

جامعة الملك عبدالعزيز

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة

قسم الدراسات العليا الشرعية

فرع الفقه

مطالبة الدكتور حسان - مطالبة الدكتور حسان حيد

السيد ناصر محمد الرامس

مطالبة الدكتور حسان حيد

عقد العارضة في الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة لتسليم درجة الماجستير

في الفقه

٢٠٠٦٩٠

إعداد

عبدالله بن صالح بن عبد العزيز العلي

إشراف

فضيلة الدكتور محمد شعيبان حسين

عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م



١١٩



٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٠٠١٨٩

كلمة شكر وتقدير
~~~~~

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الامين ، امام الشاكرين ، وسيد

المتفضلين ، اما بعد :

لغير

فيطيب لى ان اتقدم باسمى آيات الشكر والتقدير الى صاحب  
الفضيلة سيادة الدكتور محمد شعبان حسين ، الرجل الفاضل الذى اشرف  
على هذه الرسالة والذى منحنى من علمه ووقته الشئ الكثير خلال مدة  
اعدادى لها ، حتى تمكنت من اخراجها بهذه الصورة التى ارجوان تكون  
مرضية ان شاء الله .

فالله اسأل ان يجزيه الله عنى كل خير ، وان لا يحرمنا من علمه وفضله

انه سميع مجيب .

كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ساهم فى اخراج هذا

البحث من مشائخ وزملاء واصدقاء ، راجيا من المولى العلى القدير

ان يجزل لهم ثواب الدنيا والاخرة ، انه سميع مجيب .

ولا يفوتنى هنا ان انوه بما تقوم به ادارة قسم الدراسات العليا

بجامعة الملك عبد العزيز بمكة المكرمة ، وادارة مكتبة الحرم المكي ، من

خدمات جليلة تستهدف مساعدة الباحث فى الخلوص الى كل ما يحتاج اليه

فى بحثه بسهولة ويسر . فلهم منى الدعاء المخلص بان يسد الله خطاهم

لصالح هذه الامة ، وان يجنبهم مزالق الغى والضلال ، وان يعينهم على

القيام بمسئولياتهم ، انه بالاجابة جدير وعلى ذلك قديره ، وآخر دعوانا ان

الحمد لله رب العالمين .

فهرس محتويات الرسالة

الصفحة

|    |                                                           |
|----|-----------------------------------------------------------|
| ١  | المقدمة                                                   |
| ٩  | <u>الباب الاول : في العقد</u>                             |
| ١٠ | الفصل الاول : في تعريف العقد                              |
| ١٠ | المبحث الاول : في تعريف العقد لغة واصطلاحا                |
| ١٠ | تعريف العقد لغة                                           |
| ١٣ | تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء                             |
| ٢٣ | المبحث الثاني : في نبذة مختصرة عن تاريخ التعاقد بين البشر |
| ٢٨ | الفصل الثاني : في اركان العقد واقسامه                     |
| ٢٩ | المبحث الاول : في اركان العقد                             |
| ٣٢ | المبحث الثاني : في اقسام العقد                            |
| ٣٢ | تقسيم العقود بالنظر الى المشروعية وعدمها                  |
| ٣٣ | تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها                          |
| ٤٣ | تقسيم العقود من حيث النفاذ وعدمه                          |
| ٤٥ | تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه                          |
| ٤٧ | تقسيم العقود من حيث تبادل الحقوق                          |
| ٤٩ | تقسيم العقود من حيث الضمان وعدمه                          |

هنا خارج عن  
طلب البحث

الصفحة

الباب الثاني

- ٥٢ في تعريف العارية وادلة مشروعيتها وحكمة تشريعها وحكمها
- ٥٣ الفصل الاول : في تعريف العارية
- ٥٣ المبحث الاول : في تعريف العارية لغة
- ٦٠ المبحث الثاني : في تعريف العارية في اصطلاح الفقهاء
- ٦٠ اولا : تعريف العارية عند الاحناف
- ٦٤ ثانيا : تعريف العارية عند المالكية
- ٦٦ ثالثا : تعريف العارية عند الشافعية
- ٦٨ رابعا : تعريف العارية عند الحنابلة
- ٦٩ خامسا : تعريف العارية عند ابن حزم الظاهري
- ٦٩ سادسا : تعريف العارية عند الشيعة الزيدية
- ٧٠ مناقشة تعريفات العارية وبيان الراجح منها
- ١٠٦ الربط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحى للعارية
- ١٠٩ الفصل الثاني : ادلة مشروعية العارية، وحكمة تشريعها وحكمها
- ١١٠ المبحث الاول : ادلة مشروعية العارية وحكمة تشريعها
- ١١٩ المبحث الثاني : حكم عقد العارية

الباب الثالث : في اركان عقد العارية

- الفصل الاول : في صيغة عقد العارية



الصفحة

|     |                                                                    |
|-----|--------------------------------------------------------------------|
|     | المبحث الاول : في تعريف الصيغة                                     |
| ١٣٠ | المبحث الثاني : آراء العلماء في اعتبار القبول ركناً في عقد العارية |
| ١٣٥ | المبحث الثالث : في وسائل التمييز عن ارادة العقد                    |
| ١٣٦ | المطلب الاول : في التعاقد بواسطة الالفاظ                           |
| ١٣٧ | اللفظ الصريح                                                       |
| ١٤٠ | اللفظ الكئاني                                                      |
| ١٤٣ | المطلب الثاني : التعاقد بواسطة الكتابة                             |
| ١٤٦ | المطلب الثالث : التعاقد بواسطة الرسالة                             |
| ١٤٨ | المطلب الرابع : التعاقد بواسطة الاشارة                             |
| ١٤٩ | المسألة الاولى : اشارة الناطق                                      |
| ١٥٠ | المسألة الثانية : اشارة العاجز عن النطق                            |
| ١٥١ | اولا : الخرس الاصلي                                                |
| ١٥٣ | ثانيا : الخرس الطارىء                                              |
| ١٥٥ | المسألة الثالثة : بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة            |
| ١٦٠ | المطلب الخامس : التعاقد بواسطة التماطى                             |
| ١٦٠ | المعنى الاول للتماطى                                               |
| ١٦١ | المعنى الثانى للتماطى                                              |
| ١٦٢ | المعنى الثالث للتماطى                                              |

هذا اضافي  
عنه المحرر

الصفحة

- هذه اوصده داخل حكم انشاء عقد العارية بالمعاطاة  
طالع
- ١٦٤
- ١٧٣ المطلب السادس : التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة
- ١٧٥ الفصل الثاني : في المعير، والمستعير، والعين المعاره
- ١٧٦ المبحث الاول : في الشروط المعتبرة في المعير
- ١٧٦ اولا : العقل
- ١٨٨ ثانيا : البلوغ
- ٢٢٦ ثالثا : الرشده
- رابعا : الاختيار
- خامسا : كون المعير مالكا لما يعيره او مختصا به او مأذونا
- ٢٣٥ له بالاعارة
- ٢٤١ سادسا : كون المعير حرا، او مأذونا له بالاعارة
- سابعاً : كون المعير صحيحا عند اعارته لما هو اكثر من
- ٢٤٥ ثلث ماله
- ٢٥١ ثامنا : عدم الحجر على المعير بسبب الدين
- ٢٥٥ المبحث الثاني : الشروط المعتبرة في المستعير
- ٢٥٦ اولا : كون المستعير عاقلا بالفا رشيدا
- ٢٦٢ ثانيا : كون المستعير معينا
- ٢٦٣ ثالثا : كون المستعير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة

الصفحة

- ٢٦٧ رابعا : قبض المستعير للعين المعارة
- ٢٧٠ المبحث الثالث : في الشروط المعتبرة في العين المعارة
- ٢٧٠ اولا : كون منفعة العين مباحة شرعا
- ٢٧١ ثانيا : كون العين المعارة ذات منفعة مقصودة
- ٢٧٣ ثالثا : بقاء العين المعارة بعد الانتفاع بها
- ٢٧٩ رابعا : كون العين المعارة معينة
- ٢٨١ خامسا : كون جهة الانتفاع بالعين المعارة معينة عرفا ونصا
- ٢٨٣ المبحث الرابع : واجب المستعير تجاه العين المعارة
- ٢٨٩ الباب الرابع : تقسيم العارية من حيث الصيغة
- ٢٩٠ الفصل الاول : تقسيم العارية من حيث الصيغة الى مطلقة ومقيدة
- ٢٩١ المبحث الاول : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان
- ٢٩١ اولا : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان
- ٢٩٣ ثانيا : الاطلاق والتقييد من حيث المكان
- ٣٠٠ المبحث الثاني : الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع
- ٣١٥ المبحث الثالث : الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة
- ٣١٧ الحال الاولى : تعيين نوع المنفعة
- ٣٢٢ الحال الثانية : عدم تعيين نوع المنفعة

العين المعارة  
التي هي من  
العين  
التي هي من  
العين  
التي هي من  
العين

ابن اخطام العارية  
او آثار عرفت  
العارية ارض  
فضاله نفس  
لامه صينية اخرى

الصفحة

- الموطن الاول : الاطلاق من حيث المنفعة صراحة ٣٢٢
- الموطن الثاني : الاطلاق من حيث المنفعة دلالة ٣٢٣
- المبحث الرابع : الاطلاق والتقييد من حيث جميع الوجوه اوبعضها ٣٢٦
- المبحث الخامس : ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد من احكام ٣٣٠
- المبحث السادس : في التصرفات التي يملكها المستعير في العين
- المعارة
- ٣٤٠
- المطلب الاول : ايداع العين المعارة ٣٤١
- المطلب الثاني : تأجير العين المعارة ٣٤٦
- المطلب الثالث : رهن العين المعارة ٣٥٥
- المطلب الرابع : اصلاح العين المعارة ٣٧٠
- الفصل الثاني : في تقسيم المعارية من حيث الصيغة الى جائزة قولاً لزمة ٣٧٣
- المبحث الاول : المعارية الجائزة من جانب المعير والمستعير ٣٧٤
- المبحث الثاني : المعارية اللازمة من جانب المعير والمستعير ٣٨٤
- المبحث الثالث : المعارية اللازمة من جانب المعير دون
- المستعير او العكس ٣٨٨
- المبحث الرابع : خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستعير
- ٣٩٢ حال لزوم عقد المعارية

الصفحةالباب الخامس : الضمان في عقد العارية

- ٣٩٦ الفصل الاول : في تعريف الضمان ودليل مشروعيته واركانه
- ٣٩٦ المبحث الاول : في تعريف الضمان لغة واصطلاحاً
- ٤٠٠ المبحث الثاني : في مشروعية الضمان واركانه
- ٤٠٠ \* مشروعية الضمان
- ٤٠٢ \* اركان الضمان
- ٤٠٤ الفصل الثاني : ضمان رد العين المعارة
- ٤٠٥ المبحث الاول : مشروعية ضمان رد العين المعارة وموجب ذلك
- ٤٠٥ مشروعية ضمان رد العين المعارة
- ٤٠٦ موجب رد العين المعارة
- ٤٠٦ الحال الاولى : رجوع المعير عن عقد العارية
- ٤٠٨ الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة
- ٤٠٩ الحال الثالثة : موت المعير او المستعير
- ٤١٢ الحال الرابعة : جنون احد العاقدين او اغمائه او الحجر عليه
- ٤١٣ المبحث الثاني : الرد المبرأ من الضمان
- ٤١٤ المسألة الاولى : رد العين المعارة الى معيرها او الى وكيله
- ٤١٤ المسألة الثانية : رد العين المعارة الى من في عيال المعير
- ٤١٩ المسألة الثالثة : رد العين المعارة الى ملك المعير

الصفحة

- المسألة الرابعة : رد العين المعارة الى المعير مع من في  
٤٢٠ عيال المستعير
- المسألة الخامسة : رد العين المعارة الى المعير مع جنبي  
٤٢٢
- المسألة السادسة : رد العين المعارة الى الحاكم او الولي  
٤٢٨
- المسألة السابعة : تسليم العين المعارة للمعير في الموضع  
الذي حصلت فيه الاستعارة  
٤٢٩
- المبحث الثالث : اجرة رد العين المعارة  
٤٣٠
- الفصل الثالث : ضمان العين المعارة بعد تلفها  
٤٣٤
- المبحث الاول : الاصل في العارية من حيث الضمان وعدمه  
٤٣٥
- المبحث الثاني : فيما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه  
٤٤٦
- المطلب الاول : فيما يوجب ضمان العين المعارة  
٤٤٦
- المطلب الثاني : فيما يوجب سقوط الضمان عند الشافعية  
والحنابلة  
٤٤٩
- المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد العارية او نفيه  
٤٦٠
- المطلب الاول : اشتراط الضمان في عقد العارية  
٤٦٠
- المطلب الثاني : اشتراط نفي الضمان  
٤٦٦
- المبحث الرابع : الواجب في ضمان العارية  
٤٧١
- الفصل الرابع : ضمان الزوائد ، والمنفعة  
٤٩٦

الصفحة

- ٤٩٧ المبحث الاول : ضمان زوائد العين المعارة
- ٥٠٤ المبحث الثاني : ضمان منفعة العين المعارة
- ٥٠٢ المطلب الاول : في مالية المنافع وحكم ضمانها
- ٥١٢ المطلب الثاني : فيما يوجب ضمان منفعة العين المعارة
- ٥١٩ الباب السادس : في الاختلاف بين المعير والمستعير
- ٥٢٠ الفصل الاول : الاختلاف في ملكية العين المعارة
- ٥٤٠ الفصل الثاني : الاختلاف في انشاء عقد العارية
- الصورة الاولى : اذا اختلف مالك المال وقابضه في قبض  
المال اكان على سبيل العارية ام على  
سبيل الاجارة
- ٥٤٠
- الصورة الثانية : اذا قال المالك : غصبتني هذه العين  
وانكر القابض وادعى انه اعاره اياها
- ٥٤٧
- الصورة الثالثة : اذا اختلف المالك والقابض في الايداع  
والاعارة فادعى احدهما الايداع والآخر  
الاعارة
- ٥٤٩
- الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بين المعير والمستعير
- ٥٥١ بعد انشاء عقد العارية

هذا لا يدخل  
لعمري العين  
الاعارة  
فصل الايداع  
والدعوى

الصفحة

|     |                                                      |
|-----|------------------------------------------------------|
| ٥٥١ | المسألة الاولى : الاختلاف فى الاطلاق والتقييد        |
| ٥٥٤ | المسألة الثانية : الاختلاف فى اشتراط بعض الشروط      |
|     | المسألة الثالثة : الاختلاف فى صفة العين المعارة      |
| ٥٥٥ | او قيمتها عند التلف                                  |
| ٥٥٦ | المسألة الرابعة : الاختلاف فى رد العين المعارة       |
| ٥٥٨ | المسألة الخامسة : الاختلاف فى سبب هلاك العين المعارة |
| ٥٦٢ | الخاتمة                                              |
| ٥٧٢ | قائمة المراجع                                        |



بسم الله الرحمن الرحيم

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين  
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين ، اما بعد : فان الاشتغال بالعلم  
والمنايعة به من اهم الاعمال واقدسها ، واكثرها ثمرة ومردودا عسى  
حياة الافراد والمجتمعات .

فقالعلم يرتقى الانسان عن حضيرة الجهل والتخلف ، ليتسامى  
الى المستوى اللائق بتفضيله على سائر المخلوقات ، والعلم يصل  
الانسان الى الوعي والادراك الخليق به كخليفة لله في ارضه ، اذ يد يخلص  
الى معرفة ما يهيم من امور معاشه ومعاده .

والمعلم في الواقع بحر زاخر لا ساحل لده ولا حد لجزره ،  
وهو على هذا ، منه المهم والهام والاهم .

ولست هنا لاقرر حقيقة اذ قلت : بان التشريع الاسلامي

من اهم العلوم واجلها اذ تلك قضية مسلمة لا مجال للشك فيها ، ولا  
جدال في ثبوتها .

وحسب الانسان ان يعلم ان التشريع الاسلامي ، منهاج انزل

من السماء ، ليحكم تصرفات الانسان وسلوكه ، حتى يستشعر مدى  
عظمته واهميته في حياته ، وحياة أسرته ومجتمعه .

فهو منهاج انزل من لدن خبير عليم ، خبير باحوال البشر

ورغبتهم ، عليهم بما يصلح معاشهم ومعادهم ، بصير بجميع ما يحسق  
الامن ، والرفاهية والاستقرار لهم .

انزل من عند رب رحيم لطيف بعباده ، ليكون رحمة للعالمين  
وسراج هداية لهم ، ينظم علاقاتهم وورثتها ، وسموا بانسانيتهم التي  
المقام اللائق بها .

فهل هناك علم ، أهم من هذا العلم في حياة الانسان ؟ خاصة  
في هذا العصر الذي كثر فيه الازمات ، فمن ازمات اخلاقية ، التي  
ازمات اقتصادية ، الى ازمات سياسية ، الى غير ذلك من الازمات  
التي اصيبت بها المجتمعات الدولية في هذا العصر ، وما اغناها عن ذلك ،  
لواتخذت من هذا التشريع منهاج حياتها .

وهي هذا ، فليس من المبالغة في شيء ، اذا قلت : بان علوم  
التشريع الاسلامي معلوم لا اهم ، ولا اقدس ، ولا اشرف منها بين  
سائر علوم الانسان .

واذا كان الامر كذلك ، فان لهذه العلوم حقا كبيرا على ابنسائه  
الدين الاسلامي وواجبا جليلا ، لا يتمثل فقط في احترام هذه العلوم  
وتقدسها ، وانما في الاهتمام بدراستها ايضا ، والاشتغال بعلومها ،  
والاهتمام بها في جميع مجالات الحياة .

واقترعا مني بهذا المبدأ ، كان لي شرف الانضمام للجامعة  
الاسلامية بالمدينة المنورة ومنها حصلت على شهادة كلية الشريعة .  
ولما كانت علوم الشريعة الاسلامية ، اكبر من ان يحيط بها دارس

أحاطة تامة ، عقدت العزم على التخصص في احد علومها ، وذلك  
لاقتناعي التام بأهمية التخصص ، ومدى فعاليتها في اثراء العلوم جميعها .  
ومن هنا كان لي شرف الالتحاق بجامعة الملك عبد العزيز  
لا تخصص في علم من اهم علوم التشريع الاسلامي ، الا وهو ، علم  
الفقه .

وكفي القارئ العزيز ان يعلم : ان الفقه " عبارة عن الملهم  
بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من ادلتها التفصيلية " (١) ليتمسي  
مدى أهمية هذا العلم في حياة الفرد والاسرة والمجتمع .

ولما كان نظام هذه الجامعة ، يوجب على كل من يريد الاختصاص  
في احد العلوم ان يقدم بحثا او رسالة في احدى جزئيات اختصاصه  
ليتمعرف بذلك على اسهل الطرق للبحث في مجال الاختصاص الذي ينوى الاشتغال  
به : تقدمت لمجلس كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، وسجلت  
هذا البحث ، الذي اكتب له هذه المقدمة وهو عقد المارسة في الفقه  
الاسلامي " .

والواقع ان احدا ، لم يفرض علي دراسة هذا الموضوع ، اذ ان  
المثوق على هذه الرسالة ، يتيح لابنائها ، فرصة اختيار المواضيع التي

---

(١) البيضاوى - منهاج الاصول في علم الاصول ج ١ / ١٩ مطبوع مع  
شرح البدخشي وشرح الاسنوى .

يجدونها مناسبة ، وجديرة بالبحث والمناقشة ، ولا يخفى ما لهذه الطريقة من ايجابيات ، ولعل من اهمها المساهمة في استقلال شخصية الطالب <sup>الاسرياح</sup> وفرض روح الاعتماد فيه على النفس ، وتلك مسألة ذات اهمية كبرى في حياة الباحث العلمية ، وخاصة في مرحلة ، ما بعد الجامعة .

ولعل من اهم الاسباب التي دعيتي لاختيار هذا الموضوع ، سببين رئيسيين :

أحدهما :- اني لم اجد اiban تسجيلي لموضوع عقد العارية في الفقه الاسلامي ، من بحثه بحثا مستقلا مقارنا ، ويعلم الله اني اجتهدت في البحث عن ذلك ، في المملكة العربية السعودية وفي مصر والشام والعراق فلم اجد شيئا من ذلك ، وفوق كل ذي علم عليم .

ومن هنا رأيت ان اخدم طلبة العلم ، في ابراز هذا الموضوع في كتاب مستقل يجمع شتات مسائله من كتب الفقه ، ويضم آراء الفقهاء في كل مسألة من مسائله ما امكن <sup>الى</sup> ذلك ، ليسهل على طلبة العلم الاطلاع على آراء الفقهاء في سائر مسائل هذا الموضوع .

السبب الثاني :- ما لاحظته من ان دراسة عقد العارية ، او غيره من العقود ، تعنى الاطلاع على اغلب احكام العقود الاخرى ، وذلك لان سائر العقود في الشريعة الاسلامية تشترك في اكثر الاحكام ، ومن هنا نشأ ما يسمى بنظرية العقد في الفقه الاسلامي .

ولا يخفى ما للاحاطة باغلب احكام العقود ، من اثر كبير في رفع

المستوى العلمي للباحث وخاصة ذلك الباحث الذي لا يزال ، في اول عتبات  
الاختصاص .

ولعل من اهم الصعوبات التي واجهتني خلال بحثي لمسائل هذا  
الموضوع ، انتشار جملة من مسائله في كتب المقود الاخرى ، وغيرها .

فهو وان كان مما افرد في كتب الفقه ، بباب مستقل ، الا ان  
الفقهاء لم يذكروا جميع ما يتعلق به في بابه .

ولهذا يضطر الباحث ، اذا عرضت له مسألة ما ، ولم يجد لها  
حكما في كتاب العارية ان يبحث في مضانها في كتب المقود الاخرى ، وقد  
لا يوفق في العثور عليها ، الا بعد جهد مضمّن وعمل شاق .

ولقد رفقت والله الحمد بعد بذل الجهد ، ان ابحت مسائل هذا  
العقد في الفقه الاسلامي وذلك في ستة ابواب وخاتمة و هي كما يلي :

الباب الاول : في العقد ، وهو باب تمهيدي ، يشتمل على فصلين :

الفصل الاول : -----  
في تعريف العقد لغة واصطلاحا .

