنه واجب الرد لقوله ﷺ " العارية مؤداة " " وعلى اليد ما أخذت حتى ترد " . ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة والطلب فصارت العين في يده كالمغصوب ، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه .

٣- مخالفة المستعير لما هو مشروط في العقد حقيقة أو عرفا .

٤- التقصير في حفظ المستعار فلو قصر المستعير في الحفظ حتى ضاع المستعار ضمنه لأنه بعقد الإعارة التزم حفظه .

٥- جحود المستعير وإنكاره على مالكه عند طلبه حتى ولو قامت البينة على إعارته أو نكل المستعير عن اليمن أو أقر به دخل في ضمانه لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود ، والمستعير لما جحد فقد عزل نفسه فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده

---

(1) المحلى ١٦٩/٩ .

بغير إذنه فيكون مضمونا عليه فإذا هلك تقرر الضمان [1]

الخاتمة

أود أن أذكر أهم النتائج وهي :

١-أكدت الدراسة ان العارية تعتريها الأحكام التكليفية .

٢-رجحت الدراسة جواز العارية من الصبي المميز المأذون له .

٣-رجحت الدراسة أن عقد العارية لا يقبل شرط ضمانها .

٤-أن الضمان شرع حفظاً للحقوق ورعاية للعهود وجبراً للضرر وقمعاً للعدوان وزجراً للجناة وحداً للاعتداء .

٥-العارية في يد المستعير أمانة إن هلكت في يده من غير تعد لم يضمنها وإن فرط ضمن ذلك لما هو موجود في عقد العارية من نفع للمستعير وتعاون على البر ، والناس في حاجة إلى هذا البر وقال تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى " وقال ﷺ : " الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه " .

٦- إن الأرض الزراعية المعارة للحرث تترك حتى الحصاد فإن تأخر الحصاد بعذر فلا يجبر المستعير على القلع وللمعير أجر المثل وإن كان التأخير بسبب المستعير أجبر على القلع ولا ضمان على المعير .

٧- من حق المعير في الأرض المعارة للغرس أو البناء إن لم يجد وقتا أن يرجع في أي وقت لأن الغرس أو البناء ليس له نهاية معلومة أما المحدد للوقت فإن رجع قبله له ذلك وضمن الغرس أو البناء .

---

(1) البدائع ٤١٤/٦ ، تبيين الحقائق ٨٥/٥ وما بعدها ، الخرشي ١٤٤/٦ ، مغني المحتاج ٢٦٧/٢ ، نهاية المحتاج ٢١٦/٥ ، كشاف القناع ٣٢٤/٢ وما بعدها.

المصادر والمراجع

أولا : التفسير وعلوم القرآن :

١- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (ت ٦٧١هـ) : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩٦م ، وطبعة الشعب .

ثانيا : كتب الحديث :

١- الجامع الصحيح : للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت٣٥٦هـ) ، المكتبة السلفية ، دار الريان للتراث ، القاهرة .

٢- سنن ابن ماجة : عبد الله محمد بن يوسف القيزويني (ت ٣٢٧هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، طبعة دار الحديث الطبعة الأولى ١٩٩٨م .

٣- سنن أبي داود : لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، دار الريان للتراث ، طبعة ١٩٨٨م .

٤- السنن الكبرى للبيهقي : لأبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، مجلس دائرة المعارف النظامية ، الهند .

٥- صحيح مسلم بشرح النووي: محيى الدين أبي زكريا النووي ــ راجعه: الشيخ خليل الميس ــ بيروت ــ دار القلم ــ لبنان

٦- مسند الإمام أحمد بن حنبل : تحقيق محمد ناصر الدين الألباني ، وبهامشه كتر العمال ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى .

٧- المصنف:عبد الرزاق الصنعاني ــ تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ــ بيروت ــ المكتب الإسلامي ــ الطبعة الثانية ١٩٨٣م

ثالثا : كتب الفقه :

أ- المذهب الحنفي :

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٩م .

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية وهي طبعة مصورة نقلا عن الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى ببولاق ، ١٣١٣هـ .
٣- حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار إلى الدر المختار : محمد أمين بن عمر عابدين ، الطبعة الثالثة ١٣٢٤هـ .
٤- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: لابن نجيم ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت.
٥- شرح المجلة: سليم رستم ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ الطبعة الثالثة
٦- شرح فتح القدير : للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الأولى ١٩٧٠م ، ومع حاشية السعدي الحلبي .
٧- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: للشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند ـ دار الفكر ـ الطبعة الثالثة ـ ١٣١٠هـ
٨- المبسوط : لشمس الدين أحمد بن أبي سهيل السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، وطبعة أخرى لدار الفكر ، بيروت ، ولا فرق بين الطبعتين .

ب- المذهب المالكي :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : للقاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، دار الكتب الاسلامية ، الطبعة الثانية ١٩٨٣.
٢- حاشية الدسوقي : لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير ، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات العلامة المحق الشيخ محمد عليش .
٣- الخرشي على مختصر سيدي خليل: محمد الخرشي ـ دار الفكر ـ الطبعة الثانية ـ ١٣١٧هـ .
٤- شرح حدود ابن عرفة: طبعة المملكة المغربية ـ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ مطبعة فاضل ـ المغرب ـ ١٩٩٢م.
٥- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : لأبي البركات أحمد بن

محمد بن أحمد الدردير ، وبهامشه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، خرج أحاديثه وفهرسه مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف.
٦- الشرح الكبير: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ــ دار الفكر ــ بيروت.
٧- مواهب الجليل شرح مختصر خليل : لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة .

ج- الشافعية :

١- فتح العزيز : للرافعي ــ بهامش المجموع ــ دار الفكر.
٢- روضة الطالبين: لأبي زكريا النووي ــ تحقيق : عادل أحمد عبد الموجودــ على محمد معوض ــ دار الكتب العلمية ــبيروت ــ ١٩٩٢م.
٣- المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا النووي ــ دار الفكر ــ بيروت.
٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج : للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٨م .
٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين بن شهاب الرملي ــ طبعة البابي الحلبي ــ القاهرة ــ طبعة ١٣٨٦هـ .

د- المذهب الحنبلي :

١- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية ــ مكتبة الكليات الأزهرية ــ القاهرة
٢- الروض المربع شرح زاد المستنقع مختصر المقنع : شرف الدين أبي النجا الحجاوي ، شرح منصور بن يوسف البهوتي ، مطبوع مع حاشية النجدي
٣- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى : للعلامة منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .
٤- كشاف القناع على متن الإقناع: لمنصور البهوتي ــ عالم الكتب ــ بيروت.
٥- المبدع فى شرح المقنع : لابن مفلح ، المكتب الإسلامي ، بيروت .
٦- المغني : لابن قدامة ، طبعة دار الفكر ــ بيروت.
٧- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات: لتقي الدين محمد ابن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت.

هـ- الظاهرية :

١- المحلى : لابن حزم : أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ـــ تحقيق : أحمد محمد شاكر ـــ دار التراث ، القاهرة .

رابعا : الفقه الحديثة:

١- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون : د / محمد أحمد عبد الهادي سراج ـــ دار الثقافة للنشر والتوزيع ـــ القاهرة ـــ الطبعة الأولى.

خامسا : كتب اللغة والمعاجم:

١- القاموس المحيط : للفيروز أبادي ـــ مؤسسة الرسالة ـــ بيروت ١٩٨٧م.

٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد القري الفيومي ـــ الطبعة الأميرية ببولاق ـــ القاهرة.

٣- لسان العرب : لابن منظور ـــ مطبعة دار الفكر