والفصل الثاني : -----  
في اركان العقد واقسامه .

اما الباب الثاني : ففي تعريف العارية ، وادلة مشروعيتها ، وحكمها ، وينقسم

هذا الباب الى فصلين :

الفصل الاول : -----  
في تعريف العارية في اللغة العربية ، وفي اصطلاح

الفقهاء .

والفصل الثاني :  
في ادلة مشروعية عقد العارية ، من الكتاب  
والسنة ، والاجماع مع بيان حكمة تشريعها ، وحكمها  
من حيث الوجوب ، والندب ، والكراهة والحرمية  
والاباحة .

واما الباب الثالث:  
ففي اركان عقد العارية ، ويشتمل على فصلين :

الفصل الاول :  
في صيغة عقد العارية .

والفصل الثاني :  
في المعير والمستعير والعين المعارة ، وما يتعلق  
بهم من شروط مع ذكر بعض الاحكام المرتبطة بهم .

واما الباب الرابع :  
ففي تقسيم العارية من حيث الصيغة ، ويشتمل هذا  
الباب على فصلين :

الفصل الاول :  
في تقسيم العارية من حيث الصيغة الى مطلقة  
ومقيدة .

والفصل الثاني :  
في تقسيم العارية من حيث الصيغة الى جائزة  
ولازمة .

اما الباب الخامس:  
ففي الضمان في عقد العارية ، ويشتمل على اربعة  
فصول :

الفصل الاول :  
في تعريف الضمان ، ودليل مشروعيته ، واركانه .

الفصل الثاني : -----  
• في ضمان رد العين الممارة •

الفصل الثالث : -----  
• في ضمان العين الممارة •

الفصل الرابع : -----  
• في ضمان الزوائد والمنفعة •

اما الباب السادس : -----  
ففي الاختلاف بين المصير والمستعير • وشتمل هذا

الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الاول : -----  
• في الاختلاف في ملكية العين الممارة •

الفصل الثاني : -----  
• في الاختلاف في انشاء عقد العارية •

الفصل الثالث : -----  
• فيما ينشأ من اختلاف بعد انشاء عقد العارية •

اما خاتمة هذه الرسالة : -----  
فتشتمل على اهم النتائج التي توصل اليها الباحث •

والانتهاء من الخاتمة • تكون هذه الرسالة قد انتهت •

ولقد توخيت في هذه الرسالة • ذكر ما تيسر لي العثور عليه

من آراء الفقهاء في كل مسألة تعرض لي • مع ذكر ادلة كل فريق • ومناقشتها

ان امكن ذلك • وترجيح ما اميل اليه بالدليل • ما استطعت الى ذلك سبيلا •

هذا اذا كانت المسألة المطروحة للبحث مسألة خلافية • اما ان كانت

ما لا اعلم فيه خلافا بين الفقهاء • فاذا ذكرها بهذه الصفة مع ذكر ما تيسر

لي من ادلة الفقهاء فيها •

ومعد ، فيعلم الله اني قد بذلت في هذه الرسالة ، جهدا كبيرا ،  
ووقتا واسما ، حتى ظهرت على هذه الصورة ، التي ارجو ، ان تكون في مستوى  
ما بذلته فيها من جهد ووقت ، لا يستهان به .

على ان الباحث مهما حاول الاجادة في بحثه ، والغ في تحريه -

الصواب ، فلا يخلو بمد ذلك من اخطاء وهنات اذ لا عصمة الا لنبى .

فما كان في رسالتي هذه من صواب فهو من الله تفضلا واحسانا  
فله الشكر ما دامت السماوات والارض ، وما كان فيها من خطأ ، فهو من  
نفسي ومن عدو آدم وذريته ، ابليس ، فاستغفر الله من كل خطأ وهنوة ،  
وايسر الى الله من ذلك .

وختاماً : ارجو من العلي القدير ، ان يجعل هذا العمل خالصا

لوجهه الكريم ، وان يتقبله بقبول حسن ، وان ينفع به الاسلام والمسلمين ،  
انه على <sup>منه</sup> ما يشاء قدير ، والاجابة جدير ، والحمد لله رب العالمين والصلاة  
والسلام على اشرف المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين .



الباب الاول : في المقعد

لما كان عنوان هذه الرسالة هو : عقد العارية في الفقه الاسلامي ، فهو  
مكون من كلمتين ، " العقد " و " العارية " رأيت ان اجعل الباب الاول منها ،  
باباً تمهيدياً ، اعرفيه معنى المقعد في اللغة والاصطلاح ، وابين فيه بعد ذلك  
أهم ما يتصل بهذه العبارة من احكام عند الفقهاء بايجاز ، ليسهل علينا الدخول  
بعد ذلك في تفاصيل العبارة التالية ، من عنوان هذه الرسالة وهي : " العارية "  
وما يتعلق بها من احكام . وفيما يلي فصلان لبيان ذلك .

الفصل الاول : في تعريف المقعد ، وفيه مبحثان

المبحث الاول : في تعريف المقعد لغة واصطلاحاً .

المبحث الثاني : في نبذة مختصرة عن تاريخ التعاقد بين البشر .

الفصل الثاني : في اركان المقعد واقسامه .

المبحث الاول : في اركان المقعد .

المبحث الثاني : في اقسام المقعد .

هذا ما لزم ايضاحه في البداية ، فأرجو من العلي القدير أن يوفقني فيما أنا مقدم عليه ،

والله المستعان .

هنا الباب لا يدخل في  
صحة البحث لأنه معلوما  
عامة ، وليس كلمة في تعريف المقعد

## الفصل الاول : في تعريف العقد

### المبحث الاول : في تعريف العقد لغة واصطلاحاً

#### تعريف العقد لغة :

العقد في اللغة العربية : كلمة تطلق ويراد بها • في اغلب معانيها ، الربط ، والشد ، والجمع بين شيئين ، كما تطلق ويراد بها احكام الشيء وتقويته ، والربط في الواقع يتضمن تلك المعاني ، وهو المعنى الاصلى لكلمة "عقد" يقال : عقدت الحبل عقداً فأنعقد ، اي شدته وقوته ، او جمعت بين طرفيه ، فقويت الاتصال بينهما ، واحكمته بالعقد عليها <sup>(١)</sup> ومن هنا قيل : ان العقد حقيقة في ربط الشيء واحكامه ، وتقويته حسياً سواء كان ذلك بين شيئين اولاً ، وعلى هذا فاستعمال العقد في الربط والاحكام المعنوي من قبيل المجاز <sup>(٢)</sup> يقال : عقد العهد والبيع والاجارة ، ونحوها من الالتزامات ، ويراد بذلك اتصال الايجاب والقبول فيها وتشبيه توافقهما على انشاء اثر ما ، بالربط الحسى بين شيئين <sup>(٣)</sup> ، ومن

(١) المقرئ : المصباح المنير ص ٧١ مادة (عقد) ، الرازي - مختار الصحاح

ص ٤٤٤ / ٤٤٥ مادة (عقد) الزيات المعجم الوسيط ج ٢ / ٢٢٠ مادة (عقد)

الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٥٤ ، صديق خان - نيل المرام في تفسير

آيات الاحكام / ٢١٧ ، سليمان محمد - ضمان المتلفات ج ١ / ١٧٠

(٢) الحقيقة عند اهل اللغة ، هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصلاح التخاطب ،

والمجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصلاح التخاطب مع قرينة

مانعة ارادة المعنى الاصلى ، لها شى - جواهر البلاغة / ٢٩٠ / ٢٩١ - الرزقي - علوم البلاغة

(٣) الفيروز بادى - القاموس المحيط ج ١ / ٣١٥

ذلك قوله تعالى : " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " (١) أى لاتعقدوا عقدة النكاح حتى تنتهى المدة ومن ذلك قول الحطيئة :

قوم اذا عقدوا عقدا لجارهم شدوا النماج وشدوا فوقه الكربا (٢)

ويقال : عقدت اليمين وعقدت الايمان ، بالتشديد ، تأكيداً على فعل كذا ، اذا أقسم ان يفعله تشبيهاً لاحكام اليمين وتقويتها بالربط المحكم للحبل ونحوه من الاشياء الحسية ، ومن ذلك قوله تعالى : " لا يؤءخذكم الله بالفوفى ايمانكم ولكن يؤءخذكم بما عقدتم الايمان " (٣) أى لا يؤءخذكم الا فيما تعمدتم الحلف عليه على علم (٤) ، وفى هذه الاية دليل على ان الارادة ، اذا استقلت بانشاء التزام لها ، سى تصرفها هذا ، عقداً ، فى اللغة العربية ، وذلك ظاهر من تسمية اليمين عقداً ، لما فى العقد من عزم قوى على التقيد به . (٥)

(١) سورة البقرة ، آية رقم (٢٣٥) .

(٢) القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ١٩١/٢ وما بعد ها ج ٣٢/٦ ، وقيل فى حاشيته الجامع لاحكام القرآن : النماج خيط او سير يشد فى اسفل الدلو ثم يشد فى عروتها ، والكرب الحبل الذى يشد على الدلو بعد المنين وهو الحبل الاول ، فاذا انقطع المنين بقى الكرب ، وقيل غير هذا ، وهذه امثلة ضربها الحطيئة لايقائهم بالمهد . انظر - القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٣٢/٦ .

(٣) سورة المائدة ، آية رقم (٨٩)

(٤) جاء فى تفسير ، تيسير الكريم الرحمن ، للعلامة عبد الرحمن السعدى ج ١٥٨/٨

" لا يؤءخذكم الله ، أى فى ايمانكم التى صدرت على وجه اللغو ، وهى الايمان التى حلفبها المقسم غير نية ولا قصد ، او عقدها يظن صدق نفسه فبان بخلاف ذلك " ولكن يؤءخذكم بما عقدتم الايمان " أى بما عزمتم عليه ، وعقدت عليه قلوبكم "

(٥) الفيروز بادى - القاموس المحيط ج ١/٣١٥ التوجرى - عقد الكفالة ١/

وقال الهورينى : " الذى صح به ائمة الاشتقاق ، ان اصل العقد ، نقيض  
الحل ، ثم استعمل فى انواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها ، ثم استعمل فى  
التصميم والاعتقاد الجازم " (١)

وعلى هذا ، فالالتزام الحاصل بناء على توافق ارادتين ، او انشاء ارادة واحدة  
يسمى عقدا فى اللغة العربية ، من قبيل المجاز لان قبيل الحقيقة . (٢)

وفى رأى أن العقد يستعمل عند العرب ، فى الاجسام والمعانى ، وهو فيهما  
حقيقة لامجاز ، فيقال عقدت العهد والحبل ، وفى هذا يقول القرطبي رحمه الله  
عند تفسير قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود " (٣) : العقود ،  
الربوط ، واحدها ، عقد ، يقال : عقدت العهد ، والحبل ، والمسل ، فهو  
يستعمل فى الاجسام والمعانى " (٤)

والذى يهمننا مما سبق ان العقد فى اللغة العربية ، يطلق ويراد به ، فسمى  
احد معانيه ، الربط الحاصل بين ارادتين اتفقتا على انشاء تصرفهما ، كما يطلق  
ويراد به التصرف الصادر من ارادة منفردة ، نادامت هذه الاوادة قد الزمت نفسها

- 
- (١) الهورينى - هامش القاموس المحيط ج / ٣١٥ / ١ ، التويرى - عقد الكفالة / ٢٨
  - (٢) الفيروز بادى - القاموس المحيط ج / ٣١٥ / ١
  - (٣) سورة المائدة ، آية رقم (١)
  - (٤) القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج / ٣٢ / ٦ .

بهذا التصرف ، سواء كان هذا الالتزام موافقا للشرع أولا .

وليس مهما بعد ذلك ان يكون العقد حقيقة في الربط ، او الاحكام والتقوية  
حسبا ، او مضمونا ، او في احدهما دون الاخر ، بل المهم استعمال ذلك فى  
اللغة العربية مجازا ، اكان ذلك ام حقيقة ، ولم يخالف احد فيما اعلم ، فى استعمال  
العقد فى ذلك - والله تعالى اعلم .

### تعريف العقد فى اصطلاح الفقهاء :

للعقد فى اصطلاح الفقهاء ، معنيان

المعنى الاول : جاء فى كتاب العناية للبابرى الحنفى ، ان العقد " تعلق  
كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره فى المحل " (١) ونقل ابن نجيم  
عن التوضيح ، بأنه " ربط القبول بالايجاب " (٢)

والى قريب من هذين التعريفين عرفه الجرجاني فى كتابه التعريفات ، بأنه  
" ربط اجزاء التصرف بالايجاب والقبول " (٣) وعرفه <sup>شمس</sup> مرشد الحيران بأنه " عبارة  
عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول من الاخر على : وجه يثبت  
اثره فى المعقود عليه " (٤)

وعرفته مجلة الاحكام المدلية بنفس المعنى تقريبا فقالت : " العقد التزام  
المتعاقدين وتمهدهما امرا ، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب والقبول " (٥) ، وعرفه

- 
- ح
- (١) البابرى - العناية شرح الهداية ، مطبوع فى فتح القدير والهدايق ٢٤٨/٦
  - (٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥/٢٨٣ .
  - (٣) الجرجاني - التعريفات/١٣٣ ، التوجيهى - عقد الكفالة / ٢ .
  - (٤) محمد قدرى - مرشد الحيران ، مادة رقم (٢٦٢) ، التوجيهى - عقد الكفالة / ٢
  - (٥) طائفة من علماء الدولة العثمانية - مجلة الاحكام المدلية ، ماد رقم (١٠٣)

الدسوقي من المالكية " بأنه ، كل ما يتوقع على ايجاب وقبول " (١) وكلها تعريفات متقاربة في المعنى ، فهي تتفق على ان العقد لا يد فيه من عاقدين ، يصدر من أحدهما ، ايجاب لانشاء تصرفا ، كالبيع ونحوه ، ومن الآخر قبول ، على وجه يظهر اثره في المحل المتعاقد عليه شرعا . ولعل من اجمع هذه التعريفات بهذا المعنى " تعريف الاستاذ الفاضل علي الخفيف ، حيث قال : " العقد هو الرابطة بين كلامين ، او ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين ، على وجه يترتب عليه اثره الشرعي " (٢)

فقوله في هذا التعريف : " الربط بين <sup>كلامين</sup> " قيد خرج به ما عدا الكلام مما لا يصلح ، انشاء العقد به وخرج به ايضا الكلامان ، اللذان لا ارتباط بينهما ، بان يخالف أحدهما ما اراد الآخر ، بكلامه ، كأن يقول البائع مثلا ، بعثك هذه السلعة بألف ، فيقول المشتري : اشتريتها بتسعمائة ، ونحو ذلك . وخرج بهذا القيد ايضا ، كل تصرف مستقل بانشاءه ، ارادة منفردة ، كالطلاق والوقف على غير معين ، اذ ليس في مثل هذه التصرفات ونحوها ، ربط بين كلامين ، فليس هناك الاكلام واحد هو الكلام الصادر من الجهة التي ارادت انشاء التصرف . ودخل بقوله : او ما يقوم مقامهما " سائر ما يقوم مقام اللفظ في ارادة التعاقد عند الفقهاء ، كالفعل والكتابة والاشارة ونحو ذلك ، على خلاف بين الفقهاء فسي صلاح هذه الوسائل للتعبير عن الارادة ، وسيأتي الكلام على ذلك مفصلا عند الحديث عن صيغة عقد العارية . (٣)

(١) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / ٣ / ٥

(٢) الخفيف - احكام للمعاملات الشرعية / ٥٤ / ٥٥ .

(٣) راجع ص من هذه الرسالة .

ومن بقولة : " صادرين من شخصين " ما اذا كان الكلامان ، صادرين من شخص واحد ، كما اذا كان العاقد في عقد الزواج مثلا وكلا عن المرأة والرجل ، في زواجهما فقال : زوجت فلانة من فلان ، او كما اذا باع الوكيل في البيع ، السلعة لنفسه ، او محجوره ، حيث لا ينمقد المقد ، هذا عند من يرى من الفقهاء ، ان المقد ، لا يصح انشاءه ، بارادة منفردة ، اما من يرى امكان ذلك ، فيقول ان المقد يجوز ان يمثل بارادته ، ارادتين ، كالوكيل في البيع من الطرفين ، وذلك لان حقوق المقد ، انما ترجع الى الموكل دون الوكيل في سائر العقود ، والوكيل اذا باشر للمقد فانما يباشره لصالح من انابه في ذلك ، ومننا على هذا فليس هناك ما يمنع من مباشرة شخص واحد لعقد النكاح او البيع مثلا متى ما انابته الطرفان او كان وليا لهما . (١)

---

(١) اختلاف الفقهاء في حكم انشاء المقد بارادة منفردة وفيما يلي سرد آرائهم في ذلك اجمالا .

أولا : ذهب غالبية فقهاء المالكية والحنابلة ، الى جواز انعقاد المقد بالارادة المنفردة ، بلا فرق في ذلك بين عقد الزواج وغيره من العقود ، ومننا عليه يصح عند اصحاب هذا الرأي ، ان ينيب العاقدان شخصا في انشاء عقدهما ، فاذا عبر عن ارادتهما في ذلك ، انعقد المقد ، ومن ابرز ادلتهم في ذلك : ما رواه البخاري عن عبد الرحمن بن عوف ، انه قال : قال حكيم ابنة قارظ ، والتجملين امرك الى ، قالت نعم ، قال : تزوجتكم . ووجه الدلالة من هذا الحديث ظاهرة ، وهي ان عبد الرحمن ابن عوف قد مثل بارادته ارادتين ، وقد تم المقد بذلك ، والظاهر انه لما ثبت هذا الحكم في النكاح عندهم اجازوا تعديته الى غيره من العقود بجامع

.....

=

انها التزامات ، تنشأ في الغالب عن توافق ارادتين •  
ثانياً : ذهب ابو حنيفة وصاحبه الى التفريق في هذه المسألة ، بين عقود المعاوضات  
وعقد التزويج فقالوا : يجوز انشاء عقد التزويج بارادة منفردة ، بان يكون العاقد نائباً  
عن الزوجين ، اما عقد المعاوضة كالبيع ونحوه ، فلا يجوز فيه ذلك ، بل لابد من  
ارادتين ، لانشاءه • ولكنهم مع هذا ينشئون بعض عقود المعاوضة بارادة منفردة ،  
في بعض الحالات للضرورة ، مثل بيع الاب او وصية او الجدة ، مال الصغير من نفسه ،  
او شرائه لنفسه ، وكذلك بيع القاضي مال القاصر لقاصر آخر •  
ومن أهم الأدلة الدالة على جواز انشاء عقد التزويج بارادة منفردة ، حديث  
عبد الرحمن بن عوف السابق وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للرجل :  
اترضى ان ازوجك فلانه ، فقال : نعم ، وقال للمرأة : اترضين ان ازوجك فلاناً  
فقلت : نعم ، فزوج احدهما بصاحبه •

حيث دل الحديثان على صحة انشاء هذا العقد ، بارادة منفردة ، وهي ارادة  
النائب عن الزوجين في ذلك ، ولا يمكن قياس عقد البيع ونحوه ، من العقود على  
عقد التزويج ، لان حقوق عقد التزويج ترجع الى صاحب الشأن ، والوكيل في هذا  
العقد سفير ومعبّر ، بخلاف عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات فان الآثار  
المرتبة عليها ، راجعة الى العاقد نفسه ، دون صاحب الشأن ، وعلى هذا ،  
لا يصح في عقد البيع ونحوه ، ان يتولى طرفيه شخص واحد ، اذ لا يتصور الواحد  
مملكا ومملكا ، طالبا ، ومطالبا في وقت واحد •

ثالثاً : ذهب الامام زفر من الاحناف الى عدم انعقاد العقد ، بارادة منفردة ، بلا  
فرق في ذلك بين عقد المعاوضة كالبيع ونحوه وعقد التزويج •  
اما عقد التزويج فلقوله عليه الصلاة والسلام " كل نكاح لم يعضرة أربعة فهو



.....

سفاح ، خاطب ، وولى وشاهدا عدل ، فدل الحديث الشريف ، على ان عقد التزويج لا بد ان يتوفر فيه ، الامور الاربعة المذكورة ولو كان هذا العقد مما يتم بارادة منفردة ، ما اشترط فيه الخاطب والولى .

وأما عقود المعاوضات كالبيع ونحوه ، فلان حقوق العقد فيها ، راجعة الى الوكيل كما سبق بيان ذلك فكيف يجمع الوكيل بين الطرفين المتناقضين ، اذ لا يتصور ان يكون الواحد ملكا وممتلكا فى آن واحد . والى مثل ما ذهب اليه الامام زفرهنا ، ذهب الشافعية ، فلا ينعقد العقد عندهم ، بارادة منفردة ، مطلقا سواء ، اكان العقد عقد تزويج ، او بيع او نحوه ، الا ان الشافعية ، يستثنون من ذلك الولى فى عقد التزويج ، فيجيزون له ، ان يزوج من فى ولايته لمن فى ولايته ، لـمـا فى ذلك من الضرورة ، لان النكاح لا ينعقد الا بولى ، فاذا كان الولى متعينا ، فلو لم يجز نكاح المولى ، لامتنع نكاحها اصلا ، وهذا لا يجوز . وهذه الضرورة متممة فى الوكيل .

والذى يظهر لى ، ان ما ذهب اليه ابو حنيفة ، وصاحبا ، هو الاولى بالترجيح فهو وسط بين سائر الاقوال فى هذه المسألة <sup>ويبين</sup> وتواجه ادلة من غيره .  
النبى صلى الله عليه وسلم من انشاء عقد النكاح ، بارادة منفردة ، بان ذلك امر خاص بالنكاح ، والاصل ، قصر ماورد على ماورد وقياس عقود المعاوضات ونحوها على النكاح فى ذلك ، قياس مع الفارق ، لما سبق من ان حقوق العقد فى النكاح ، ترجع لصاحب الشأن ، لان الوكيل فى هذا العقد ، سفير ومعبر ، بخلاف عقود المعاوضه ، واما من استدل بحديث " كل نكاح لم يحضره اربعة " الح ، فقد

.....

= اجاب عن ذلك ابن قدامه في المغنى ج ٢٥/٧/ فقال : " فان قيل فقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " كل نكاح لم يحضرة اربعة فهو سفاح ، زوج وولسى وشاهدان " قلنا : هذا (لا نعلم صحته ، وان صح فهو مخصوص بمن زوج امته ، عبده الصغير ، فيخص منه محل النواع ايضا " .

يؤمكن ان يجاب عنه ايضا ، بان حديث " كل نكاح لم يحضرة اربعة - الخ " . معارض لفعل النبي صلى الله عليه وسلم ولما روى عن عبد الرحمن بن عوف ، فلابد حينئذ من الجمع ، والتوفيق ، ويمكن ان يجمع بينهما ، بان حديث : " كل نكاح لم يحضرة اربعة - الخ " محمول على ما اذا لم يكن الماقد نائبا عن الزوج والزوجة ، اما اذا كان نائبا عنهما ، فيصح ذلك ، بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وبما روى عن عبد الرحمن دون ان ينكر عليه احد من الصحابة ، انظر هذا الذي ذكرناه عن انشاء العقد بارادة منفردة ، ماأتى - البهوتى - كشافالقناء ٤٧٣/٣/ ومابعدها ابن قدامه - المعنى ج ٨٦/٨٤/٥ ، ج ٢٥/٧/ ، الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٧٧/٦/ ، قوانين الاحكام الشرعية/ ٢٢٤ - الدردير ، والدسوقي - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣٤٨/٣/ ، الكاسانى - بدائع الضائع ج ١٣٣١/٣/ ومابعدها ، الشيرازى - المهذب ج ٣٥٩/١/ ، البكرى - اعانة الطالبين ج ٩١/٣/ ، الخطيب - مغنى المحتاج ج ٢٢٤/٢/ ومابعدها ج ١٦٣/٣/ الرملى نهاية المحتاج ، ج ٢٤٧/٦/ ، سميان - طرق التعبير عن الارادة/ ١٩/ ومابعدها من صفحات .

والمراد بقولنا : " على وجه يترتب عليه اثره الشرعى " ان لا يكون هناك ما يمنع من ترتب الاثر الشرعى - كأن يكون احد العاقدين مجنوناً او مجوراً عليه او نحو ذلك .  
هذا هو المعنى الاول ، للعقد عند الفقهاء ، وهو اكثر ظهوراً فى كتب الاحناف وبعض المالكية ، كما هو واضح مما سبق ، اما المعنى الثانى : فهو كل التزام ينشأ عنه ، حكم شرعى ، سواء كان هذا الالتزام صادراً من شخصين كما فى البيع ونحوه ، او من شخص واحد ، كما فى الوفاق على غير معين ونحو ذلك من التصرفات التى لا يقابلها التزام من طرف آخر . (١)

وهذا المعنى للعقد منتشر فى كثير من كتب الفقهاء ، وخاصة الحنابلة والشافعية ، وبعض المالكية ، وذلك عند تبيينهم للاحكام العامة للعقود وتفصيلهم لقواعدها الاساسية . (٢)

وفى ما يلى بعض النصوص الدالة على ذلك ، قال القرطبى من المالكية ، عند تفسير قوله تعالى " يا ايها الذين آمنوا ، اتقوا بالعقود " (٣) قال الحسن : يعنى بذلك عقود الدين ، وهى ما عقده المرأ على نفسه ، من بيع وشراء وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وتدبير وغير ذلك من الامور " ا هـ (٤)

- 
- (١) القرطبى - الجامع لاحكام القرآن ج / ٣٢ / ٦ ، الجصاص - احكام القرآن ج / ٢٩٤ / ٢ وما بعد ها ، ابن رجب - القواعد فى الفقه الاسلامى / ٧٤ / ٧٦ ، القاعدة (٥١) ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٩ / ٥ ، السيوطى - الاشياء والنظائر ٢٧٨ / ٢٢٩ ، الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٥٦ / ٥٧ ، سبهان - طرق التعبير عن الارادة / ٥ التوجرى - عقد الكفالة / ٣ .
- (٢) انظر المراجع السابقة .
- (٣) سورة المائدة ، آية رقم (١) .
- (٤) القرطبى - الجامع لاحكام القرآن ج / ٣٢ / ٦ .

فجعل رحمة الله ، مسمى العقد ، والأعلى ما يتم بتوافق ارادتين كالبيع ونحوه ،  
ودالا ايضا على ما يتم بارادة واحدة ، كالطلاق ، والعتق ونحوهما .

وقال الجصاص ، وهو حنفى المذهب عند تفسير الاية السابقة \* العقد ما يعقده  
العاقده على امر يفعله هو ، او يعقد على غيره فعله ، على وجه الزامه اياه . . . . .  
وهذا انما يتناول منما كان منتظرا في المستقبل من الاوقات فيسمى البيع والنكاح ،  
والاجاره وسائر عقود المعاوضات ، عقودا زه لان كل واحد منهما قد الزم نفسه  
التمام عليه ، والوفاء به ، وسوى اليمين على المستقبل عقدا ، لان الحالف قد  
الزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل او ترك ، والشركة والمضاربة ونحوها : تسمى ايضا  
عقودا ، لما وصفنا من اقتضاء الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والمعمل  
لصاحبه ، والزمه نفسه ، وكذلك العهد والامان ، لان معطيها قد الزم نفسه  
الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شئ يفعله في المستقبل  
فهو <sup>عقد</sup> ، وكذلك النذور وايجاب القرب ، وما جرى ذلك \* اهـ (١)

وهذا النص يتضح ان الجصاص رحمه الله ، يرى ان العقد ، ما كان فيه  
توافق ارادتين كالبيع والنكاح ونحوهما وما استقلت الارادة الواحد في ايجاده ، كاليمين  
والنذور ونحوها .

وقال ابن رجب من الحنابلة \* والعقود نوعان : احدهما عقود المعاوضات  
المحضة ، والثاني : عقود لامعارضه فيها ، كالصدقة والهبة والوصية (٢) \* فاطلق

(١) الجصاص - احكام القرآن ج ٢ / ٢٩٤ وما بعدها ؛

(٢) ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ٧٤ / ٧٦ القاعدة (٥١) وانظر

القواعد النورانية ايضا / ١٠٤ / ١١١ وانظر ابن تيمية - الفتاوى ج ٥ / ٢٩٠ .

ابن رجب رحمه الله ، على الهبة ، والصدقة ، والوصية ، اسم العقد ، مع انها تصرفات ، تنشأ بالتزام من طرف واحد فقط عند الحنابلة ، وهو المتبرع . (١)

وقال السيوطي من الشافعية " من العقود ما لا يفتر الى الايجاب والقبول لفظا ، كالهبة ، والصدقة ومنها ما لا يفتر اليه اصلا ، بل شرطه عدم الرد كالوقف (٢) فجعل السيوطي رحمه الله ، ما لا يفتر من الالتزامات الى القبول اصلا ، عقدا ممن العقود ، كالوقف ونحوه ، مع انه التزام من طرف واحد فقط ، وخاصة الوقف على غير معين .

واذا تبين العقد بهذا المعنى بما اوردناه من نصوص الفقهاء ، فقد بقي ان نشير الى ان هذا المعنى للعقد ، اقرب الى المعنى اللغوي من سابقته ، ان لا يشترط فيه لتسمية التصرف عقدا ، ان يكون ناتجا عن توافق ارادتين ، بل يكفي ان يكون ناتجا عن تصرف ارادة واحدة ، ليسمى ذلك التصرف عقدا ، كما هو الامر في المعنى اللغوي وقد سبق ان بينا ذلك ، اول هذا ، المبحث . (٣)

وناء على هذا فهو اعم من المعنى السابق ، لان العقد على هذا المعنى شامل لجميع انواع الالتزامات بلا فرق في ذلك بين ما يفتر الى توافق ارادتين كالبيع والاجارة ونحوهما ، وما يكفي فيه التزام ارادة واحدة ، كالطلاق والنذر والعتق

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٧٨ / ٢٧٩ .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

والابراء ، وسائر التبرعات كالمارية والهبية ، والصدقة ، عند من يرى من الفقهاء ان التبرعات تتم بايجاب المتبرع فقط ، وسياتي بيان الخلاف في ذلك ان شاء الله . (١)

وعلى هذا فالمعقد بهذا المعنى العام ، مراد فلكلمة " التزام " وهو بهـذا لايزال اخص بلاشك من كلمة " تصرف " لان التصرف ، شامل للالتزام وغيره ، فكل التزام تصرف ، وليس كل تصرف التزام ، بدليل ان استهلاك المنافع والاعيان والانتفاع بها ونحو ذلك الوان من التصرف ، وليس في ذلك شئ من الالتزام (٢) والذي يظهر لى . ان تصرف المعقد ، على اساس انه مراد فلكلمة التزام هو الاولى . لتمشى هذا المعنى للمعقد مع ما جاء في القرآن الكريم من جهة ، وما جاء في كتب اللغة من جهة اخرى . (٣) والاصطلاح كلما كان اقرب الى المعنى اللغوى ، كان اولى بالاعتبار وايدل على المقصود ، والله تعالى اعلم .

- 
- (١) الحنيف - احكام المعاملات الشرعية / ٥٦ / ٥٧ ، وانظر ص من هذه الرسالة  
(٢) المرجع السابق .  
(٣) انظر ص ، من هذه الرسالة .

المبحث الثاني : في نهضة مختصرة عن تاريخ التعاقد بين البشر

لا يعرف لفكرة التعاقد ، تاريخ ، يمكن أن يجزم ، باعتبارها بداية لهذا -  
التصرف الحيوي ، بين الناس ، وكل ما يقال في تحديد بداية التعاقد بين الناس  
لا يعد وعن كونه ، من باب الظن والتخمين استنتاجاً من سنة النشوء والارتقاء فـ في  
الحياة الاجتماعية وادراك نظمها .

الا ان الشئ الذي نستطيع ان نجزم به ، ان التعاقد قديم قدم الانسان ،  
على هذا الكوكب الارضى وقد يأتي بعد احراز المباحث في القدم . (١)

(٢) والذي يظهر ان احداً من الناس ، لا يمكن ان يجزم ، بما عرفوا ولا ، من  
التعاقد ، والتعامل بين البشر . الا ان بعض العلماء الاجانب ، يرون ان اول ما  
عرفه الانسان ، التعاقد ، عرفه على شكل تبادل فوري بينه وبين اخيه الانسان ،  
فاذا اراد احد شيئاً مما يمتلكه غيره ، اعطى مقابلة في الحال واخذه اما التصرف  
الذي ينشئ التزاماً ، يجعل الانسان مطالباً ، بالقيام بمقتضاه في المستقبل ،  
بأمر ما فلم <sup>يعترف</sup> يصر عليه الانسان ، الا فيما بعد . (٣)

ويقال : ان هذا النوع من الالتزام نشأ اول ما نشأ من فكرة دية القتل ، وبيان  
ذلك ، ان الانسان عرف فكرة النار اولاً ، فكان اذا قتل له قتيل ، ثار لذلك بقتل

(١) الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ١ / ٢٩٥ / ٢٩٦ - فقرة (١٣٥) بشئ

من التصرف ، وانظر ايضا السهمورى - نظرية المقعد ، فقرة (٨٩) .

(٢) المرجعين السابقين ، بشئ من التصرف .

(٣) انظر في تاريخ التعاقد ، في تاريخ البشر ، ص ١٠٠

القاتل ، او احد اسرته ، ثم عرف الانسان بعد ذلك اخذ المال ، مقابل التنازل عن اخذ الثأر ، من القاتل او من اسرته ، وهو ما يسمى بالدية فكان الطرفان اذا ، اتفقا على الدية ، ولم يجد المعتدى المال فى الحال ، يضع فى مقابل ذلك رهنا الى اجل معين ، يتفق عليه الطرفان ، ليدفع الدية عنده .

واذا تبين هذا ، فانه لا يبعد ان يكون الاصل التاريخى للمتعاقد الالتزام هو ما يتفق عليه كل من القاتل ، وولى المقتول ، على منح القاتل فرصة فى دفع الدية .

ويرى قوم من العلماء : ان الاصل التاريخى للمتعاقد الالتزام ، هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما . ومهما يكن من الامر فان احدا لا يشك فى ان الاديان كان لها اثر كبير فى معرفة الانسان ، لسائر الوان الالتزامات ، واحترامها . هذا ولقد مر العقد ، باطوار تاريخيه من حيث الشكل وحرية المتعاقدين وقوة الاعتبار . والحقيقة ان تخليص العقد من التعقيدات الشكلية والتي ليس لها صلة بمقتضى العقد ، مظهر من مظاهر الرقى والحضارة الانسانية لدى الانسان . ولقد كان التشريع الاسلامى ، اهم تشريع سبق ، الى تخليص العقد بالفعل من سائر الشكليات ، التي لافائدة منها ، بعد ان كان ، يثقلها .

وعلى سبيل المثال ، فان القانون الرومانى القديم ، كان لا يعتبر طائفة من العقود ، الا بعد ان تمر بحشد من المراسم والشكليات ، التي لا تمت لمقتضى العقد بصله .

---

(١) المرجعين السابقين نبشئ من التصرف .



ومن شكليات عقد البيع عندهم ما يسمى : " بالمانسياسيو " ،  
وقد يطلق عليه اسم " النحاس والميزان " وذلك نظرا الى انهم كانوا ، يرون ان من  
الواجب حمل الميزان عند البيع ، والضرب عليه ، بالنقد والنحاس ، وكانوا يرون من  
الواجب حضور المبيع في مجلس التعاقد ، وحضوره في مجلس العقد حكم شكلي لافائدة  
منه ، ولا علاقة له بمقتضى العقد ، اذ ان المصم هو معرفة المتعاقدين ، ورضاهما  
باجراء <sup>العقد</sup> عليه ، وان لم يكن موجودا في مجلس العقد .

ولقد انبنى على قولهم : بوجوب حضور المبيع في مجلس العقد . الحكم  
بعدم قبول الاموال غير المنقولة كالعقار ونحوه ، للبيع ، والشراء ، لتمذر الاتيان  
بها في مجلس العقد . (١)

ولما شعر الرومانيون ، بضرورة السماح ، ببيع الاموال غير المنقولة ، وشرائها  
استبدلوا المظهر <sup>الشكلي</sup> السابق ، وهو اشتراط حضور العين المبيعة في مجلس  
العقد ، بمظهر شكلي آخر ، وهو احضار شئ من اجزاء المال غير المنقول ، الذي  
يراد بيعه الى مجلس العقد ، رمزا لحضوره في المجلس كالمنقولات لاذ كانت العين  
المبيعة ارضا مثلا ، <sup>التي</sup> بشئ من ترابها في مجلس العقد ، ليرمز الى حضور المبيع  
في المجلس . وبهذا المثال وغيره ، يتضح ان العقد عند الرومان كان خاضعا

---

(١) الزرقا - المدخل الفقهي المام ج ١/ ٢٩٦/ ٢٩٧ فقرة (١٣٥) ، وانظره ،

مؤنيه وجيفار الفرنيسيين - الحقوق الرومانيه

البرازى - الحقوق الرومانيه ج ٢/ ١٥٤ .

لالوان من الشكلية المادية الابتدائية (١) ولم يكن نصيب العقد من الشكلية عند العرب في جاهليتهم ، اخفهما هو عند الرومانيين ، ففي عقد البيع مثلا كانت الشكلية تهيمين على حرية احد المتعاقدين وارادته ، كما في بيع الملامسة والمنايذة ، والمغاء الحجر فيلزم العقد ، عندما يلزم المشتري للبيع ، او عندما يلقي عليه حجرا ، او عندما ينهذه البائع الى المشتري (٢) ولما جاء الاسلام هذا التشريع الخالد ، نبذ كل ما لا علاقة له بمقتضى العقد ، من الشكليات التي لا فائدة منها ، وحرر العقود من التعقيدات السخيفة ، وجعل العبرة في العقود للرضا ، لا للشكال والبراسم ومن هنا كانت القاعدة الاسلامية المشهورة ، ( العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني ) . فالراجع عند علماء المسلمين ، ان كل ما دل على ارادة التعاقد ، يصلح ان يكون وسيلة لانشاء العقد سواء اكان قولا او فعلا او اشارة ، بلا فرق فسي ذلك بين خسيس الاموال ونفيسها ، كما لم يفرق التشريع الاسلامي ، في البيع بين المنقول وغيره ، ولا بين حضور المبيع وغيابه . (٣)

والمهم ان التشريع الاسلامي لايهتم بالشكل الا اذا كان له علاقة وثيقة ، بمقصد العقد وغيته ، وذلك كما في اشتراط القبض ، في عقد التبرع او الرهن ، او كان الشكل ما يطلب به تحقيق مصلحة مهمة ذات بال ، كما في اشتراط الشهود لصحة عقد النكاح ، اذ لو جاز عقد بدون اعلان ، واشهاد ، لما تميز النكاح عن السفاح ،

(١) المراجع السابقة .

(٢) الزرقا - المدخل الفقهي العام ج ١ / ٢٩٨ فقره (١٣٥) .

(٣) المرجع السابق ، وانظر ، السيوطي - الاشباه والنظائر / ١٦٦ ، حيدر -

درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ١ / ١٨ مادة (٣) . وانظر ص من هذه الرسالة .

لمعدم وجود ما يدل عليه . (١)

ويجد ربي أن اشير في نهاية هذا المبحث ، الى ان الاسلام ، لم يففل  
ايضا عقود الصغار والمميزين والارقاء ، حيث صححها متى ما اذن لهم الاولياء ، او  
الموالى ، بالتصرف ، كما اتصف المرأة ، ذلك المخلوق الذي عاشودحا من الزمن ،  
وهو محروم من اكثر حقوقه ، فجاء الاسلام ليمنحها حرية التعاقد في الجملة ويسوى  
بينها وبين الرجل في ذلك .

وخلاصة القول ، ان التشريع الاسلامي ، قد سبق سائر التشريعات ، فسي  
الفاء جميع الشكليات التي ليس لها ماسم بمقتضى المقد وغايتها ، حيث لا يعسرف  
تشريع سبقه في هذا المضمار . (٢) والله تعالى اعلم .

---

(١) انظر المراجع السابقة ، وابن تيمية - الفتاوى / ٣ / ٢٧٠ / ٢٧١ .

(٢) الزرقا - المدخل الفقهى العام ج / ١ / ٢٩٩ ، فقرة (١٣٦) .

” الفصل الثاني : في اركان المقدمه واقسامه ”

البحث الاول : في اركان المقدمه

البحث الثاني : في اقسام المقدمه

المبحث الاول : فى اركان العقود

الركن فى اللغة العربية ، اقوى جوانب الشئ ، واصليها ، قال الفيروزىادى فى القاموس المحيط : " ركن اليه كنصر وعلم ، مال وسكن ، والركن بالضم الجانب الاقوى (١) .

واما الفقهاء ، فلهم فى الركن اصطلاحان :

الاصطلاح الاول : ان الركن " ما لا بد للشئ منه فى وجود صورته عقلا ، اما لدخوله فى حقيقته او اختصاصه به ، فخرج الشرط ، فانه لا بد منه فى وجود صورته شرعا ، البيان الثانى " والى هذا الاصطلاح ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية ، والحنابلة (٢) .

الاصطلاح الثانى : ان الركن ، ما توقع عليه وجود الشئ ، وكان جزءا منه وداخلا فى تركيبه اما ما يتوقف وجود الشئ عليه ، ولكنه لا يكون جزءا منه ولا داخلا فى

(١) الفيروزىادى - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٢٩ ، مادة (ركن) ، المقري -

المصباح المنير / ٢٥٥ مادة (ركن) الزيات - المصنف الوسيط ج / ١ / ٣٧١ وما بعدها ، مادة (ركن) .

(٢) الرملى - حاشية الرملى على اسن المطالب ، مطبوع بهامش الاسنى ج / ٢ / ٢ ، الخطيب مغنى المحتاج ج / ٢ / ٣ ، القرافى - الفروق ج / ٢ / ٨٢ وما بعدها الفرق (٧٠) الدسوقى - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج / ٢ / ١٩٦ ، البهوتى - منتهى الارادات ج / ٢ / ١٤٠ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى / ٢٣٩ ، الزرقا - المدخل الفقهى العام ج / ١ / ٣٠٠ وما بعدها فقرة (١٣٨) .

(٣) رملى - اصول كبرى ج / ١ / ١٦ ، الفيروزىادى - كتاب الاسان ج / ٣ / ٢٤٥ ، ابن ابي عمير - فتح البصير ج / ٢ / ٢٤٤ ، الخطيب - الفروق ج / ٢ / ٨٢ ، الزرقا - المدخل الفقهى العام ج / ١ / ٣٠٠ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ج / ٢ / ٢٣١ - فقرة (١٣٨) (١٤١) .

تركيبه ، فهو الشوط على هذا الاصطلاح ، وإلى هذا ذهب الاحناف . (١)  
ولقد انبنى على هذا الخلاف الاصطلاحى بين الجمهور والاحناف الخلاف  
بينهم في عدد اركان العقد ، فذهب الجمهور الى ان اركانه اربعة ، الصيغة ،  
والعاقدان ومحل العقد ، لان العقد ، يتوقف وجوده على هذه الاربعة ، بنقض  
النظر عما يدخل منها في ماهيته ، او ما لا يدخل منها .

ويدو هذا الاتجاه واضحا في كتب المالكية والشافعية ، والحنابلة وعند  
كلامهم على اركان اى عقد من العقود . (٢)

اما الاحناف فذهبوا الى ان للمقد <sup>ركنا</sup> واحد ، هو الصيغة فقط ، نظرا

الى انها الركن الوحيد الذى يتوقف العقد عليه ويدخل في ماهيته .  
واما العاقدان والمحل فهما وان توقف العقد عليهما ، الا انهما غير  
داخليين ، في ماهيته ، فينطبق عليهما في هذه الحالة ، تعريف الشرط عند هم ،  
لا تعريف الركن .

فالعاقدان ، والمحل اذن ، شروط في العقد ، عند الاحناف ، لا اركان  
فيه ، كما هو الامر عند الجمهور وهذا ، ما يتماشى مع تعريفهم للركن والشرط  
كما هو واضح مما سبق . (٣)

- 
- (١) السرخسي - اصول الشريفي ج / ١٢ / ٢ ، البزدوى - كشف الاسوار ج / ٣ / ٣٤٤ /  
٣٤٥ ابن الهمام - فتح القدير ج / ٦ / ٢٤٨ ، ابن نجيم - البحر الرائق ج / ٣ / ٨٧  
ج / ٥ / ٢٧٨ / ٢٨٣ - الزرقا - المدخل الفقهي العام ج / ١ / ٣٠٠ وما بعدها ، فقرة  
(١٣٨) (١٤١) حنين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ٢٣٩ .  
(٢) الدردير والدسوقي - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج / ٢ / ١٩٦ ، الانطوى  
والرملي - اسنى المطالب وحاشية الرملى عليه ج / ٢ / ٣ ، البهوتى - كشاف القناع  
ج / ٣ / ١٤٦ .  
(٣) انظر ص من هذه الرسالة ، وانظر الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب  
الشرائع ٣٨٩٧ ، نظام - الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٣ .

والواقع ان الخلاف بين الاحناف والجمهور في تعريف الركن ، خلاف لفظي نظري ، لا يبنى عليه خلاف في المجال العملي ، لان الكل ، متفقون ، على ان الصيغة ، تستلزم وجود العاقدين والمحل وهذا اهم جوانب المسألة ، وما عدا ذلك من كون البعض يرى ان العاقدين والمحل اركان في العقد ، والبعض يراها شروطا فيه ، فلا يعدو عن كونه مجرد اصطلاح فقط ، ولا مشاخره في الاصطلاح عند الفقهاء .

اذا تبين هذا ، فان كلامنا الصيغة ، والعاقدين ، والمحل ، لها في الفقه الاسلامي ، احكام وشروط ، منها ما هو محل وفاق بين الفقهاء ، ومنها ما هو مختلف فيه ، وسأحاول بيان ذلك ان شاء الله عند الكلام على اركان عقد العارضة فالكلام على اركان اي عقد من العقود ، يعني في الجملة ، عن تفصيل اركانها جميعا ، لاشترك سائر العقود في اغلب الاحكام ، ومن هنا نشأ ما يسمى بنظرية المقدم (١) والدعا عم

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

## البحث الثاني : في اقسام العقود

للعقد في الفقه الاسلامي اقسام كثيرة ، باعتبارات مختلفة ، وسأقتصر في  
هذه الرسالة ، على ما كان مهما منها متوخيا الاجاز فيما سأكتبه ، عن هذا الموضوع  
ما استطعت الى ذلك سبيلا ، فالتوسع فيه ، امر ربما كان خروجيا ، عن موضوع  
الرسالة ، التي نحن بصدد ها ، ومن أهم تلك التقسيمات ما يلي :

### أولا : تقسيم العقود ، بالنظر الى المشروعية وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار ، حسب الاستقراء ، الى قسمين ، عقود

مشروعة ، وعقود ممنوعة .

فالعقود المشروعة : هي العقود التي اجازت الشريعة الاسلامية التعامل بها ، فلم  
تمانع في انشائها ، وذلك كعقد البيع والاجارة ، والعارية ونحوها ، اذا وقعت  
على وفق ما جاء به <sup>الشرع</sup> المشرف ، دون ان يخالف العاقد في انشائها ، حكما  
شرعيا ، او مبداء عاما من مبادئ الشريعة . (١)

وأما العقود الممنوعة : فهي العقود التي نهى الشارع الحكيم عن انشائها ، وذلك  
كعقد بيع الاجنة في بطون امهاتها ، وبيع الملائح والمضامين (٢) . وقد كانت هذه

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ / ٢ / ٣ ج ١٠٥ / ٥ ،  
داما دافندي - مجمع الانهرج / ٢ / ٣٤٦ شرح الزرقاني على مختصر خليل  
ج ٥ / ٢ ج ١٢٧ / ٦ ، الصاوي - بلغة السالك ج ٢ / ٢٦٣ ، الانصاري  
اسنى المطالب شرح روض المطالب ج ٢ / ٢ / ٣٢٤ / ٤٠٤ ، البهوتي - كشاف  
القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٤٥ / ٥٤٦ ج ٤ / ٦٢ ، الزرقا - المدخل  
الفقه العام ج ١ / ٥٧٣ فقرة (٢٩٦) .

(٢) يرا جبيع الملائح ، بيع ما ستحمل به اناث الحيوان ، ويراد ببيع المضامين  
بيع ما سيتولد من فحول الحيوان انظر في هذا ، الحصفي - الدار المختار  
مطبوع بها مشحاشية بن عابدين عليه ج ٤ / ١٠٢ ، الزرقا المدخل الفقه  
العام ج ١ / ٥٧٣ ، فقرة (٢٩٦) في الحاشية .



العقود معرفة عند العرب في جاهليتهم فلما جاء الاسلام منعها لما في ذلك من  
الجهالة بحال البيع .

وينتج عن كون العقد غير مشروع ، في نظر الشارع الحكيم ، بطلانه لافتقاره  
الى احد شروط الانعقاد وهو المشروعية (١) .

ثانيا : تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها :

للفقهاء في تقسيم العقود بهذا الاعتبار ، رأيان .

أحدهما : ان العقد ينقسم بهذا الاعتبار ، الى صحيح ، وباطل ، والى هذا  
ذهب جمهور الفقهاء ، وقد يطلقون : الفساد على العقد ، ويريدون به البطلان (٢)  
والمراد بالعقد الصحيح عندهم : ما كان مستكملا لجميع اركانه وسائر شروطه وصفاته  
بحيث يترتب عليه اثره الشرعي . (٣)

أما العقد الباطل ، او الفاسد عندهم : فهو ما عدا العقد الصحيح مما لا يترتب  
عليه آثاره ، لسبب من الاسباب ، سواء كان ذلك السبب راجعا ، الى شيء من  
اركانه ، او الى شيء من اوصافه الشرعية . وامثلة ذلك كثيرة ، منها مخالفة  
الايجاب للقبول ، او كون احد العاقدين عديم التمييز ، او كون محل العقد معدوما ،  
او كان العقد مشتملا على الربا او الفرر ، او نحو ذلك .

- 
- (١) الكاساني - بدائع الضائع ج / ٦ / ٢٩٩٢ وما بعدها ، ابن جزى - قوانين -  
الاحكام الشرعية / ٢٧٢ الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٢٦٩ ، البهوتي -  
كشاف القناع ج / ٣ / ١٦٦ اصول السرخسي ج / ١ / ٨٠
- (٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٢٧١ / ٢٧٢ / ٢٨٦ ، حاشية الدسوقي  
على الشرح الكبير ج / ٣ / ٤٨ القراني - الفروق ج / ٢ / ٨٢ / ٨٣ الفروق (٧٠)  
الارويلى - الانوار لاعمال الابراج / ١ / ٣٠٤ وما بعدها من صفحات ، حاشية  
البناني على جميع الجوامع / ١ / ١٠٥ / ١٠٧ ، البهوتي - كشاف القناع  
ج / ٣ / ١٤٩ ، وما بعدها من صفحات ، الشنقيطي - مذكرة اصول الفقه  
شرح روضة الناظر ٤٥ / ٤٦ حسين حامد - المدخل لدراسة الفقهاء الاسلامي / ٢٤٩  
وما بعدها .

فكلما تخلف ركن من اركان العقد او شرط من شروطه ، او اقترن به وصف نهى الشارع عنه فهو باطل عند جمهور الفقهاء ، فالهطلان والفساد عندهم لفظان مترادفان . (١)

أما الرأي الثاني : فعلى ان العقد ينقسم من حيث الصحة وعدمها ، الى صحيح وفساد ، وباطل ، والى هذا التقسيم ذهب الاحناف (٢) والمراد بالعقد الصحيح عندهم : ما شرع باصله ووصفه ، بان كان مستوفيا لركنه وجميع شروطه التي امرت بها الشريعة الاسلاميه ، دون ان يتصل به وصف يقتضى نهى الشارع عنه ، كالربا او الضرر ، ونحو ذلك . (٣)

وبهذا يتضح ان الاحناف يتفقون مع الجمهور ، فيما يراد بالعقد الصحيح .

وأما العقد الفاسد : فهو ما شرع باصله دون وصفه ، ويقصدون ، بأصل العقد ، ركنه ، وما يتعلق به من شروط انعقاده ، ويقصدون بالوصف الامور التي تقتضى بالعقد ، فيقتضى ذلك نهى الشارع عنه لاجلها . (٤) وامله العقد الفاسد كثيرة منها عقد البيع المشتمل على الربا ، فهو مشروع الاصل من حيث كونه بيعا مستوفيا لركنه وهو الايجاب والقبول ، مشتملا على شروط الانعقاد من عاقدين ومحل ، غير

(١) المراجع السابقة .

(٢) الكاساني - بدائع الضائع ج ٧ / ٣٢٢٣ / ٣٣٧٧ ، ١٠٦٥ اما داندي - مجمع الانهر شرملىقى الابحرج / ٥٣ / ٢ .

(٣) المرجعين السابقين ، وانظر ، ابن الهمام ، والبايرتى - فتح القدير ، والعناية على الهداية ج ٦ / ٤٠١ / ٤٠٢ .

(٤) المراجع السابقة ، وانظر اصول السرخسى ج ١ / ٨٩ / ٩٠ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ٤٤٠ .

انه ، اتصل بن وصف ، ينهى الشارع عنه ، وهو الزيادة المحرمة في احد العوضين ،  
وناءً على ذلك فهو عقد مشروع باصله ، دون وصفه .

وحكم هذا القسم ، عند الاحناف ، ثبوت الملك به ، بعد القبض ، وان كان  
ملكاً ناتجاً عن عقد يجب فسخه ، دفماً للفساد ، اما قبل القبض ، فلا يفيد ملكاً ،  
ولا ينتج حقوقاً ، ولا يفرض التزامات . (١)

واما الباطل عند الاحناف : فهو ما لم يشرع باصله ولا بوصفه ، بحيث يكون الخلل  
فيه . قد تطرق الى ركنه ، وهو الصيغة من ايجاب وقبول ، او الى احد شروط  
انعقاده . (٢)

والجمهور لا يخالفون في تسمية ، هذا النوع بالباطل ، كما يبدو ذلك  
واضحاً مما جاء في المراد بالباطل عندهم قبل قليل . (٣) ، الا انهم يخالفون  
فيما يسميه الاحناف ، بالفساد ، حيث يعتبره الجمهور من قبيل الباطل ، ويعتبره  
الاحناف في منزله بين الصحيح والباطل .

فالخلافان ، بين جمهور الفقهاء ، والاحناف ، يتركز في العقد المنهى عنه  
لصفته الملازمة له ، الجمهور يعتبرونه عقداً باطلاً لا اثر له ، والاحناف يعتبرونه

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) داما دافندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٥٣ / ٢ ، اصول  
السرخس ج / ٨٠ / ١ وما بعدها ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه  
الاسلامي / ٤٤٠ - الزرقا - المدخل الفقهي العام / ٦٤٣ / ٢ وما بعدها  
من صفحات ، فقره ( ٣٤٢ ) .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

فاسدا يثبت به الملك بالقبض \*

ومن ابرز ، ما استدله به الاحناف فيما يظهر لى : ان النهى عن الشئ \*  
لصفته الملازمة له ، لا لعينه يدل على صحته دون الصفة \* لان النهى يوجب الانتها \*  
وانما يتحقق الانتها \* عن شئ \* ، والمعدوم ليس بشئ \* فكان من ضرورة صحة النهى ،  
موجبا للانتها \* ، كون المنهى عنه مشروعا فى الوقت ، فكيف يستقيم ان يجعل المنهى  
عنه غير مشروع بحكم النهى ، بعد ما كان مشروعا \* (١)

\* فالمقد<sup>عنه</sup> تخلف صفته الملازمة عقد مشروع باصله وسائر مقوماته موجب لحكمه ،  
لان المشروع ايجاب وقبول من اهله فى محله ، وبالنهى عنه لصفته لا يختل شئ \* من  
ذلك \* لان المنهى وان كان قبيحا لذاته الا ان النهى هنا عن المقد قائم  
بالوصف دون الاصل ، فيجب العمل بمقتضى الاصلين ، فيكون صحيحا باصله  
لمشروعيته فاسدا بوصفه لقبه \* . (٢)

وذلك كهقد البيع الفاسد مثلا ، لتخلف صفته الملازمة له ، حيث يعتبر  
بيما معتقدا ، فيفيد الملك فى الجملة ، بالقبض استدلالا بسائر البياعات المشروعة ،  
والدليل على انه بيع ، ان البيع ، فى عرفنا <sup>البيع</sup> <sup>سائر</sup> <sup>بياعات</sup> مال تقوم بمال متقوم ،  
وقد وجد ذلك بفض النظر عن الصفة التى اوجبت فساده \* . (٣)

(١) اصول السرخسى ج ١ / ٨٥ .

(٢) المرجع السابق ج ١ / ٨٥ وما بعدها من صفحات ، بشئ \* من التصرف .

(٣) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ / ٦٣ .

ويمكن ان يرد على ما استدل به الاحناف : " بأن الشرعى ليس معناه المعتبر حتى يمكن ان يستدل بمشروعية اصل المقدم على صحته دون صفته ، ان الشرعى قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا . والدليل على ان الشرعى المنهى عنه ، ليس هو الصحيح المعتبر ، قوله صلى الله عليه وسلم للحائض : " دعى الصلاة أيام اقراءك " (١) فالصلاة المنهى عنها هنا هى الصلاة الشرعية ، لان اللغو لا ينهاه ، وهذه الصلاة المأمور بتركها فاسدة غير معتبرة فى نظر الشرع ، وايضا لو كان المراد بالمنهى الشرعى الذى يعتبر معناه بحسب عرف الشرع ، لزم دخول الرضوء ، وغيره من الشرائط ، فى مسى الصلاة الشرعية ، لان كونها شرعية انما يتحقق عند اجتماع شرائطها ؟ (٢)

" ثم اصلهم المستقر ان المنهى عنه قبيح شرعا ، فالاصل ان يكون القبح قائما بالمنهى عنه ، الى ان يثبت بدليل انه متصرف الى غيره ، لان الكمال فى صفته القبح ، ان يكون المنهى عنه لافى غيره ، فجعلهم المنهى ، راجعا الى الوصف دون الاصل ، خرج عن الاصل ."

- (١) هذا الحديث ، اخبره البخارى ومسلم ، من حديث عائشة رضى الله عنها ، ولفظ البخارى " قالت فاطمة بنت ابى حبيش لرسول الله صلى عليه وسلم : يارسول الله انى لا اطهر ، افادع الصلاة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما ذلك عرق وليس بالحيزه ، فاذا اقبلت الحيضة ، فاتركى الصلاة — الخ وقال الهيثمى رواه الامام احمد من طريق عروة ولم ينسبه ، وذلك بلفظ " دعى الصلاة ايام حيزك " وعند الامام مسلم " فدعى الصلاة " ج / ١ / ٢٨٢ ، الهيثمى — مجمع الزوائد ومفح الفوائد ج / ١ / ٢٨٠ ، صحيح البخارى ج / ١ / ٥٧ / ٥٨ صحيح مسلم ج / ١ / ١٨٠ الشوكانى — نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ١ / ٣٤٨ .
- (٢) العلائى — تحقيق المراد فى ان المنهى يقتضى الفساد / ١٨٥ بشى من التصرف

« هذا ما صرحوا به في كتبهم ، فعلى هذا يقال : جميع المناهي التي حكموا فيها بفساد الوصف دون الاصل وجعلوا النهي ، راجعا الى الوصف ، لم يرد النهي فيها من الشارع . الا على ذات الاصل ، كنهيه عن صوم يوم العيدين (١) وعن بيع وشرطه . (٢) ونحو ذلك ، فلم يرد النهي عن الوصف خاصة ، الا ان يكون نادرا ، فيكون جعلهم النهي في هذه كلها راجعا الى الوصف دون الاصل مجازا والاصل خلافه ، الى ان يثبت ذلك بدليل ولم يثبت من السنة ، ولا من اجماع الامة ، ما يقتضي هذه القاعدة اصلا ، بل ثبت في الحديث خلافها اذ لم يصح النبي صلى الله عليه وسلم ، العقد المشتمل على الزيادة الربوية في القدر المساوي ، ويبطله في القدر الزائد ، ولم يبين للمسلمين ، بان العقد يصح في القدر المساوي دون غيره ، بل ابطال البيع بالكلية ، فلو كان الشرع يقتضي ، تصحيح العقد على الوجه الذي ذكره ، لكان في هذه الصورة وامثالها ، تأخير

- 
- (١) جاء في مجمع الزوائد : « عن ابن عباس قال شهد عندى رجال مرضيون وارضاهم عندى عمر ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم الفطر ويوم النحر - قلت : حديث عمر في الصحيح وحده ، رواه الطبرانى في الاوسط ، وفيه حجاج بن نصير ، وثقة ابن حبان ، وقال يخطى ، وضعفه جماعة » هـ ١ الا ان الطبرانى روى في الكبير حديث النهي عن صيام ايام التشريق باسناد حسن كما رواه احمد والبزار ، ورجال الجميع رجال الصحيح . انظر - المهيثى - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٣ / ٢٠٢ / ٢٠٣ / ٢٠٤ .
- (٢) حديث النهي عن بيع وشرط ، اخرجه الطبرانى في المعجم الكبير ، ورجاله رجال الصحيح ، وعزاه في الاطراف الى النسائي ، قال المهيثى ولم اراه فى الصغرى انظر - المهيثى - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٤ / ٨٦ .
- الزيمى - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٧

البيان عن وقت الحاجة ، حيث لم يثبت انه بين ذلك اصلا ، وكونه مشروعا ولم يبينه  
امر لا يمكن تصويره اطلاقا \* (١) وبناء على هذا ، فالذي يظهر لي مما سبق ،  
ان الراجع ، هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من اعتبار المنهى عنه لصفته ، او  
لامر خارج عنه لازم له ، من قبيل الباطل ، الذي لا اثر له .

(١) وعليه ، فان العقد ، بهذا الاعتبار قسما ، صحيح ، وباطل ، ولا منزلة  
بينهما . ويمكن ان يستدل على ان النهى عن الشيء يقتضى البطلان ، سواء اكان  
النهى لعين النهى عنه ، او لصفته او لامر خارج عنه لازم له ، بما يلي :

أولا : روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " من عمل عملا ليس عليه امرنا  
فهو رد " (٢) حيث دل الحديث الشريف على ان جميع ، ما ليس على امر الشارع  
الحكيم ، فهو رد ، أى مرد ودره ، واذا نهى الشارع عن شيء ، دل ذلك على ان -  
النهى عنه ، على غير امره بلاشك ، اذ لو كان على امره لما نهى عنه ، فالمنهى  
عنه ليس أمورا به قطعا ، لاستحالة ذلك ، ثم انه لا معنى للحكم بان المنهى عنه  
مردود من قبل الشرع الا كونه باطلا لا اثر له ، فمشروعيته اذن ، معدومة أصلا ،  
وبالتالى ، فلا يترب عليه شيء من اثار العمل المشروع . (٣)

ثالثا : تواتر عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم من وجوه عديدة ، انه

- 
- (١) العلاءي - تحقيق المراد في ان النهى يقتضى الفساد / ١٩٣ وما بعدها .  
(٢) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم بن الحجاج في صحيحه ، في كتاب  
الاقضية ، من حديث عائشة رضی الله عنها . انظر صحيح مسلج / ٥ / ١٣٢ .  
(٣) الشوكاني - ارشاد الفحول / ١١١ - العلاءي / تحقيق المراد في ان النهى يقتضى  
الفساد / ١١١ .

كانوا ، يستدلون بالنهي على بطلان النهي عنه ، فمن ذلك قول ابن عمر رضی الله عنه : " كنا بخابر <sup>(١)</sup> ولانرى في ذلك بأسا ، حتى زعم رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، فتركناها . " <sup>(٢)</sup> وفي مصنف ابن ابي شيبة عن حبيب بن ابي ثابت ، قال : كنت جالسا مع ابن عباس رضی الله عنهما ، فمى المسجد الحرام ، فأناه رجل فقال : انا نأخذ الارض من الدهاقين . <sup>(٣)</sup> فاعتلها بيدي ومقرى ، فأخذ حتى واعطيه حقه ، فقال له : خذ مالك ولا ترد عليه شيئا ، واستدل بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة . <sup>(٤)</sup>

- 
- (١) المخابرة : " قيل هي المزارعة على نصيب معين ، كالثلث والربح ، وغيرهما ، والخبرة ، النصيب ، قيل هو ، من الخبار ، الارض اللينة ، وقيل فصل المخابرة من خيبر لان النبي صلى الله عليه وسلم اقترها في ايدي اهلها على التصرف من محصولها ، فقيل خابره ، اي عاملهم في خيبر " انظر في هذا ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاثار - ج ١ / ٢٨٠ ، مادة (خبر)
- (٢) اخن الامام مسلم هذا الحديث من طريقين ، الطريق الاول عن رافع بن خديج والطريق الثاني عن جابر ، انظر - الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهدايح / ٤ / ١٨٠ ، الشوكاني - نيل الاوطار لاحاديث سيد الاخير / ٦ / ١٥ صحى الامام مسلم ج ٥ / ٢١٠
- (٣) الدهاقين ، جمع دهقان ، ويجمع على ، دهاقنه ، والمراد به في اللغة العربية ، رئيس القرية ، ورئيس الاقليم انظر في هذا ، الزيات - المعجم الوسيط ج ١ / ٣٠٠ ، مادة (دهوق) .
- (٤) سبق ان حديث النهي عن المخابرة ، اخرجه الامام مسلم ، انظر ...
- المراد ...



ومن ذلك ايضا استدلال ابن عمر رضى الله عنهما ، على بطلان نكاح  
الكتابة ، بقوله تعالى : " ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن " (١)  
ومنه استدلال ، عبادة بن الصامت على بطلان بيع الذهب بالفضة ، نسيئة  
بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، ومن هنا انكر على معاوية بيع الذهب  
بالفضة ، (٢) ولما عرف الناس يومئذ ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ،  
ردوا ببياعاتهم ، التى امضوها على هذا الوجه . (٣)  
ولما باع غلام لعمر بن عبد الله رضى الله عنه شيئا من الحنطة بشىء من  
الشعير نسيئة ، انكر عليه ذلك وامره برده ، مستدلا بنهى النبي صلى الله  
عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل " (٤) هذا بعض ماورد عن  
الصحابة رضوان الله عليهم ، فى الاستدلال بالنهى على البطلان ، وهو  
قليل من كثير ، ولو اردنا ذكر جميع ما اثر عنهم فى ذلك ، لطال بنا البحث .  
والمهم ان تلك الاثار بمجموعها ، تؤكد لنا اجماع الصحابة رضى الله  
عنهم ، على ان النهى يقتضى البطلان ، اذ مع كثرة الاثار التى رويت عنهم

- 
- (١) سورة البقرة آية رقم ٢٢١ ، انظر - الطبرى - جامع البيان ج / ٤ / ٣٦٢ ،  
القرطبي الجامع لاحكام القرآن ج / ٣ / ٦٧ / ٦٨ .
- (٢) وذلك نظرا لما فيهما من شبهة الربا لاجتماعهما فى صفة القدر ، انظر -  
السلقينى - حاشية تحقيق المراد / ١٢٢ .
- (٣) هذا الحديث أخرجه الامام مسلم فى كتاب البيوع من حديث الاشعث عن عبادة  
بن الصامت والحديث له قصة ذكرها الامام مسلم فى صحيحه . انظر صحيح  
مسلم ج / ٥ / ٤٣ .
- (٤) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم فى كتاب البيوع ، انظر صحيح مسلم ج / ٥ / ٤٧

فى ذلك ، لم ينقل عن احد منهم خلافة ، ولو خالف احد منهم لنقل نقلا شاملا  
ولما تصور اهماله ، والغفلة عنه ، فمثل هذا الامر فى الاهمية يستبعد عدم نقل  
الخلافة . (١)

واذا ثبت بهذا ان الصحابة رضوان الله عليهم ، قد فهموا من النهى  
بطلان النهى عنه ، واجمعوا على ذلك ، وهم ارباب الفصاحة ، وادرى الناس  
بعد النبى صلى الله عليه وسلم ، باسرار الشريعة ومقاصدها ، فان اجماعهم  
على ذلك ، لمن اقوى الادلة ، على ان الحق فيما ذهبوا اليه .

ثالثا : « انه لو لم يفسد النهى عنه بمقتضى النهى ، للزم من نفيه حكمة يدل عليها  
ومن ثبوته حكمة تدل عليها الصحة ، واللازم باطل ، لان الحكمتين ان كانتا  
متساويتين ، تعارضتا وتساقتتا ، فكان فعله : كلا فعل وامتنع النهى عنه لخلوه  
عن الحكمة ، وان كانت حكمة النهى مرجوحه ، فأولى لفوات الزائد من مصلحة  
الصحة ، وهى مصلحة خالصة ، وان كانت راجحه ، امتنعت الصحة لخلوه عن  
المصلحة ايضا ، بل لفوات قدر الرجحان من مصلحة النهى . (٢)

وما تجد الاشارة اليه ، ان المناقشات بين الجمهور ، والاحناف ، فى  
الفرق بين الباطل والفساد كثيرة وطويلة ، وانما ذكرت طرفا منها ، وهو من اهم  
ما ذكر فيما يظهر لى ، وعليه اقتصر ، اذ لو اردت ذكر جميع ما استدل به ،  
للفريقين ومناقشة كل دليل ، والجواب عن ذلك ، لطال بنا البحث ولتشعب الموضوع

---

(١) العلائى - تحقيق المراد فى ان النهى يقتضى الفساد / ١٢٠ وما بعدها  
من صفحات .

(٢) الشوكانى - ارشاد الفحول / ١١٠ العلائى - تحقيق المراد فى ان النهى  
يقتضى الفساد / ١٣١ وما بعدها .

ولربما كان في ذلك شيء من الخروج عما نحن بصدده ، ومن اراد زيادة تفصيل في هذا الموضوع ، فليراجع كتب النهي في اصول الفقه ، وكلام الاحناف على البيع الفاسد وكلامهم على الاكراه في العقود القابلة للفسخ ، ولعل من احسن من فضل في هذا الموضوع . تفصيلا دقيقا ، فأشبعه بحثا ومناقشة ، صلاح الدين العلائي الشافعي رحمه الله في كتابه ، تحقيق المراد في ان النهي يقتضي الفساد ، والله تعالى اعلم .

### ثالثا : تقسيم العقود من حيث النفاذ وعدمه :

ينقسم العقد الصحيح بهذا الاعتبار الى قسمين ، نافذ ، وموقوف .  
فالعقد النافذ : هو ذلك العقد الذي توافرت فيه جميع اركانه ، وسائر شروطه ، بحيث يترتب عليه اثره في الحال ، دون ان يحول . عن ترتيبه ما يمنع من ذلك . (١)

أما العقد الموقوف : " فهو عقد توافرت فيه شروط الانعقاد ، والصحة ، فكأن صالحا لترتب آثاره عليه غير ان هذه الآثار قد تراخت عنه الى صدور الاجازة ممن تقرر الوقف لصالحه ، فاذا لم تصدر هذه الاجازة ، اعتبر العقد كأن لم يكن " (٢)  
وذلك كما اذا كان العاقد غير مالك لما تصرف فيه ، ولا وليا شرعيا في ذلك ولا وكيل عن المالك ، وهو ما يسمى عند الفقهاء بالفضولي ، فاذا تصرف من هذا

- 
- (١) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٤٤٦ ، الزرقا - المدخل الفقهي العام ج / ١ / ٤١٨ وما بعدها فقره (١٩٤) ، ص ٥٧٧ ، فقرة (٣٠٠) ، الكاساني - بدائع الصنائع ج / ٧ / ٣٢٢٣ .  
(٢) المراجع السابقة ، وانظر ، الكاساني - بدائع الصنائع ج / ٦ / ٣٠١٩ وما بعدها من صفحات .

شأنه في مال غيره ، فتصرفه صحيح موقوف على اجازة المالك للمال . (١)

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان هذا التقسيم للعقد ، مختلف فيه ، بين الفقهاء  
ولهم قولان ، في ذلك :

القول الاول : ان العقد الصحيح ينقسم الى نافذ ، وموقوف كما سبق بيان ذلك ،  
والى هذا ذهب الاحناف ، وبعض الشافعية والحنابلة . (٢) واليه ذهب المالكية ،  
الا انهم يفرقون بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات في هذا الامر ، حيث يخصون  
عقود المعاوضات ، بهذا التقسيم دون غيرها . (٣)

القول الثاني : ان العقد ، اما صحيح نافذ ، او باطل لا اثر له ، ومن هنا فاصحاب

هذا القول لا يقولون بانقسام العقد الى صحيح نافذ ، وصحيح موقوف ، كما  
ذهب الى ذلك اصحاب القول الاول .

وعليه فان ما يسمى بالعقد الموقوف عند غيرهم ، من قبيل العقد ، الباطل ،  
ولهذا فان تصرفات الفضولى عندهم باطلة لا اثر لها ، والى هذا ذهب الشافعية  
والحنابلة في احدى الروايتين عندهم . (٤) وسيأتى عند الكلام على اشتراط ملك

(١) المراجع السابقة .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع ج / ١٩ / ٦ / ٣٠ وما بعدها من صفحات ج / ٢ / ٣٢٢٣  
ابن عابدين ، والحصكفي - رد المحتار مع الدر المختار ج / ٤ / ١٣٤ وما بعدها  
من صفحات ، السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٨٥ وما بعدها - المرداوي -  
الانصاف ج / ٤ / ٢٨٣ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٤٤٥  
وما بعدها .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٨٨ وما بعدها ، النفراوي - الفواكه

الدواني ج / ٢ / ٢٣٥ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٤٥ وما بعدها .

(٤) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٨٥ وما بعدها من صفحات ، المرداوي - الانصاف

ج / ٤ / ٢٨٣ حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٤٤٥ وما بعدها من صفحات .

العين او المنفعة للمعير ، لصحة عقد العارية ، بيان الراجح من القولين ، حيث سنتكلم هناك ، على تصرف الفضولى ، وهو احد اسباب وقف العقد ، عند من يقول بذلك والله تعالى اعلم .

#### رابعاً : تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه :

تنقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه الى اربعة اقسام ، وهى كما يلى ؟

القسم الاول : عقود لازمة من الطرفين ، اى من جانب كل واحد من المتعاقدين ، بحيث لا يحق لاي منهما فسخ العقد دون رضا الآخر ، وذلك كعقد البيع والاجارة ، ونحوهما ، اذا كانت هذه العقود ونحوها خالية عن الخيارات ، التى تمنح العاقد حق الرجوع عن العقد بلا تعلق رضا العاقد الاخر ، ولا اعلم خلافاً بين الفقهاء فى ذلك . (١) ويستمر من ذلك الاقاليم

القسم الثانى : عقود جائزة من الطرفين ، اى غير لازمة ، حيث يحق لكل واحد من المتعاقدين ، انهاء العقد فى اى وقت اراد ، سواء ارضى الطرف الاخر بذلك ،

---

(١) الميدانى - اللباب فى شرح الكتابين ٥/٤/٢ ، الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٢٦١١/٦/ وما بعدها من صفحات حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٥/٣/٣ ، ابن عبد البر - الكافى ج ٧٤٥/٢/ وما بعدها ، القرافى الفروق ج ١٣/٤ ، الفرق (٢٠٩) السيوطى - الاشباه والنظائر/ ٢٧٥ وما بعدها ، ابن قدامة المغنى ج ٤٨٣/٣/ وما بعدها ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٢٠٠/٣/ ج ٢٣/٤/ الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ٥٧٧/١/ وما بعدها فقره (٣٠١) السيد البكرى - اعانة الطالبين ج ١٣٣/٣/

اولا ، وذلك ، كمقد العارية ، وعقد الوكالة ، ونحوهما ولا اعلم خلافا بين الفقهاء  
في ذلك (١) ما عدا المالكية حيث قالوا : بلزوم العارية الموقتة باجل او عمل  
من جهة المعير . الى حين انقضاء ذلك الاجل او العمل ، وسيأتى بيان الراجح  
في هذا الامر عند الكلام على اقسام العارية . (٢)

القسم الثالث : عقود غير لازمة في اول الامر ، ثم توّل بها الحال : الى اللزوم ،  
وذلك كالهبة قبل القبض والوصية قبل الموت ، فالهبة عند جمهور الفقهاء جائزة  
قبل القبض ، حيث يجوز للواهب الرجوع فيها ، اما بعده فلا يجوز الرجوع : خلافا  
للاحنافى ذلك . حيث يرون انها جائزة قبل القبض ومعه . فالهبة عند الجمهور  
اذن : جائزة اول الامر قبل القبض ، ثم توّل الحال الى اللزوم بعده ، وكذلك  
قبل الموت ، فهى جائزة اول الامر ، فلموصى ان يرجع فيها ، ثم توّل بها  
الحال الى اللزوم بعد الموت ، بلا خلاف اعلمه بين الفقهاء . (٣)

القسم الرابع : عقود لازمة من جهة احد طرفى العقد ، جائزة من الطرف الاخر ،

---

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٣٤٨٧/٧ ج ٣٩٠٢/٨ ، القرائنى -  
الفروق ج ١٣/٤ ، الفرق (٢٠٩) السيوطى - الاشباه والنظائر / ٢٧٥ ،  
السيد البكرى ج ١٣٣/٣ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج ٤٦٨/٣ ، الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ٥٧٧/١ وما بعدها  
فقره (٣٠١) .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

(٣) داما دافندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحج / ٢٥٩/٣٥٩ ، حاشية  
الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرج / ٤/٩٠/٣٧٧ ، البهوتى - كشاف  
القناع عن متن الاقناع ج ٣٠١/٣٤٨/٤ السيوطى - الاشباه والنظائر / ٢٧٥  
السيد البكرى - اعانة الطالبين ج ١٣٣/٣ .

خلاف

وذلك كعقد الرهن بعد القبض ، وعقد الكفالة ، بلا خوف علمه بين الفقهاء في ذلك فعقد الرهن قبل القبض لازم من جهة الراهن ، جائز من جهة المرتهن ، اذ لكل صاحب حق ان يتنازل عن حقه لمن اراد ، وعقد الكفالة لازم من جهة الكفيل ، جائز من جهة طالب الكفالة ، لانه صاحب الحق ، وله ان اراد ان يتنازل عنه . (١) ←

خامسا : تقسيم العقود من حيث تبادل الحقوق :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار الى ثلاثة اقسام هي كمايلي :

القسم الاول : عقود المعاوضات ، وهي العقود المبنية على اساس توافق ارادتي المتعاقدين ، على انشاء التزامات متقابلة ، تعطى لكل واحد منهما حق اخذ شيء من الطرف الاخر واعطاء ما يقابله ، وذلك كالبيع والاجارة ونحوهما .  
فالبيع ، عقد يوجب على البائع : دفع المبيع ، واخذ الثمن في مقابلته ،  
ويوجب على المشتري دفع الثمن ، واخذ المبيع في مقابلته ، وكذلك الاجارة ،  
عقد يوجب على المؤجر تمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة ،  
واخذ الاجرة مقابل ذلك ، ويعطى للمستأجر حق استيفاء المنفعة ، ويوجب عليه دفع الاجرة في مقابلة ذلك ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا . (٢)

- (١) الكاساني - بدائع الصنائع ج / ٧ / ٣٤٢٥ ، ج / ٨ / ٣٧٣٨ وما بعدها ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٥٢ ، الجعلى - سراج السالك شرح اسهل المسالك ج / ٢ / ١٥٦ ، السيوطى - الاشياء والنظائر / ٢٦٧ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٢١ ، ابن قدامه - المغنّى ج / ٤ / ٤٠١ ، الزرقا - المدخل الفقهي العام / ١ / ٥٧٧ وما بعدها ، فقرة (٣٠١) .
- (٢) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج / ٦ / ٢٤٧ ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج / ٢ / ٨٧ وما بعدها ، داما دافندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٧١ ، حاشية المدوى على كفاية الطالب الربانى ، وهو مطبوع بهامش الحاشية المذكور ج / ٢ / ١٠٩ / ١٥٢ ، الخطيب - الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع مطبوع بهامش حاشية البيجورى عليه ج / ٣ / ١٧٢ ، السيوطى - الاشياء والنظائر / ٣١٨ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٤٦ ، ج / ٤ / ٢٣ ، الزرقا - المدخل الفقهي العام / ١ / ٥٧٨ ، الفقرة (٣٠٢) .

القسم الثاني : عقود التبرعات : وهي العقود التي تقوم في الجملة ، على اساس ان يبذل احد العاقدين للاخر شيئاً على سبيل البر والاحسان والمعمونة بدون عوض ، سواء اكان ذلك المبدول ، عينا او منفعة ، وذلك كعقد الهبة والعارية ، ونحوهما ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

القسم الثالث : العقود المشتملة على التبرع ابتداءً ، والمعاوضة انتهاءً ، وهي : العقود التي يعطى فيها احد العاقدين للاخر شيئاً ، اعانه له ، على اساس ان يرد الاخذ مايمثل ذلك الشيء ، في وقت لاحق يتفقان عليه ، وذلك كعقد القرض ونحوه . ويان ذلك ، ان المقرض متبرع ، باسعا فالمقرض ، واعانته على قضاء حاجته الملحة بما اعطاه من مال ، وهذا جانب التبرع في عقد القرض ، ولكن عندما يسترد المقرض مايمثل ماله من المقرض يؤول حينئذ العقد وينتهي الى المعاوضة ، ولزوم الاداء . (٢)

- 
- (١) الموصلى - الاختيار لتعليل المختار ج / ٢٨ / ٣ وما بعدها ، داما دافندى مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٣٤٦ / ٢ / ٣٥٢ وما بعدها ، الدردير - اشح الصغير وبلغه السالك عليه ج / ٢ / ٢٠٥ / ٣١٢ التسولي - البهجة شرح التحفة ج / ٢ / ٢٢٣ / ٢٤٠ / ٢٧٥ ، الرملى - غاية البيان شرح زبد ابن رسلان / ٢١٤ / ٢٣١ ، ابن مفلح - المبدع في شن المقنع ج / ١٣٧ / ٥ / ١٦٠ الزرقا - المدخل الفقهي العام ج / ١ / ٥٧٩ الفقرة (٣٠٢) .
- (٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣١٥ وما بعدها / الارديلى - الانوار لاعمال الابرار ، ج / ١ / ٤٠٣ وما بعدها ، الزرقا - المدخل الفقهي العام ج / ١ / ٥٧٩ ، فقرة (٣٠٢) .



سادسا : تقسيم العقود من حيث الضمان وعدمه :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار ، الى ثلاثة اقسام ، وهى كمايلي :

القسم الاول : عقود ضمان : وهى العقود التى يعتبر فيها القابض للمال بحد انشاءها مسئولا عن ضمانه ، اذا تلف ، سواء اكان التلف بآفة سماوية ، او بتعدد او تقصير من قبل القابض له ، وذلك كعقد البيع وعقد القرض ، ونحوهما .

وبيان ذلك ، ان البائع بعد قبضه للثمن ، ولزوم عقد البيع ، لا يرجع على المشتري ، اذا تلف الثمن ، والمشتري ايضا لا يرجع على البائع فى ضمان العين المباعة عند تلفها تحت يده ، بل يعتبر التالف من الثمن بعد القبض ولزوم البيع تالفا من مال قابضه ، وذلك لانتقال الملك فى الثمن والمثمن .

وكذلك القرض ، بعد القبض ولا يعتبر عند تلفه تالفا من مال المقرض ، وانما من مال المقرض بلا فرق بين ان يكون التلف ، بتعدد او تقصير او لم يكن ، وذلك لانتقال الملك ايضا ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء فى هذا . (١)

---

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٧ / ٣٢٣٨ ، القرائى - الفروق ج ٢ / ٢٠٦ ، وما بعدها ، الفرق (١١١) ، السيوطى الاشباه والنظائر / ٣٥٩ / ٣٤١ ، وما بعدها ، ابن تيمية - الفتاوى ج ٢ / ٣٤٣ ، وما بعدها ج ٢٩ / ٤٠٤ - وما بعدها ٥٠٦ ، وما بعدها من صفحات ، سليمان محمد - ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج ١ / ٢٢ ، وما بعدها من صفحات ، الزرقا - المدخل فى الفقه العام ج ١ / ٥٧٩ ، وما بعدها ، فقره (٣٠٣) .

القسم الثاني : عقود امانة : وهي العقود التي يعتبر فيها الطرف القابض للمال بعد تنفيذها ، غير مسئول عن ضمان ذلك المال ما لم يتعمد عليه او يقصر في حفظه وذلك كعقد الوديعة وعقد العارية . (١) على خلاف بين الفقهاء في عقد العارية اهو من عقود الضمان ام من عقود الامانة ، وسيأتى عند الكلام على الضمان في عقد العارية بيان الخلاف في ذلك ، والراجع من القولين ان شاء الله . (٢)

القسم الثالث : عقود مزدوجه الاثر ، اي تفيد الضمان من جهة ، والامانة من جهة اخرى ، وذلك كعقد الاجارة ونحوه .  
وبيان ذلك ، ان العين الموجهة ، امانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها الا عندما يتعمد عليها او يقصر في حفظها ، وهذا هو جانب الامانة في عقد الاجارة .

اما جانب الضمان فهو في منافع العين الموجهة ، اذ تعتبر مضمونه على المستأجر . بمجرد تمكنه من استيفائها نسوا اقام با ستيفاء المنفعة بعد تمكنه من ذلك ، او ترك استيفائها حتى مضت مدة الاجارة ، فان ما فات من المنافع

---

(١) الموصلى - ا خيار لتعليق المختار ج / ٣ / ٢٩٨٧ / ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ / ٤٠٥ ابن عبدالبر - الكافي ج / ٢ / ٨٠١ / ٨٠٨ ، حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الفزى على متن ابى شجاع ج / ٢ / ٦٢ ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥ / ٢٤٢ وما بعدها ، سليمان محمد ضمان المتلفات في الفقه الاسلامى ج / ١ / ٢٢ وما بعدها من صفحات ، الزرقا المدخل الفقهي العام ج / ١ / ٥٨٠ فقره (٣٠٣) .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

مضمون عليه ، فتلزمه الاجرة حينئذ ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

الا ان المالكية يستثنون من الاجارة مسألتين ، يوجبون على المستأجر فيهما

الضمان :

الاولى : مسألة " الاجير الذي يوثر في الاعيان بصنكته ، كالخياط ، والصباغ ، والقصار ، لان السلمة اذا تضررت بالصنعة ، لا يعرفها ربها اذ وجدها قد بيعت في الاسواق ، فكان الاصلاح للناس تضييع الاجراء في ذلك ، وهو من باب الاستحسان ."

الثانية : مسألة ، الاجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس الى تناوله ،

كالفواكه والاشربة والاطعمه المطبوخة ، فان الاجير يضمن سداً لذريعه التناول منها . (٢)

وبالانتهاء من هذا التقسيم ، نأتى الى ختام الكلام عن اهم اقسام العقد في الفقه الاسلامي ، وبه ينتهي هذا الباب ، وقد كان باباً تمهيدياً ، تعرضنا فيه ، لاهم ما يتصل بكلمة (عقد) في الفقه الاسلامي راجياً ان اكون ممن وفق في ذلك ، والله المستعان .

(١) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٧١ / ٣٩٠ / ٣٩١ /

٣٩٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٠١ وما بعدها ، ٣٥٥ ،

القراني - الفروق ج / ٢ / ٢٠٧ وما بعدها ، الفرق (١١١) الرملى -

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج / ٥ / ٣٠٥ / ٣٠٦ ، البهوتى ،

كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤٠ / ٤١ / ٤٦ ، الزرقا - المدخل الفقهي

العام ج / ١ / ٥٨٠ وما بعدها ، فقره (٣٠٣) .

(٢) القراني - الفروق ج / ٢ / ٢٠٧ وما بعدها ، الفرق (١١١) .

هذا نص  
للأجير وليس  
المستأجر

(( الباب الثاني ))

تعريف العارية ، وأدلة مشروعيتها وحكمة تشريعها ، وحكمها

- الفصل الاول : في تعريف العارية :

المبحث الاول : في تعريف العارية لفظة

المبحث الثاني : في تعريف العارية في اصطلاح  
القهاء .

- الفصل الثاني : أدلة مشروعية العارية ، وحكمة تشريعها ، وحكمها :

المبحث الاول : أدلة مشروعية العارية وحكمة تشريعها

المبحث الثاني : حكم عقد العارية

---

الفصل الاول : في تعريف العارية

المبحث الاول : في تعريف العارية لفظة

للعارية عند العرب ثلاث لغات ، العارية بتشديد الياء ، وهو اكثر وأصح ، والعارية بتخفيف الياء ، والعارية بحذف الياء على وزن ناقه . (١)

ويطلق هذا اللفظ في اللغة العربية ، ويراد به في الجملة ، ما يعطى للغير على أن يردّه الى المعطى ، ومن هنا قالوا : كل عارية مستردة . فهو اذن اسم للمعين المتصفة بذلك . ولى هذا فاطلاقه على المصدر الذي هو الاعارة من قبيل المجاز . (٢)

واذا تبين هذا ، فهل العارية ، اسم موضوع ، أم اسم منسوب ، الواقع أن الاكثر ذهبوا الى أنها اسم منسوب بدليل تشديد يائها لان ياء النسب مشددة والتشديد فيها اكثر وافصح كما سبق وان ذكرنا ذلك قبل قليل ، وقيل بل هي اسم موضوع ، ولى هذا فياؤه ها كياء ، الكرسي والدردي ، ونظيره كميته صيغة تصغير وليس بتصغير . (٣)

- (١) الزبيدي - تاج المروس من جواهر القاموس ج / ٣ / ٤٣٠ ، مادة (عور) احمد رضا - معجم من اللغة ٢٤٢ / ٤ / ٠ ، مادة (عور) الزاوي الطرابلسي - ترتيب القاموس المحيط ج / ٣ / ٣٠١ ، مادة (عور) على حيدر - دور الحكام مجلة الاحكام ج / ٢ / ١٩٦ ، مادة (٧٦٥) .
- (٢) الزيات - المعجم الوسيط ج / ٢ / ٦٤٢ ، مادة (عور) المقرئ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ج / ٢ / ٨٩ ، مادة (عور) الصميدى - الانصاح في فقه اللغة ج / ١ / ١٣٦ ابن منظور - لسان العرب ج / ٦ / ٢٩٧ ، مادة (عور) .
- (٣) الرازي - مختار الصحاح / ٤٦٢ ، مادة (عور) الشرتوني - اقرب الوارد في فصح العربية والشوارد ج / ٢ / ٨٤٦ ، مادة (عور) ابن منظور لسان العرب ج / ٦ / ٢٩٧ ، مادة (عور) ، الركيبي - النظم المستعذب في شرح غريب المهذبيج / ١ / ٣٦٩ ، العبادي ، الجوهرة النيرة / ٢١٣ ، ابن عابد بن - حاشيته قرقيون الاخضر مجلة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٢ ، واما دافندي ، مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٦

(1) اظهره لا يورده من المعنى ، ولكن من اللفظ المصدر ، واد  
الفضل على الخريف ، وهو اصل الاستعارة

-٥٤-

وما يحسن ان نشير اليه ، ان العلماء اختلفوا ، في المعنى الذي أخذت  
منه كلمة " عارية " وفيما يلي بعض المعاني التي ذكرها ، وهي وان اختلفت  
بعض الشيء ، الا أنها لا تبعد عن المعنى الشرعي لها وسنبين ان شاء الله ،  
بعد تعريف العارية في اصطلاح الفقهاء ، الرابط بين هذه المعاني والمعنى  
الشرعي عند الفقهاء .

المعنى الاول : ان العارية ، مأخوذة من ( التماور ) وهو التداول والتناوب  
في الشيء ، بين اثنين . يقال : اعارة الشيء ، واعاره منه ، وعاوره اياه ، والمعاورة  
والتماور شبه المداولة والتداول ومن ذلك قول ذي الرمة ،  
سقط كمين الديك عاورت صاحبي اياها وهيئنا لمقعها وكرا

وانشد ابن المظفر - اذا رد المعاور ما استمارا

كما يقال : اعثروا الشيء ، تماوروه ، تداولوه فيما بينهم ، قال ابو كعبير :

وانذا الكماة تماوروا طعن الكلى نذر البكار في الجزاء المضعف (١)

ويقال : تماور القوم فلانا ، اذا تماوروا عليه بالضرب واحدا بعد الآخر  
وقال الليث : تماورت الريح رسم الدار حتى عفته ، اي تواظبت عليه ، وانكر  
الازهرى هذا وقال : معنى تماورت ، الريح رسم الدار اي تداولته فمرة تمسب  
جنوبا ومرة شمالا ومرة قبولا ومرة دجورا . ومنه قول الاعشى :

دمنه قفرة تماورها الصيف بريحين من صبا وشمال (٢)

(١) ابن منظور - لسان الصرب ج / ٢٩٧ / ٦ مادة (عورة) ، الزبيدي - تاج المروى

من جواهر القاموس ج / ٤٣٠ / ٣ ابن سيده - المحكم والمحيط الاعظم

ج / ٢٤٩ / ٢ مادة (عور) احمد رضا - معجم متن اللثة ج / ٢٤٢ / ٤ مادة

(عور) ، الزبيدي الزاوي الطرليسي - ترتيب القاموس المحيط ج / ٣٠١ / ٣

مادة (عور) .

(٢) المراجع السابقة

ومثل العارية في ذلك سواء أكانت مشددة أو مخففة : العارة ، بناء على أنها لغة فيها قال ابن مقبل :

فاخلف واتلف انما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو آكله

وهذا يتبين أن العارية أو العارة ، على هذا المعنى ، اسم لما يتداول بين الناس أو يتناوب عليه ، ومنه العين المأخوذة من مالكها أو مالك منفتحها أو ما ذونها للانتفاع بها مطلقا أو زمنا معلوما بلا عوض (١) .

### الإسماعيل

المعنى الثاني : ان العارية ، منسوبة الى العارة ، اسم مصدر من الاعارة مأخوذة من ( عار ) اذا ذهب وجاء بسرعة ، على مذهب الكوفيين او من مصدره ، على مذهب البصريين ، على خلاف بين علماء اللغة في أصل المشتقات ، هل هو الفعل أو المصدر (٢) .

يقال : عار الفرس يعمير عيارا ، انطلق كأنه منفلت من صاحبه يتردد ، ومن أمثال العرب في ذلك : كلب عائر خير من كلب رابض ، فالعائر اذن

(١) ابن منظور - لسان العرب ج ٢٩٧/٦ مادة (عور)

(٢) المرجع السابق ، وانظر ، المقرئ - المصباح المنير في غريب الشرح

الكبير ج ٨٩/٢ مادة (عور) ابن دريد - جمهرة اللغة ج ٣٩٢/٢

مادة (رعي) الحصكفي - الدر المنقى في شرح الملتقى ج ٣٤٦/٢

السيد البكري - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المحين ج ٣/

المتردد ، لهذا سميت العبير عبرا لانها تتردد في الصحارى والفلوات (١) .  
وفي الحديث النبوي الشريف " مثل المناق مثل الشاة العائرة بين غنمين (٢) ،  
أى المترددة بين قطيعين من الغنم لاتدرى لايهما تتبع . ومن هنا قال العرب  
للغلام الخفيف عيار لكثرة ذهابه وضيئه في الارض وتردده فيها (٣) .  
وربما أطلقوا هذه الصفة على الاسد فقالوا : اسد عيار ، لتردده في الصحراء

طلبها للصيد . قال اوس بن حجر :

المزباني : الفارس الساجع المقدم على صوته  
دالفا ومزبانيا

ليث عليه من الهردى هبرية  
كالمزباني عيار باوصال (٤)

وحكى الفراء ، رجل عيار اذا كان ذكيا مكثرا للتطواف في الأرض والحركة عليهم  
وهى : صفة مدح وذم عند العرب ، فيقال : غلام عيار نشيط في طاعة الله  
وغلام عيار نشيط في المعاصى (٥) .

وهذا يتضح ان العارية على هذا المعنى اسم لما يذهب ويجيب ويتردد بسرعة .

(١) المراجع السابقة ، وانظر الركبى النظم المستعذب في شرح غريب المهذب  
ج ٣٦٩/١/ ٣٧٠

(٢) هذا الحديث اخرجه النسائي عن قتيبية قال حدثنا يعقوب عن موسى بن عقبة  
عن نافع عن ابن عمر ان رسول المصلى الله عليه وسلم قال : " مثل المناق كمثل  
الشاة العائرة بين الغنمين تمير في هذه مرة وفي هذه مرة لاتدرى ايها تتبع ،  
واخرجه الامام احمد بما هو قريب من هذا اللفظ عن ابن عمر . انظر سنن النسائي

ج ١٢٤/٨/ ٣٢/٢/ مسند الامام احمد ج

(٣) ابن منظور - لسان العرب ج ٣٠١/٦/ مادة (عور) ابن دريد جمهرة اللثة

ج ٣٩٢/٢/ مادة (عري) - الركبى - النظم المستعذب في شرح غريب

المهذب ج ٣٦٩/١/ ٣٧٠

(٤) المراجع السابقة

(٥) المراجع السابقة .



## الاصناف

المعنى الثالث : ان العارية مأخوذة من عرا يعروه ه كعرا يغزو ه بمعنى  
نصده او عروه او غشى ه ومن ذلك قول الشاعر :

وانى لتعرونى لذكراك هزة كما انتفض العصفور بلله القطر

وقال فى القاموس المحيط : عراه يعروه ه غشيه لالبا معروفا كاعتراه (١) ه

وهى هذا فاصلها عاروه على وزن فاعوله ه او فعليه على القلب ه قلبت  
الواو الثانية ياء لتطرفها ه والتاء فى نية الانفصال فاجتمعت الواو والياء وسبقت  
احدهما بالسكون قلبت الواو ياء فاصبحت عارية بتشديد الياء ه

هذا فى المشددة اما المخففة فاصلها عاروه على وزن فاعله فابدلت الواو  
ياء لتطرفها فاصبحت عارية (٢) ه

المعنى الرابع : ان العارية مأخوذة من العرية والعرية مشتقة من العرى

بالضم فقال فى القاموس المحيط : العرى بالضم ه خلاف اللبس كرمى عريا وعريسة  
بضمها وعرى وأعراه الثوب ومنه عراه تعرية فهو عريان ه وأعراه النخلة ه وحبه  
ثمرة عامها والعرية النخلة المصرة التى اكل ما عليها ه وما عزل من المساومة عنده  
بيع النخل من المكل ه (٣)

- 
- (١) الفيروزبازى = القاموس المحيط ج / ٣٦١ / ٤ / الزبيدي - تاج العروس من  
جواهر القاموس ج / ٣٩١ / ٣ / مادة (عور) التسولى - البهجة شرح التحفة  
ج / ٢٢٤ / ٢ / الصاوى بلغة السالك ج / ٢٠٥ / ٢ / الحطاب مواهب الجليل  
بشرح مختصر خليل ج / ٢٦٨ / ٥ / حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج / ٣٨٨ / ٣  
(٢) المراجع السابقة ه  
(٣) الفيروزبازى - القاموس المحيط ج / ٣٦١ / ٤ / الشرتونى - اقرب الموارد فى فصيح  
البحرية والشوارد ج / ٨٤٦ / ٢ / مادة (عور) السرخسى - الميسوط ج / ١١ /  
١٣٣ / البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٦٢ / ٢ ه

المعنى الخامس : ان العارية مأخوذة من "العار" منسوبة اليه

والى هذا ذهب الجوهري ، ومن ذلك قول الشاعر :

انما أنفسنا عارية والصواري قسارى أن ترد

والعار عند العرب هو السبة ، والعيب ، يقال : هذا الرجل ظاهر الاعياره

اي الميوب وفي قول ان العار هو كل ما يلزم به سبة اوجب . قال الراعى :

ونبت شربنى تميم منبتا دنس المرءة ظاهر الاعيار

وقال النابغة : وعيرتنى بنو ذبيان خشيتهم وهل على بان اخشاك من عار .

فالفعل اذن من عار ، التصيير . يقال : تماير القوم اي تمايوا ومن هننا

قبيل : هم يتصيرون من جيرانهم الامتعة (١)

على هذا ، فالعارية يائية الاصل ، فاصلها عَيرِيَّة على وزن فعليه تحركت

الواو وانفتح ما قبلها فقلت الفا .

قال الازهرى : وهذا قول ضعيف فالعرب يقولون : هم يتصرون من

جيرانهم الصواري بالواو لا بالياء . وهذا مما يدل على ان العارية ليست مأخوذة

من العار لانه يائى الاصل وهى واوية وانما غر من قال : بانها من العار

قول من قال من العرب : هم يتصيرون الصواري وليس ذلك على وضعه وانما هى

محاقة من الواو الى الياء (٢) .

---

(١) ابن منظور - لسان العرب ج ٦ / ٢٩٧ / ٣٠٣ / ٣٠٤ مادة (عور) الرازى

مختار الصحاح ٤٦٢ - المقرئ - الصباح العنبر فى غريب الشرح الكبير

ج ٢ / ٨٩ / ٢١٣ مادة (عور) المبادى - الجوهرة النيرة / ٢١٣ الزيلعى - تبين

الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٣ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير

ج ٣ / ٣٨٨ الصاوى بلغة السالك ج ٢ / ٢٠٥

(٢) المراجع السابقة .

ويؤيد هذا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه استعمار (١) ، فلو كان ذلك عيبا لما طلبها عليه افضل الصلاة والتسليم (٢) .

ورد هذا بأنه لا يلزم . من أخذ شيء من شيء ، مساواتهما في جميع الحروف لان دائرة الاخذ اوسع من دائرة الاشتقاق ، ومن هنا نراهم قد يدخلون بنات الياء على بنات الواو واصدق مثال على هذا كلمة "البيع" فهي مأخوذة من الباع من أن البيع يائي بخلاف الباع (٣) .

وكون النبي صلى الله عليه وسلم قد استعمار ، فهذا امر لا يبطل القول بأخذ كلمة العارية من العار ، لان النبي عليه افضل الصلاة والتسليم اولى بالمؤمنين من أنفسهم فلا يلحقه بطلب العارية عار اوسمة وحاشاه عن ذلك (٤) .

والواقع ان الفى عليه اكثر علماء اللثة والفقهاء ، أن العارية ليست مأخوذة من العار وهذا هو الرأي الذى اميل اليه . ويمكن ان يجاب عما اجاب به المخالفون بان العرب لا يدخلون بنات الياء على بنات الواو ، الا عند الاضطرار الى ذلك ، ولا ضرورة هنا لهذا الامر ، ثم ان العارية امر مندوب في الشريعة الاسلامية وما كان مندوبا فلا يتصور قبحه وكون المستعير محتاجا لما في يد غيره فليس عليه في ذلك عار وانما العار فيما قبحه الشرع وانكره (٥) . والله تعالى اعلم .

---

(١) سيأتي في هذه الرسالة احاديث كثيرة ، تدل على ذلك . انظر من هذه الرسالة .

(٢) الصاوي - بلفظة السالك ج ٢٠٥/٢

(٣) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللهاجج ٩٠/٢

(٤) المرجع السابق وحاشية الشبرايطس على نهاية المحتاج ج ١١٦/١١٥/٥

(٥) المرجع السابق و الصاوي - بلفظة السالك ج ٢٠٥/٢

المبحث الثاني : تعريف العارية في اصطلاح الفقهاء

للعارية في اصطلاح الفقهاء عدة تعريفات ، على حسب تعدد مذاهـب  
الفقه الاسلامي ، ومن أشهرها ما يأتي :  
أولا : تعريف الاحناف :

عرف الاحناف العارية ، على اعتبارها مصدرا ، اى بمعنى المصدر، وهو الاعارة  
فقالوا : " العارية تملك المنافع بغير عوض " (١)  
فقولهم : " تملك المنافع " قيد خرج به اباحة المنافع (٢) وخرج به ايضا تملك

(١) الرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ، مطبوع مع فتح القدير والمعانيمة  
ج / ٣ / ٩ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٣ ، ابن  
عابدين - حاشية قرة عيون الاختيار تكملة / والمختار ج / ٨ / ٣٨٢ ، داماد  
افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٦ .

(٢) قد يكون من المفيد ان ابين ولو بايجاز معنى الاجارة والتمليك عند الفقهاء ومضى  
ما يتعلق بهما من احكام ليتضح الفرق بين تملك المنفعة ، خاصة وان بعض  
الفقهاء من الحنابلة والشافعية يقولون : بان العارية اباحة لتمليك ، كما  
سياتي بيان ذلك عند الكلام على تعريفهم ان شاء الله فنقول :  
الاباحة في الاعيان والمنافع : هى الازنباستعمال الشئ ، او استهلاكه  
والاذن بذلك احد جهتين :

الجهة الاولى : الازن من الشارع بحكم منه ، فكل مال يكن داخلا فى  
ملك عام ، وقد اذن الشارع فى تملكه فهو باذن الشارع كما فى اباحة  
الانتفاع بالماء غير المملوك لاحد ، او بالكلا قبل احرازه او بوضوء النار الموقده ،  
لقوله عليه افضل الصلاة والسلام " الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلاء  
والنار " .

أى الناس شركاء فيها شركة اباحة لاشركة ملك .

.....  
الجهة الثانية : الاذن من المالك الخاص ، سواء أكان مالكا للمعين ، أو المنفعة ، فإذا اذن شخص باستعمال أدواته وأمتعته الخاصة ، أو اذن باستهلاك شيء من ماله ، سمي تصرفه هذا اباحة ، فللمباح له حق الانتفاع بما اذن له فيه فمصدر الاباحة هنا هو المالك الخاص .  
وتنتهي الاباحة : بانتهاء وقتها ان كانت مؤقتة ، او برجوع الاذن الخاص عن اذنه او بموته ،

ويشترط في انتهاء فترة الاباحة ، علم المباح له . بعد ول المبيع عن اذنه وذلك في احد القولين عن الامام الشافعي وفي القول الثاني واليه ذهب الاحناف : لا يشترط العلم " لان ثبوت هذا الحق من قبيل الولاية وقيام الماذون له مقام الاذن في الانتفاع ، فصار كالوكيل اذا عزله موكله فانه لا يشترط لنفاد ذلك علمه بالجزل " .

وأما الاثر المترتب على الاباحة : فهو ثبوت حق الانتفاع للمباح له فقط ، وهو حق لا يستفيد به ملك ما ابيع بمجرد الاباحة ، بل هو دون التمليك فثبوت حق الانتفاع بالاباحة يخول للمباح له الانتفاع بنفسه فقط دون ان يبيحه ، او يملكه لغيره لكنه حين يحزره او يستوفى ما ابيع له ، فقد تملكه فمن دعى السبي طعام قد ابيع له ذلك الطعام فهو قبل ان ياكل منه ماذون له بالاكـل غير مالك للطعام ، ولكنه حين ياكله فقد تملكه ومن نثرت عليهم النقود فسـى الافراج كما هي العادة في بعض البلدان ، فقد ابيع لهم بذلك التقاطها فهي قبل الالتقاط مباحة ، ماذون بالتقاطها فقط ، فلا تملك بمجرد الاذن والاباحة وانما تملك بالالتقاط . والحوز والى هذا ذهب اكثر الفقهاء .

وذهب بعض الفقهاء : " الى ان المباح له يستهلك ما ابيع له او يستوفيه وهو على حكم ملك المبيع فلا يملكه لا قبل الاحراز ولا بعده وانما لا يضمن اذا استهلكه لعدم تعديه ان قد اذن له في استهلاكه بالاباحة . " .  
اذا ثبت هذا ، فانه يجوز عند بعض اصحاب الصراى الاول ، الرجوع عن الاباحة ، ولو بعد الاحراز من قبل المباح له ، قياسا على الهيئة حيث يجوز

حصوله  
منه  
في  
الوقت

ط

عندهم الرجوع عنها ولو بعد القبض .  
أما عند البعض الآخر ، فلا يجوز الرجوع بعد الاحتراز قياسا على الهبة أيضا  
حيث لا يجوز عندهم الرجوع عن الهبة بعد القبض ، الا في بعض المسائل  
كهبة الاب لابنه .

أما على الرأي الثاني : فان المباح في يد المباح له ، ملك للمبيح يحق  
له ان يسترده في اي وقت اراد مادام موجودا لم يستهلك بعد .  
هذا اذا كان المباح عينا لا منفعة ، اما اذا كان المباح منفعة فلا مجال  
للخلاف ولو وجد فلاثمرة له لان المنفعة عرضية لا تبقى بعد الانتفاع ، ومن  
شرط رجوع المبيح عن الاباحة بعد الاحتراز عند من يقول بذلك ان يكون  
المباح قائما حتى يمكن اعادته اما اذا استهلكه المباح له فلا رجوع ولا ضمان  
لعدم تعدى المباح له بالاستهلاك ، لوجود الاذن من المالك  
واذا لم يكن عليه ضمان فيما استوفاه من منافع حاله الاباحة فلا فرق بين  
أن يستهلك المنفعة ويملكها بهذا الاستهلاك وبين ان يستهلكها وهي  
ملك المبيح وقد اذن له باستهلاكه .

واذا تبين بهذا الموجز معنى الاباحة واثرها في الاموال ، بقي ان نعطي  
لمحة موجزة عن تملك المنفعة لبتضح الفرق بين التملك والاباحة .  
تمليك المنفعة :

تمليك المنفعة : " تصرف يفيد ملك المنفعة " والملك : " حق شرعي يختص  
صاحبه بالانتفاع به والتصرف فيه الا لمانع ، ويمنع غيره من الانتفاع به  
والتصرف فيه ، الا لسوغ .

وبشئ هذا الحق في المنفعة ، اما تبعا لملك المدين ، واما لوجود سبب  
من الاسباب التي تفيد ملك المنفعة دون عينها كالاجارة والوقف والاعارة ،  
على خلاف في الاعارة ، اهي سبب لتملك المنفعة اولا . وسياتي بيان  
ذلك ان شاء الله عند مناقشة تعريفات الحاربه عند الفقهاء .  
وما سبق يتبين ان الاثر المترتب على ملك المنفعة : هو ثبوت حق الانتفاع

والتصرف لملكها بحيث يحق له ان ينتفي بنفسه او يبيحها او يملكها لغيره  
او يتصرف فيها باى تصرف اخر مالم يمنع من ذلك مانع ما  
تمليك المنفعة اذ ن اقوى من اباحتها واخص ه فمن يملكها يملك حق الانتفاع  
الشخصى وزياده بينما لا يملك بالاباحة الا حق الانتفاع وهذا يتضح الفرق  
بين تمليك المنفعة وابعائها وما تجدر الاشارة اليه ان بعض الفقهاء من المالكية  
والحنابلة وغيرهم يسمون هذا الحق الناتج عن الاباحة بملك الانتفاع  
ويسميه غيرهم بحق الانتفاع وهو خلاف فى التسمية فقط فليس له اثر على نفسى  
الواقع ه لان النتيجة واحدة وهى ان كل من اعطى هذا الحق فليس لـه  
الا الانتفاع بنفسه فقط ه وسين ان يسمى هذا السبب الذى ثبت بـه  
هذا الحق بملك الانتفاع او بحق الانتفاع ه

يراجع فيما كتبناه عن الاباحة وتمليك المنفعة المراجع التالية :

- ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاختار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٢ هـ السمرقندى  
تحفة القمهاج / ٣ / ٢٤٤ - ابن نجيم - الاشياء والنظائر / ٣٤٦ / ٣٥١ هـ  
السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ١٤٠ - نظام - الفتاوى الهندية ج / ٥ / ٣٤٤  
وما بعدها من صفحات ه الرافعى - تقرير الرافعى على حاشية ابن عابدين  
ج / ٢ / ١٣٢ هـ الكاسانى - بدائع الصنائع ج / ٩ / ٣٤٨٦ هـ  
التسولى - البهجة شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٤ وما بعدها ه الدردير - الشرح  
الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج / ٣ / ٣٨٩ هـ القرانى - الفرق ج / ١ / ١٨٢ هـ  
وما بعدها من صفحات ه الفرق (١٨٠) محمد على - تهذيب الفـرـق  
ج / ١ / ١٩٤ هـ الفرق (٣٠) الجرجانى - التعريفات / ٢ / ٢٠٤ هـ السيوطى  
الاشياء والنظائر / ٣١٦ وما بعدها / ٣٢٦ وما بعدها ه حاشية الشرقاوى على  
التحرير ج / ٢ / ٩١ هـ الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الـسبب  
ج / ٢ / ٣٢٤ وما بعدها حاشية القليوبى ج / ٣ / ١١٠ / ٢٩٨ هـ  
حاشية الهاجورى على شرح بن قاسم الشزى - ج / ٢ / ٤٨ هـ

الذوات كبيع عين المال او هبته لانهما لتمليك ذات المال لا لمجرد تمليك المنفعة  
وقولهم " بلا عوض " قيد خرج به عقد الاجارة لانه تمليك للمنفعة بموض (١)

ثانيا : تعريف العارية عند المالكية :

عرف المالكية العارية باعتبارين ، باعتبارها اسما للمال المعار واعتبارها بمسمى  
المصدر فقالوا :

---

= البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٢ / ٧٠ / ٧٢ ، ابن قدامه  
- المشني ج / ٥ / ١٦٨ ، ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ١٩٦  
وما بعدها ، قاعدة (٨٦) ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٩ / ١٨٧ وما بعدها  
ابو البركات - المحرر ج / ٢ / ٤٠  
الخفيف - المنافع / ١٢٥ وما بعدها من صفحات ، الزرقا - المدخل القمهي  
العام ج / ١ / ٢٨٣ وما بعدها من صفحات ، الخفيف - احكام المعاملات  
الشرعية / ١٠ / ١١ مذكور - نظرية الاباحة عند الفقهاء والاصوليين / ٤٤ ،  
وما بعدها من صفحات ، ١٣٣ وما بعدها من صفحات ١١٦ وما بعدها من  
صفحات ، ٢٥٣ وما بعدها من صفحات ، ابن حميد - القيود الواردة على  
الملكية / ١٠ وما بعدها من صفحات ٤١ وما بعدها من صفحات .

(١) شرح الهروي على كنز الدقائق ج / ٢ / ١٣٩ ، ابن نجيم - البحر الرائق  
شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨٠ حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام  
ج / ٢ / ١٩٦ وما بعدها ، مادة (٧٦٥) .



العارية باعتبارها اسما: منفعة مؤقتة ملكت بخير عرض \* والعارية باعتبارها مصدرا  
اي بمعنى المصدر وهو الاعارة: " تملك منفعة مؤقتة بخير عرض \* فدخل بتعريفهم  
هذا كل من الاخداف والعمري وخرج به الحبس (١) كما خرج بقولهم : " تملك  
منفعة \* تملك عين المال بنحو بيع او هبة او ما الى ذلك وخرج بهذا القيد ايضا  
تمليك الانتفاع ، وهو ما يبرهنه عند بعض الفقهاء بحق الانتفاع وهو الحق الناتج  
عن الاباحة ، ولقد سبق قبل قليل في حاشية هذه الرسالة بيان الفرق بين

---

(١) الاخداف : تملك خدمة الرقيق حياة المعطى بالفتح بلا عوض والعمري بضم  
العين تملك المنفعة حياة المعطى ، بالفتح بلا عوض فعلى هذا فكل  
من الاخداف والعمري تملك منفعة مؤقتة بخير عرض ، عند المالكية  
اما الحبس ، فعرفه من المالكية ابن عرفة فقال : " الحبس اعطاء منفعة شئ مدة  
مدة وجوده لازما بقاؤه ، في ملك معطيه ولو تقديرا " فخرج بهذا التعريف  
العارية والعمري والاخداف لتأييد ملك المنفعة في الحبس وعدم تأييده في العارية  
هذا على رأي ابن عرفة اما على رأي غيره من المالكية فان الحبس قسمان مؤبدا  
ومؤقت فعلى هذا الرأي يدخل الحبس المؤقت في تعريف العارية وسياتسى  
ان شاء الله عند مناقشة تعريفات العارية دفع هذا الاشكال عن تعريف العارية  
عند المالكية .

انظر في هذا - عيش - تسهيل منح الجليل ج / ٣ / ٤٨٦ مطبوع بهامش شرح  
منهج الجليل على مختصر خليل التاودي - حلى المعاجم ج / ٢ / ٢٢٤ / ٢٢٥ مطبوع  
بهامش البهجة شئ التحفة -

الدردير الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٥ مطبوع بهامش بلخته السالك للصاوي .

هذا الحق وملك المنفعة (١) وخرج بقولهم " مؤقته " تملك المنفعة المطلقة  
وذلك كملك العبد منعمة نفسه ، فهو تملك منعمة مطلقة بخير عرض فلا يعتبر  
عارية ، ولا عقدا في نفس الوقت ، بدليل ان الامة اذا ملكت منعمة نفسها  
ثم تزوجت فان اولادها يرقون لسيدها وخرج بهذا القيد أيضا الوقف على شخص  
معين واعقابه فانه تملك منعمة غير مؤقته عندهم (٢) .

### ثالثا : تعريف العارية عند الشافعية :

اختلفت اقوال الشافعية في لفظ ( العارية ) اهو اسم لعين المال الذي اباحت  
منعمته " اى المار " أم انه اسم للعقد المشتمل على اباحة المنفعة فنقل البكرى  
سن الشافعية : ان العارية شرعا اسم لما يمار وللعقد المشتمل على اباحة منعمة  
المال فهو لفظ مشترك بين العقد وما يمار (٣) .  
ونقل البيهقي : " ان العارية اسم لما يمار لفة وشرعا اول لغة فقط ، اول لغة  
لما يمار وشرعا للعقد (٤) والذي عليه اكثر الشافعية ان العارية اسم لما يمار  
وللعقد لفة واما في الشرع فتطلق على العقد فقط (٥) .

- 
- (١) راجع ص من هذه الرسالة : ص ٦٠ وما بعدها من صفحات  
(٢) التسولى - البهجة شرح التحفة ج ٢/ ٢٧٤/ ٢٧٥ ، الخطاب - مواهب  
الجليل شرح مختصر خليل ج ٥/ ٢٦٨ ، الصاوى - بلغة السالك  
ج ٢/ ٢٠٥  
(٣) السيد البكرى = اعانة الطالبين على حل الفاظ المعين ج ٣/ ١٢٨  
(٤) البيهقى - تحفة الحبيب على شرح الخطيب ج ٣/ ١٢٨  
(٥) المرجع السابق ، و الانصارى - اسنى الطالب شرح رضا الطالب ج ٢/ ٣٢٤  
الخطيب معنى المختار - ج ٢/ ٢٦٣ ، حاشية الشروانى على تحفة المحتار  
ج ٥/ ٤٠٩ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج ١/ ٥١٩ .

## أجماً

هذا ولقد عرفها الشافعية على اعتبارها اسم للمقد فقالوا : " العارية اباحة

الانتفاع من اهل التبرع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده على المتبرع " (١)

فقولهم " اباحة الانتفاع " اى عقد يتضمن اباحة المنفعة لملكها فهو

قيد خرج به تملك المنفعة ، وقد تقدم الفرق بين تملك المنفعة وابطاحتها (٢) ، كما

خرج به أيضا اباحة الاعيان كالضيافة والنثار ونحوهما . وقولهم " من اهل التبرع "

قيد خرج به كل من ليس له اهلية التبرع بالمال كالمصغر والمجنون والمحجور عليه

ونحو ذلك وقولهم " بما يحل الانتفاع به " قيد اخترز به عما يحرم الانتفاع

به او يكره فلا بد ان يكون المنتفع به مباحا من حيث الانتفاع به ولا بد ان يكون ايضا

مقصودا فلا يحار ما لانفع فيه الا ما يتوقع نفعه قبل انتهاء امد العارية . واحترزوا

بقولهم " مع بقاء عينه " عما تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد لاول مرة كالطعام

للاكل والشمعة للوقود فلانصح اعادة هذه الاشياء ونحوها لان الانتفاع المعتاد

بها انما هو باستهلاكها وكون الاعارة لاستفادة المنفعة هو الغالب وقد تكون لاستفادة

عين كاستمارة الشجر لاخذ ثمره او الشاة للانتفاع بلبنها وكون الاصل فى

العارية عدم استهلاك المعمار لاي معنى ان لا يكون المقصود فيها استيفاء عينه ولقد

حقق الاشعري من الشافعية فقال : " ان الثمرة والدر ليسا مستفادين بالعارية

بل بالاباحة والمستمار هو الشجرة والشاة لمنفعة وهو التوصل لما ابيع " .

(١) شرح ابي قاسم الغزى على متن ابي شجاع ج ٨ / ٢ / مطبوع بهامش حاشية الباجورى

عليه وانظر - الانصارى - تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللباب ج ٩٠ / ٢ /

مطبوع بهامش حاشية الشرفاوى عليه ، السيد البكرى - فتح المعين ج ١٢٨ / ٣ /

مطبوع بهامش اعانة الطالبين .

(٢) انظر ص ٦٠ من هذه الرسالة .

وفي قولهم " ليرده على المتبرع " اشارة الى ان مؤنة رد العين المعارة على المستعير  
دون الممير (١)

### رابعا : تعريف الحنابلة للمارسة :

ذهب الحنابلة في تعريف المارسة الى أنها : " المين الماخوذة من مالكمها  
او مالك منفعتها او اذ ونها للانتفاع بها مطلقا او زمنا معلوما وتطلق عندهم على  
الاعارة بجناسا (٢) ولهم في تعريف الاعارة وجهان :

الوجه الاول : ان الاعارة " هبة تقع عين تبقى بعد استيفائه " قال المروزي : " جزم

بهذا الوجه في الهداية والخلاصة والكافي ، والمذهب الاحمد ، والوجيز ، وادراك  
الغنية ، وشرح ابن رزين ، وقدمه في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير " (٣)

الوجه الثاني : " ان الاعارة : اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه

ليردها على مالكمها " والى هذا الوجه ذهب اكثر الحنابلة ، فاخاره ابن عقيل ،

وابن عبد من في التذكرة وجزم به في المغنى والشرح الكبير والرعاية الصغرى والتلخيص

والفائق وقدمه نسي المستوعب والرعاية الكبرى ، وذكر صاحب النظم والفروع هذين

الوجهين ولم يرجح احدهما على الاخر وذكرهما ابن مفلح في المبدع ورجح هذا

الوجه كما رجحه البهوتي صاحب كشف القناع وشرف الدين ابوالنجا صاحب زاد المستقنع

قال الحارثي : وهذا اسن بالمذهب (٤)

(١) المراجع السابقة وانظر ايضا حاشية الشراوى على التحرير ج ٢/ ٩٠ حاشية

الهاجورى على شن ابن قاسم الغزى ج ٨/ ٢

(٢) البهوتى - كشف القناع ج ٤/ ٦٢

(٣) ابن مفلح / المبدع في شرح القناع ج ٥/ ١٣٧ - الراوى الانصاف في معرفة الراجح

من الخلاف ج ٦/ ١٠٠ ، ال حسين - الزوائد ج ١/ ٥١١

(٤) المراجع السابقة ، البهوتى - كشف القناع ج ٤/ ٦٢ ، الرضى المريج ج ٢/ ١٦٣

ابن قدامه - المغنى ج ٥/ ١٦٣

خامسا : تعريف ابن حزم الظاهري للمارسة :

عرف ابن حزم الظاهري المارسة بقوله : " المارسة اباحة منافع بعض الشيء " (١) والاباحة عنده ، جائزة في المجهول بخلاف العطية والهدية والصدقة والعمري والرقى والحبس ، وعلى هذا فيخرج بقوله " اباحة المنافع " هذه التصرفات وتحوها (٢) ، كما خرج به تملك المنافع بمحض ودون عوض ، وملك الاعيان بمحض ودون عوض وابطاحتها أيضا .

والذي يظهر من تعريفه هذا : ان المارسة عند اسم للتصرف المشتمل على اباحة المنفعة شرعا ، وسياتي عند مناقشة التعريفات ما يدل على ان هذا اللفظ يطلق في اصطلاحه ايضا على العين المارة .

سادسا : تعريف الشيعة الزيدية للمارسة :

عرف الشيعة الزيدية المارسة بما هو قريب من تعريف الشافعية ، وابن حزم الظاهري ومضرا الحنابلة فقالوا : " المارسة اباحة المنافع " وعلى هذا فالمارسة عندهم اسم للعقد المشتمل على الاباحة ، وسياتي ما يدل على ان هذا اللفظ يطلق في اصطلاحهم ويراد به العين المارة ايضا .

في احد الوجوه عنهم

هذا ولقد دخل بقولهم " اباحة المنافع " العمري والرقبي والمقيدتان ، لان الموبدتين هبة عندهم ، تنقل ملكية العين المعمرة والرقبة ، الى المعمار والمقرب بالفتح ، وخرج بهذا القيد ايضا ، الوقف ، لخروجه عن ملك الواقف عندهم ، وعدم خروج العين المهاجرة منفعتها عن ملك المبيع كما خرج به ايضا تملك العين والمنفعة

(١) ابن حزم - المحلى ج / ٩ / ١٦٨ مسألة (١٦٤٩) .

(٢) المرجع السابق ج / ٩ / ١٦٣ مسألة (١٦٤٥) .

بعض او بشير عوض ، وخرج به ايضا اباحة الاعيان (١) .

مناقشة تعريفات العارية وبيان الراجع منها :

يتضح مما سبق ان تعريفات الفقهاء للعارية متفقة في بعض الجوانب ، ومختلفة في جوانب اخرى . ثم الخلاف في تعريف العارية قد يكون ذا اثر فيترتب عليه خلاف في احكام الفروع وقد لا يكون له ثمره عملية .

وفيما يلي ساجاول بيان مواطن الوفاق والخلاف وثمرته ، مع مناقشة ما اورد على بعض هذه <sup>القر</sup>التفريعات ثم بيان ما اختاره منها وسبب الاختيار .

أولا : يلاحظ ان كلا من المالكية والحنابلة عرفوا العارية باعتبارين ، باعتبارها

اسما للمعين المتبرع بمنفعتها لاخر بشير عوض ، وباعتبارها مصدرا اي بمعنى المصدر (٢)

على هذا فلفظ ( العارية ) في اصطلاحهم اسم للمعين المعارة كما يطلق ويراد به المصدر اي الاعارة . والى هذا ذهب الاحناف ، الا انهم لم يعرفوا العارية على اعتبارها اسما للمعين المعارة بل اقتصروا على تعريفها باعتبارها مصدرا اي بمعنى المصدر (الاعارة) (٣) .

أما تعريف ابن حزم الظاهري والشيعة الزيدية ، فيدل ظاهرة على ان العارية عندهم اسم للتصرف المشتمل على اباحة المنفعة " (٤)

---

(١) المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الاصارح / ١٢٦ / ٥ / ١٢٨

١٤٤ / ١٤٥ / ١٤٩

(٢) انظر ص و ص من هذه الرسالة

(٣) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٤٦ وانظر ص

من هذه الرسالة

(٤) انظر ص و ص من هذه الرسالة .

وعريفهم للمعارة ، بهذا الاعتبار يوهم ان لفظ المعارة في اصطلاحهم  
لا يطلق على العين المتبرع بمنفعتها ، أي العين المعارة بل يطلق على العقود  
المشتمل على اباحة المنفعة كما هو الامر في اصطلاح بعض الشافعية كما سيأتي بيانه •  
الا انني وجدت في كتبهم ما يدل على ان لفظ المعارة في اصطلاحهم يطلق ويراد به  
أيضا العين المعارة فقد جاءت في المحلى لابن حزم " والمعارة غير مضمونة ان تلفت فسي  
غير تعدى المستعير " (١)

فوصفت المعارة بالتلف ، دليل على ان هذا اللفظ يطلق في اصطلاحه ويراد  
به العين المعارة وجاء في البحر الزخار في فقه الشيعة الزيدية " المعارة هي  
بالتشديد •• (وهي) اباحة المنافع •• وللمستعير الانتفاع بها بنفسه او بنائمه " (٢)  
فالضمير في قوله : " وللمستعير الانتفاع بها " راجع الى المعارة وفي هذا دليل  
على ان لفظ المعارة يطلق في اصطلاحهم ويراد به العين المعارة لان المستعير انما  
ينتفع بالعين لا بالعقد •

وهي هذا فالاحناف وابن حزم الظاهري والشيعة الزيدية يتفقون مع المالكية  
والحنابلة في اطلاق هذا اللفظ في الاصطلاح على التصرف المشتمل على التبرع بالمنفعة  
العين كما يطلق على العين المتبرع بمنفعتها بغض النظر عن كون الاطلاق في احد هـ  
حقيقية وفي الاخر مجازا • وغض النظر عن كون التبرع بتلك المنفعة على سبيل التملك او على  
سبيل الاباحة •

(١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٩ مسألة (١٦٥٠)

(٢) المزني - البحر الزخار الجامع لذهاب علماء الامصار ج / ١٢٦/٥

الا انهم لم يعرفوا العارية باعتبارها اسماً للمعين المعارة كما عرفها المالكية والحنبلة بهذا الاعتبار ولعلمهم والله اعلم انما اهتموا ذلك لاتضاحه بتعريفهم لها من حيث كونها مصدرا اى بمعنى المصدر اذ يكفي التعرف العارية من حيث أحد الاعتبارين ليتبين تعريفها من حيث الاعتبار الاخر .

فاذا كانت العارية على اعتبارها مصدرا، تملك منفعة بغير عوض ؛ فان تعريفها باعتبارها اسماً للمعين المعارة واضح انه : العين التي ملكت منفعتها بغير عوض .

أما الشافعية فقد اختلفت كلمتهم في ذلك كما سبق بيانه حيث ذهب بعضهم الى ان العارية اسم لما يعار ولمعناها شرعا فهو لفظ مشترك بين العقد وما يعار .

وتردد بعضهم فقال : هو اسم لما يعار لغة وشرعا اوله فقط . اوله لما يعار وشرعا للعقد وذهب اكثرهم الى انه اسم لما يعار وللعقد لغة ، واما في الشرع فيطلق على العقد فقط .

ثم عرفوا العارية في اصطلاحهم على اساس انها اسم للعقد ولم يعرفوها على اساس انها اسم لما يعار . (١)

واذا ما رجعنا الى معاجم اللغة العربية . نجد ان لفظ العارية فيها ، يطلق على ما تداوله الناس او تناهوه فيما بينهم لا على نفس التداول او التناوب (٢)

وهي هذا فالعارية في اللغة العربية اسم للمعين المعارة ، لا للعقد .

واذا ثبت هذا فان اطلاق هذا اللفظ في الاصطلاح القهسي على العين ايضا

اولى العقد او عليهما لا يعد وعن ان يكون مجرد اصطلاح ، والقاعدة عند القهاء

---

(١) انظر ص ٦٦ من هذه الرسالة

(٢) انظر ص ٥٢ من هذه الرسالة



ان لا مشاحنة في الاصطلاح اذ لا ثمرة عملية تنبنى على ترجيح احد الاصطلاحين على الاخره ، واذ لم تكن هناك ثمرة فلكل فريق اصطلاحه . والله تعالى أعلم .

ثانياً : يلاحظ ان كلا من الحناف والمالكية متفقون في تعريف المارسة على اعتبارها مصدراً غير ان المالكية زاده في تعريفهم قيداً لم يذكره الاحناف وهو توقيت ملك المنفعة في المارية (١) . وهو قيد يوهم بان هناك خلافاً بين الاحناف والمالكية في معنى المارية .

والواقع ان وجود هذا القيد في تعريف المالكية لا يوجب خلافاً بينهم وبين الاحناف في معنى المارية بالذات فيما يظهر لي . لان كلا من المالكية والحناف متفقون على ان تملك المنفعة في المارية مؤقت بزمن او عمل نصاً او عرفاً . (٢)

ولعل السبب في عدم ذكر الاحناف لهذا القيد مع انهم يقولون بتوقيت ملك المنفعة في المارية قراًجاً الى ان الاصل في تملك المنافع في الجملة عندهم هو التوقيت دون الاطلاق ، كما في الاجارة والوقف والرصية بالمنفعة والمارية فلا يؤيد ملك هذه

(١) انظر من هذه الرسالة .

(٢) الحصكفي وابن عابد بن - الدر المختار ورد المحتار ج / ٢ / ٢٧٧ - ج / ٤ / ٥٠٤ وانظر تكملة حاشية ابن عابد بن ج / ٨ / ٣٩٥ . ابن نجم والاشباه والنظائر / ٩٩ محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر خليل ج / ٣ / ٤٩٦ - شرح الخرشي على مختصر خليل ج / ٦ / ١٢٥ وما بعدها . الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٣ وما بعدها . مطبوع مع حاشيته الدسوقي عليه .

اصح

المنافع عندهم ، واذما اطلق تقيد بحياة المالك . (١)

فالتأييد لا يكون في الاجارة عندهم لانها لا تكون الا مؤقتة ولا في الوقف لان منافع الاعيان لا تورث (٢) ، ولا في الوصية بالمنافع ، لانها وان ابدت بتقيد بموت الموصى له ولا يرثها ورثته لان منافع الاعيان لا تورث ، ولان الوصي اوجب الحق للموصى له ليستوفى

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٠٥/١٠٦/١٤٤/ ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٢٠٠/٢٢٣/٢٤٢ وما بعدها من صفحات ، ج ١٤٦/٩/ اراماد افندي مجمع الانهر شرح ملقى الابحرج ٧١٥/٧١٤/٢/ المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ج ٢٠٣/٦/ وما بعدها ، مطبوع مع شرح فتح القدير والعناية وحاشية سعدى ، الخفيف - المنافع ١١٣/ وما بعدها من صفحات .

(٢) انظر المراجع السابقة .

الوقف عند ابي حنيفة رضى الله عنه - غير لازم بمنزلة العارية ويستثنى من ذلك ما اذا حكم حاكم بلزومه اعلقه الواقف بموته واما عند ابي يوسف ومحمد رضى الله عنهما فلازم . ولكن ملك المنفعة في الوقف على كلا القولين لا يكون الا مؤوقتا فاذا اوقف شخص على اخر منافع داره مثلا . فللواقف الرجوع عن الوقف عند ابي حنيفة لانه غير لازم عنده . واذ مات الموقوف عليه قبل رجوع الواقف عاد الوقف اليه ولو مات الواقف وهو في يد الموقوف عليه عاد الى ورثة الواقف وورثته عنه كسائر تركاته فملك المنفعة في الوقف ان مؤوقتا عند ابي حنيفة كالعارية .

اما عند ابي يوسف ومحمد : فالوقف وان كان لازما عندهما الا ان ملكية الموقوف عليه للمنافع تنتهي بوفاته لانه لا يملك الا المنفعة والمنافع عند الاحناف لا تورث فاذا انتقلت المنفعة الى اقباب الموقوف عليه فلا تنتقل اليهم على اساس انهم ورثوا المنفعة عن مورثهم وانما تنتقل اليهم باشتراط الواقف وحسب ما يوضع من نظام لان ملك الموقوف عليه للمنفعة انتهي بوفاته .

وهل هذا فملك المنفعة في الوقف عند ابي يوسف ومحمد مؤوقتا ايضا ، ومن هنا

يتضح ان الاحناف ، في توقيت ملك منفعة الوقف متفقون سواء منهم القائل

المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداءً من ملك الموصى  
بغير رضاه وذلك غير جائز \* (١) .

ولا يكون التابيد في العارية لانها غير لازمة فللمعير حق الرجوع عن العارية فـ  
اي وقت شاء الا لمانع وللمستعير ان يرد العين المعاراة متى ما اراد ذلك ولو اطلق  
المعير عقد العارية ولم يرجع عنه حتى مات هو او المستعير انسخت الاعارة بمجرد  
موت احدهما كسائر العقود الجائزة (٢) .

فلما كان الاصل عند الاحناف في الجملة توقيت ملك المنفعة لم يحتاجوا الى الاتيان  
به كقيد في تعريف العارية .

اما الوالكية فلما كان تملك المنفعة عندهم يكون مؤقنا اذا حدد له وقت معين  
ويكون مؤبدا اذا ما جعل كذلك فيتوارثونه <sup>نه</sup> حينئذ الخلف عن السلف كما تتوارث الاعيان  
كان من الواجب الاتيان بهذا القيد ليشتمل تعريفهم مع اصلهم في تملك المنفعة  
فيخرج به تملك المنفعة المطلقة . (٣)

== يلزم الوقف او القائل بعدم لزمه .

انظر في هذا المراجع التالية : المرغيناني - الهداية ج ٦ / ٢٠٣ / ٢٠٤ مطبوع  
مع شرح فتح القدير / البابرني - العناية ج ٦ / ٢٠٣ / ٢٠٤ مطبوع شرح القدير  
ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٠٠ / ٢٢٣ / ٢٤٢ وما بعدها من  
صفحات .

- (١) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج ٢ / ٧١٤ / ٧١٥
- (٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٤ / ١٤٤ ابن عابد بن - قره  
عيون الاخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار ج ٨ / ١٣ / ٤ وانظر الدر ايضا  
في نفس الصفحة من التكملة .
- (٣) الدردير - الشرح الكبير ج ٤ / ٣٩٨ مطبوع بها . في حاشية الدسوقي وشرح  
الزرقاني على مختصر خليل وحاشيته البناتي بهامشه ج ٨ / ١٩٧ ، حاشية الرهوني  
على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٨ / ٢٨١ محمد عيش شرح منح الجليل  
على مختصر خليل ج ٣ / ٤٨٧

وهي هذا فلا خلاف بين الاحناف ، والمالكية في تعريف العارية بالذات  
وانما الخلاف في تمليك المنافع بوجه عام .

فالاحناف يقولون بان الاصل في تمليك المنافع التوقيت فقط ، اما المالكية فذهبوا  
الى ان التوقيت والتابيد <sup>يجري</sup> في تمليكها والكل متفق على ان العارية لا تكون الا مؤقتة  
بزمان او عمل نصا او عرفا ، فاني المالكية بتعديد (مؤقتة في التعريف ) لاجراج المنافع  
المطلقة ولم يصح به الاحناف لان ملك المنافع عندهم لا يكون الا مؤقتا .

وأما الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية فيتعقون مع المالكية في ان ملك  
المنافع يجري فيه التوقيت والتابيد الا انهم لم ياتوا بهذا القيد في التعريف لان العارية  
عندهم اباحة لانتمالك كما هو واضح من تعريفاتهم للعارية (١) . والاباحة عند  
الفقهاء لا تكون الا مؤقتة ، لان الاباحة اذن بالانتفاع بمجرد الاذن بالانتفاع  
لا يخرج المنفعة عن ملك الاذن فما انتفع به الماذون ملكه والم ينتفع به فهو باق على  
ملك الاذن فاذا انتهى الاذن بانتهاء امده ان كان له احد او رجع مصدره عنه  
او توفي انتهت الاباحة وطل الحق فاباحة المنفعة اذن لا تكون الا مؤقتة فلا  
يجري فيها التابيد عند الفقهاء ولهذا استخني الشافعية والحنابلة والشيعة والزيدية  
بلفظ الاباحة عن ايراد قيد المالكية وكذلك ابن حزم ايضا ، سواء اكان ممن يقسول  
بتوقيت ملك المنفعة اولا ، لان العارية عند اباحة وللمبيع عنده ان يرجع عسسن  
الاباحة في اي وقت شاء ذلك . (٢)

- 
- (١) انظر ص ١٧٥ من هذه الرسالة  
(٢) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٣٢٦ / ٣٢٧ ، الشيرازي - المهذب ج ١ / ١٦٠ / ٣٧٠  
حاشية الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ٥٢٤ / ١٠ ابن رجب -  
القواعد في الفقه الاسلامي ١٩٦ / القاعدة (٨٦) البهوتي - كشاف القناع  
ج ٤ / ٦٥ / ٧٣ ج ٥ / ١٧٢ ابن حزم - المحلى ج ٩ / ١٦٣ / ١٦٩ -  
الخفيف - المنافع / ١٢٦ / ١٢٧ مذكور نظرية الاباحة عن الاصوليين والفقهاء  
٠٢٥٤

ثالثا : يلاحظ من خلال التعريفات السابقة للمعاري ، أن كلا من الاحناف والمالكية متفقون على ان المعارية تملك للمنفعة بتغير عوض والى هذا ذهب الحنابلة في احد الوجهين عنهم والماوردي عن الشافعية (١) . وخالفهم في ذلك الشافعية فقالوا : المعارية اباحة الانتفاع ، وواقفهم الحنابلة على ذلك في احد الوجهين عنهم والى هذا ذهب الكوفي من الاحناف ، وابن حزم الظاهري والشمسية الزيدية (٢) . وما استدل به للقائلين بان المعارية اباحة ما يلي :

أ - ان الاجماع على جواز عقد المعارية من غير اجل دليل على ان المعارية اباحة لامتلاك اذ لو كانت المعارية تملك لما جازت من غير اجل كالاجارة لان التملك يقتضى ان تكون المنافع معلومة ، فتملك المجهول لا يصح ، والمنافع لا تكون معلومة بدون ضرب مدة معينة لاستيفائها ، ولما كان ضرب المدة لا يعتبر شرطا لصحة عقد المعارية كان تملك للمجهول (٣) .

ويمكن ان يناقش هذا بان الاجماع على جواز المعارية وصحتها من غير اجل لا يمنع من ان تكون لتملك المنفعة لان الاجل انما كان شرطا في تملك المنافع دفعا للجهالة التي قد تفضى بالمتعاقدين الى المنازعة والخصام ، وعلى هذا فكل جهالة في المقدم لا تؤدى الى المنازعة بين المتعاقدين لا تعتبر شرطا لصحة المقدم وبالتالي فلا توجب فسادها .

(١) انظر ص وص وص من هذه الرسالة . حاشية عبد الحميد

الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٠٩/٥٠٩ . مطبوع مع حاشية ابن قاسم الصهادي على تحفة المحتاج .

(٢) انظر ص وص وص من هذه الرسالة وانظر المرخسي - المبسوط ج ١١١/١٣٣ .

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٨/٨ - الباهرتي - العناية على الهداية ج ٤/٩٠٩ مطبوع مع حاشية شرح فتح القدير والهداية وحاشية سمند افندي

يمكن استبعاد  
الاباحة والتملك  
من باب استقلال  
العامر

وجها لة المدة في عقد المارية المطلقة جهالة لا تؤدي بالمتعاقدين " المعتبر  
والمستعير " الى النزاع والخصومة فيما بينهما لان المارية كما هو معروف عقد  
تبرع غير لازم فكل واحد من المتعاقدين فيه حق الرجوع عن العقد في اى وقت  
اراد في الجملة .

بخلاف عقود المعاوضات كالاجارة ونحوها ، فانها عقود لازمة وبالتالي  
فالجهالة فيها قد تؤدي الى النزاع بين المتعاقدين ومن هنا كان بيان  
الاجل فيها شرط لصحة العقد .

مع أن المنازعة من جراء الجهالة كلما امتحت ولو في عقود المعاوضات صح  
العقد مع الجهالة كما في الاجارة على الخياطة حيث صحت من غير ضرب  
المدة .

ومن هنا يتبين ان الجهالة في عقد المارية امر لا يدل على انها اباحة (١)

ب - الاجماع على ان للمستاجر ان يوه جر العين التي استاجرها لتملكه للمنفعة  
فلو كانت الاعارة تملكها للمنفعة لجاز للمستعير ان يوه جر العين الممارسة  
كما في الاجارة . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا بان عدم ملك المستعير لتاجير العين الممارسة امر  
لا يعنى ان الاعارة المتاحة لامتلاكه ، وبيان ذلك ان المارية عقد غير لازم  
والاجارة عقد لازم ، فلو ملك المستعير تاجير العين الممارسة لادى هذا

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٩/٨ - الزيلعي - تبين

الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥

(٢) البابرتي - العناية على الهداية ج ٤/٩ - الكاساني - بدائع الصنائع

ج ٣٨٩٨/٨

الامر الى لزوم عقد العارية وفي لزومها ضرر بالمعير مع ما في ذلك من مخالفة  
لاصل عقد العارية . ومن هنا لم يملك المستعير الاجارة مراعاة لحق المعير  
لا كونها اباحة (١) . " اذ أن المعير انما ملك المستعير المنفعة على وجه  
يمكن به من استرداد العين المعارة فهو نذير مالواستاجر دابة او ثوبا ليس له  
ان يؤجر من غيره وان ملك منفعة للبهس ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك  
ففي الاجارة من غيره اضرار بالآخر .

فان قيل : كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير فسي  
الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة .

قلنا : لو ملك المستعير الاجارة . كان ذلك من مقتضيات عقد المعير ، وكان  
صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك " (٢) .

ج - ان المنافع اعراض تحدث شيئا فشيئا ، فهي اذ نحال المقدر عليها معدومة وليس  
هذا فالقياس ياتي تهليكها لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند  
الانسان (٣) ، اما الاجارة فانما صحت على خلاف القياس للضرورة الملحة لها

---

(١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبلي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥/  
مطبوع بهامش تبين الحقائق .

(٢) السرخسي - المبسوط ج ١١١/١٣٤

(٣) جاء في نيل الاوطار قوله : " عن حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله ياتيني  
الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما ابيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال : لا تبع  
ماليس عندك " رواه الخمسة . والحدِيث اخبره ايضا ابن حبان في صحيحه  
وقال الترمذي : حسن صحيح . وقد روى من غير وجه عن حكيم . انتهى . وفي بعض  
طرقه عبد الله بن عصمة زعم عبد الحق انه ضعيف جدا . ولم يعقبه ابن القطان بل نقل  
عن ابن حزام انه مجهول : قال الحافظ : وهو جرح مردود فقد روى عنه ذلك  
ثلاثة كما في التلخيص . وقد احتج به النسائي . وفي الباب عن عمرو بن شبيب عن  
ابيه عن جده <sup>عند</sup> ~~عند~~ ابي داود والترمذي وصححه والنسائي وابن ماجه " انظر الشوكاني  
نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٥/٢٥٢/٢٥٣ .

ومن هنا احتسبت منافعها موجود عند العقد واما العارية فلا ضرورة لها  
تلجىء الى ذلك ، فظلمت المنافع فيها على الاصل . (١)

وناقش الكاساتى هذا فقال : " وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا : نعم  
لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما فى الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة  
عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينمقد فى حق الحكم الا عند  
وجود المنفعة شيئا فشيئا على حسب حد وثبها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع  
مال ليس عند الانسان " (٢) .

والقول بعدم الاضرار الى العارية ربما كان قولاً يخالف واقع الحياة ان قد  
يضطر الانسان الى العارية اضطراره الى الاجارة .

د - ان من حق المعير فى الجملة ان يامر المستعير بالكف عن استعمال العين  
المعارية وردها اليه فى اى وقت شاء وفى هذا دليل على ان العارية اباحة  
لا تملك ان لو كانت تملك لما ملك المعير ذلك كما فى عقد الاجارة حيث لا يملك  
المؤجر امر المستاجر بالكف عن استعمال العين المؤجرة قبل انتهاء مدة  
الاجارة " (٣)

ويمكن ان يناقش هذا بان ملك المعير للنهي عن استعمال العين المعارة فى  
اى وقت اراد لا يصلح دليلاً على ان العارية اباحة لان صحة نهى المعير عن  
الانتفاع فى اى وقت انما هو لجواز العقد لا لكون العارية اباحة بخلاف الاجارة

---

(١) الكاساتى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج : ٣٨٩٩ / ٨

(٢) المرجع السابق ج / ٣٨٩٩ / ٨

(٣) الهابرتى - المنايا على الهداية ج / ٤ / ٩ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير والهداية  
وحاشية سعدى .



فالنهي عن الانتفاع قبل مضي المدة لا يصح للزوم العقد للمجرد كونها  
تمليكاً (١) عاماً

هـ - ان العارية تنعقد بلفظ الاباحة ، فلو كانت تمليكا لما انعقدت بهـذا  
اللفظ لان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة . (٢)  
ويمكن ان يناقش هذا بان انعقاد العارية بلفظ الاباحة على سبيل الاستمارة  
كانعقاد الاجارة بلفظ الاعارة فالعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ  
واللهاني . (٣)

وهلى هذا فالذى يظهر لى ان العارية تمليك كما هو راي الاحناف ومن معهم من  
الفقهاء لا اباحة وذلك لقوة ادلتهم فى الجملة وهى كما يلى :

أ - ان التمليك فى الفقه الاسلامى نوحان ، تمليك بمعرض وتمليك بدون عوض بلا خلاف  
بين الفقهاء فى ذلك ثم ان التمليك يجرى فى اعيان المال والقياس ان يجـرى  
ايضا فى منافعهم بجامع دفع الحاجة فى كل .

فاذا كانت منافع الاعيان مما يجوز فيه التمليك جاز ان يكون التمليك فيها بمعرض  
ودون عوض اذ ليس قبولها لاحد نهي التمليك باولى من الاخر فكل ما جاز فيه  
التمليك يبدل جاز فيه التمليك بدون بدل الا النكاح ، وهلى هذا فكما يتصور

- 
- (١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥٠  
مطبوع بهامش تبين الحقائق للزليعى .
- (٢) الهابرتى - العناية على الهداية ج ٤/٩٠ مطبوع مع تكملة فتح القدير والهداية ،  
وحاشية سعدى .
- (٣) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبين الحقائق ج ٨٣/٥٠ مطبوع بهامش  
تبين الحقائق .

تمليك الاعيان ببذل كالمبيع وتمليكها بدون بدل كالهبة ، يتصور تمليك  
منافعها ببذل كالاجارة وبدون بدل كالعارية . ( ١ )

ب - ان رضا المير بانتفاع المستعير بالعين المأجرة تسليط له على تحصيل المنافع  
وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يعتبر  
تمليكا كما في الاعيان ( ٢ ) .

ج - ان للمستعير ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعملين ولو كان <sup>اباحه</sup> اجاز له  
ذلك لان المأجر له لا يملك الاباحة لغيره . ( ٣ )

د - ان لفظ العارية لفظ ينبي عن تمليك المنفعة لانها مأخوذة من العريضة  
وهو لفظ يطلق عند الفقهاء ويراد به تمليك الثمار بدون عوض .

ولما كانت العارية في المنافع وهي مأخوذة من لفظ يقتضى التمليك انما هذا  
الامر عن ان العارية ايضا ، تمليك ، غير انه تمليك في المنافع لافي الاعيان . ( ٤ )

قال شهاب الدين احمد الشلبي : " فالعريضة والعارية احدهما مشتق من الاخر  
لكن خص كل واحد منهما باسم . فقالوا ان تمليك الاعيان عريضة وفي تمليك المنافع عارية

---

( ١ ) المرعيتاني - الهداية على بداية المهدي ج / ٤ / ٩ / ٥ مطبوع مع مكملة فتح القدير

والحناية وحاشيته سعدى افندى - الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

ج / ٥ / ٨٣

( ٢ ) الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٩

( ٣ ) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨٠

( ٤ ) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٣

فدل على ان العارية تمليك لا اباحة\* (١) وان عقد العارية بلفظ التمليك يؤيد هذا الامر قوه اذ لو قال المعير : ملكك منفعة هذه السيارة شهرا كان هذا التصرف اعادة . (٢)

ويمكن أن نناقش هذا بعدم التسليم بان العارية ماخوذة من العرية بل ربما كانت ماخوذة من المار كما في الصحاح او من العارة كما ذكرت في المغرب او من التماور كما قال ذلك في المبسوط او من عرا يعرو كما ذكر بعض المالكية .

وهي هذا فلا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك بادعاء انها ماخوذة من العريسة مع اورد مخالفا لذلك عن حضرات الفقه واللغة .

واما انعقاد العارية بلفظ التمليك فلا يدل على انها تمليك لا اباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك في العارية على سبيل الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاعارة (٣)

### ثمرة الخلاف بين الفريقين :

ثمرة الخلاف بين الفريقين ، في عقد العارية ، أهو تمليك ، أو اباحة تبدو وفي حكم اعارة المستعير لغيره . فمن قال بان العارية تمليك المنفعة اجاز للمستعير ان يعير غيره . اذا كان المار مما لا يختلف باختلاف المستعملين . ومن قال بانها اباحة انتفاع لم يجز للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط فلا يجوز له ان يعير

(١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج / ٨٣ / ٥ مطبوع بهامش

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي .

(٢) المرجع السابق ج / ٨٣ / ٥ .

(٣) قاض زاده - نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، تكملة شرح فتح القدير

ج / ٤ / ٩ / ٣ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣٨٨ / ٣ .

غيره لان الهاج له لا يملك الا حق الانتفاع الشخصي فمن ابيع له طعام لا يملك الاباحة  
لغيره وانما له الاكل فقط \* (١) \* والله تعالى أعلم \*

رابعاً - يلاحظ ان كلا من الشافعية والحنابلة قد اشترطوا ان تكون العين الممسارة  
ما يحل الانتفاع به وان يكون مما يبقى بعد استيفاء المنفعة لترد الى المعير  
وجعلوا هذين الشرطين ضمن قيود تعريف المارية عندهم (٢) \*

بينما لم يصرح بها كلا من الاحناف والمالكية والشيعة والزيدية وابن حزم الظاهري  
مع أنهم يتفقون مع الشافعية والحنابلة في اشتراط ذلك (٣) \*

ولعل من ترك ذكر هذين الشرطين ، كهذين في التعريف ، قد اكتفى فيسه  
ببعض صفات عقد المارية دون البعض الاخر وراى انه قد تميز عن غيره بما ذكره  
من قيود فلا داعى لذكر جميع الصفات طالما ان المعرف قد اتضح ببعضها

---

(١) ابن نجم - البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج ٢٨١/٧ ، الدردير - الشرح  
الصغير ج ٢٠٦/٢ مطبوع بهامش بلغة السالك للماوى - الرافعى فتح العزيز  
شرح الوجيز ج ٢١٠/١١ مطبوع معكملة المجموع للسبكي ابن مفلح - المدهج شرح  
الفتح ج ١٤٦/٥

(٢) انظر ص و من هذه الرسالة \*

(٣) ابن نجم البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج ٢٨٢/٧ - الحصكى - الدر المختار  
معكملة حاشية ابن عابد بن عليه ج ٣٨٣/٨ الزيلعى ، تبين الحقائق شرح كنز  
الدقائق ج ٨٩/٥ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٦/٢ مطبوع بهامش  
بلغة السالك - الجملى سراج السالك شرح اسهل المسالك ج ١٦٧/٢ الشاذلى  
كفاية الطالب الربانى ج ٢١٩/٢ مطبوع بهامش حاشية الحدوى شرح الزرقانى  
على مختصر خليل ج ١٣٦/٦ \* المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء  
الاصارج ج ١٢٨/١٢٦/٥ - ابن حزم المحلى ج ١٦٨/٩ - مسالة (١٦٤٩) \*  
١٦٥ مسالة (١٦٥٠) ج ١٩٢/٨ \*

اذ قد يكتفى باهم صفات المعرف او بما يحصل به تمييزه عن غيره ، ومن هنا ذكر كل فريق من الفقهاء اهم القيود عنده في التعريف ، وترك الباقي لوضوحه وعدم الخلاف فيه .

خامساً -  
ما يلاحظ على تعريف المالكية والاحناف لمقد العارية انه قد ترد عليه الوصية بالمنفعة وذلك كما لو اوصى شخص لآخر بسكن داره بعد موته حيث يصدق عليها حينئذ تعريف العارية عندهم لانها تملك منفعة بخير عرض والعارية كذلك مع ان هذا التصرف لا يسمى عارية فلا يكون تعريفهم مانعاً لذلك . (١)

ويمكن ان يجاب عن هذا بان المقصود من التملك في العارية التملك في الحال فمال تعريفها المال الذي ملكت منفعته في الحال بخير عرض او تملك منفعة في الحال بخير عرض بخلاف الوصية فان المقصود من التملك فيها بعد الموت لا في الحال . (٢)

سادساً -  
قد يرد على تعريف الاحناف للعارية ، هبة المنفعة وذلك كما لو كان الشخص في عرصة رجل (٣) اخرج حق مرور مجرد عن رقبة الطريق ووجب ذلك الشخص حق مروره هذا الى صاحب العرصة صحت الهبة .  
ولما كانت هذه المعاملة هبة منفعة بخير عرض ، كانت داخلة في تعريف العارية ولم يكن التعريف مانعاً لذلك .

(١) الخادمي - الخاشية على الدرر والفرر / ٣٨٢ ، على حيدر - درر الحكم

شرح مجلة الاحكام ج ٢٠١ / ٢ / مادة (٧٦٥) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) الفرصة ، بفتح الميم وسكون الراء وفتح الصاد : ساحة الدار والبقعة الواسعة بين الدور لابناء فيها - الزيات - المعجم الوسيط ج ٢ / ٥٩٩ مادة (عرض) .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض ، بأن المقصود من التملك في المارئة التملك بطريق الجواز أي بان يكون للملك حق الرجوع متى شاء والمقصود من هبة المنفعة في هذه المسألة الهبة على التابيد أي هبة حق المرور بسدا فلا تكون داخلة في هذا التعريف .

ثم ان لفظ ( ملك او تملك ) الوارد في تعريف المارئة عند الاحناف لاخراج هذه الهبة لانها عند الاحناف اسقاط لامتلك وهذا تكون هذه الهبة خارجة بلفظ " تملك " (١) .

واما المالكية فقد يرد على تعريفهم هذا الابراد ايضا ، خاصة وان هبة المنفعة في الارفاق عندهم يجرى فيها التابيد والتوقيت (٢) كما قد يرد عليه ايضا الوقف المؤقت بناء على المشهور عندهم من انه يجوز في الوقف التوقيت (٣) فلا يكون قولهم في تعريف المارئة : " تملك منفعة مؤقتة بغير عرض ، مانعا لدخول هبة المنفعة في الارفاق المؤقتة . ولا لدخول الوقف المؤقت ايضا . ويمكن ان يدفع هذا الاعتراض بان المراد بقولهم : " مؤقتة " في تعريف المارئة أي مؤقتة اصالة فالاصل في المارئة التوقيت ولذا جعل فصلا منها .  
واما الوقف فالاصل فيه الدوام ، ولذا ماختلف فيه اذا وقت هل يصح ام لا .  
والراجع عند المالكية صحته كما ذكر ذلك الدردير . (٤)

---

(١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢٠١/٢ مادة (٧٦٥) المولى

موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية ج ١٠٨/٤

(٢) التسولى - المهجة شرح التحفة ج ٢٥٢/٢٥١/٢

(٣) المرجع السابق ج ٢٧٥/٢ الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٥/٢ مطبوع بهامش

بلفظ السالك .

(٤) المرجعين السابقين .

سابعاً : يلاحظ أن المالكية يرون أن الأقدام عارية صحيحة لدخولها  
في تعريف العارية في اصطلاحهم إذ أن الأقدام : تمليك خدمة الرقيق حياة المعطي  
بغير عوض فهو إذن : تمليك منفعة مؤقتة غير عوض فكان داخلًا في تعريف  
عقد العارية حينئذ .

والى هذا ذهب الأحناف والحنابلة لأن قول المعير : اخدمتك عبدي  
إذن في استخدام العبد والعارية سواءً أكانت تمليكا أو إباحة : إذن باستخدام  
العين المعارة فكان الأقدام حينئذ عارية . (٢) وهذا ظاهر ما ذهب إليه  
الشافعية والشيعة الزيدية .

أما الشافعية ، فلأنهم يرون أن العارية تنمقد بكل لفظ يدل عليها  
فإن كان المراد بالأقدام : الأذن في الاستخدام في عرف الناس فقد دل حينئذ  
على إرادة عقد العارية ، إذ أن العارية عندهم : إباحة المنفعة والإباحة  
إذن بالانتفاع بالشيء واستهلاكه كما سبق بيان ذلك ولا اثر لتجديد ذلك بعمـر  
المخدم لأن العارية عندهم جائزة وإن أقتت . (٣)

(١) انظر : ص من هذه الرسالة .

(٢) ابن عابد بن - حاشية قرعة ميون الاخبار تكلمة رد المختار ج / ٨ / ٣٨٦ ، وأما

أفندي - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج / ٢ / ٣٤٧ ، ابن نجيم - البحر

الرائق شرح كنز الدقائق - ابن مفلح - المبدع في شن المقنع ج / ٥ / ٣٢٠

البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٣٠٩ ، المرادوي - الانصاف

في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٧ / ١٣٥ / ١٣٦

(٣) الرملى - نهاية المحتاج الى شن المنهاج ج / ٥ / ١٢٢ ، والرافعي - فتح

المغزى شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٤ ، مطبوع مع كملة المجموع شرح

المهذب ، وانظر ص من هذه الرسالة .

وأما الشيعة الزيدية فلانهم يرون ان عقد العارية ينعقد بقول المعير: اسكتك داري والذي يظهر ان هذا القول من المعير كقوله: اخدمتك عهدي .

لان تركيب اللفظين واحد غاية ما هنالك ، ان منفعة الدور هي السكنى فمعبر عن الاذن فيها بهذا اللفظ بينما المنفعة المستفادة من العهد هي الخدمة فيعبر عن الاذن فيها بهذا اللفظ ايضا . وهذا لا يوجب فرقا بين التصرفين (١) .

ثانياً : مطلقاً يلاحظ من خلال تعريف المالكية للعارية والعمرى ان بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً . فكل عمرى عارية وليس كل عارية عمرى .

ومن هنا قالوا : بان العمرى داخلة في تعريف العارية عندهم بينما العارية خارجة من تعريف العمرى . (٢)

ومن صور العمرى عندهم : أن يقول المتبرع : اعمرتك داري او ضيممتي او اسكتك او وهبت لك سكنها او استغللتها فاذا قال ذلك فقد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته ما لم يقيد بها المتبرع بحياته هو او باجل معين او يعقبها كما اذا قال : داري لك عمرى ولعقبك من بعدك حيث تنقيد بذلك فلا ينتهي الاعمار الا بموت المتبرع ، او بانتهاء اجله ، او بانقراض عقب المتبرع له (٣)

- 
- (١) المرتضى - البحر الزخار الجامع لذهاب علماء الامصار ج ١٤٦/٥  
(٢) انظر : ص من هذه الرسالة ، وانظر : التسولي - البهجة في شرح التحفة ج ٢٥٠/٢٤٩/٢  
(٣) المرجع السابق . وانظر : ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣  
لعل من المفيد ان اذكر هنا ، ان الفقهاء اختلفوا في مشروعية العمرى ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : أن العمرى مشروعة جائزة والى هذا ذهب جمهور الفقهاء



من الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية وابن حزم  
الظاهرى \* واليه ذهب من الصحابة على وجابر بن عبد الله وابن عمر  
وابن عباس ومن التابعين شريح ومجاهد وطاوس والثوري \*  
القول الثانى : ان العمري غير مشروعة والتالى فلا يجوز انشاءها  
والى هذا القول ذهب داود الظاهري ، وجماعة من الفقهاء وذلك  
نظرا الى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : \* لاتعمروا  
ولا ترقبوا \* رواه احمد والنسائي \* حيث دل النهى فى الحديث الشريف  
عن العمري على عدم مشروعيتها .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان النهى فى الحديث الشريف عن  
العمري والرقبى لم يرد به حقيقة النهى وانما اريد به اعلام المخاطبين  
بان العمري تنقل ملكية العين لا المنفعة كما يتوهمون فانه يقول : ان اردتم  
نقل ملكية المنفعة فلا تعمروا ولا ترقبوا فان الاعمار والارقاب ينقل ملكية  
العين فاحذروا من ذلك .

ويؤيد هذا سياق الحديث الذى ورد فيه النهى عن العمري والرقبى  
اذ نصه كاملا : \* ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : \* لاتعمروا  
ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته ومماته \* رواه احمد والنسائي \*  
فلو اريد بالنهى عن العمري والرقبى حقيقة النهى \* لم يمنع ذلك صحتها  
فان النهى انما يمنع منه ما يفيد النهى عنه فائدة \* اما اذا كان صحة  
النهى عنه ضررا على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق فى زمن الحيض  
وصحة العمري ، ضرر على المصمر فان ملكه يزول بخير عوض \* .

ومن هنا فالذى يظهر لى ان الراجح جواز العمري والرقبى كما هو راي جمهور  
الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام : \* العمري جائزة لاهلها والرقبى جائزة  
لاهلها \* رواه ابوداود والترمذى وقال حديث حسن .

ولقد خالف الجمهور المالكية في ذلك ، فذهبوا الى ان العمرى هبة للعيــــــــــــن  
لا عاريه الا ان يحضهم فصل فذكر ان من العمرى ما يعتبر هبة للعين ومنها ما يعتبر  
عارية او في حكم العارية . (١)

== انظر : ابن قدامة - المغنى ج ٦٨/٦٠ - ابن مفلح - المهدع فسى  
شرح المقنع ج ٣٦٨/٣٦٩٠ - الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز  
الدقائق ج ٩٣/٩٢٠٥ - الموصلي - الاختيار لتعليل المختار ج ٢٦/٣  
ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - التسولي - البهجة فسى  
شرح التحفة ج ٢٥٠/٢٤٩/٢٠

الشيروازي - المهنذب ج ٤٥٥/١١ - الرولى - غاية البيان شرح زبيد  
ابن ارسلان / ٢٣٢٠

الشوكاني - نيل الاوطار لاحاديث سيد الاخيار ج ١١٩/١١٨/٦ شرح  
الزقاني على موطا مالك ج ٤٨/٤٠

(١) ابن عابد بن - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٤٣٠/٨ -

الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٦٧٢/٣٦٧٣ ، طاماد  
اقندي - مجمع الانهر شن ملتقى الابحرج / ٣٥٥/٢ الرولى - نهاية  
المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤٠٧/٤٠٦/٥٠ - الاردبيلي -  
الانوار لاعمال الابراج / ٦٥٩/٦٥٨/١٠ - الشربيني - الاقتناع فسى  
حل الفاظ ابي شجاع ج ٢٢٧/٣٠ - ابن قدامة - المغنى ج ٦٩/٦٨/٦  
ابن مفلح - المهدع في شن المقنع ج ٣٦٩/٣٦٨/٥٠ - المرادوى - الانصاف  
في معرفة الراجح من الخلاف ج ١٣٥/١٣٤/٧٠ - ابن حزم - المحلى  
ج ١٦٤/٩٠ وما بعد هامن صفحات مسالة رقم ١٦٤٨ ، المرتضى - البحر  
الزخار الجامع لمذاهب علماء الاصهار ج ١٤٤/٥٠

ومن صور العمرى عند جمهور الفقهاء : أن يقول المتبرع عمرتك دارى هذه ،  
او هى لك عمرى او ما عشت او مدة حياتك ، او ما حييت ، او عمرى لك  
ولعقبك من بعدك او نحو ذلك وسميت عمرى لتقيدها بالعمر .

.....  
وبلاحظ هنا ، أن قول المتبرع اسكنتك هذه الدار او وهبت لك سكناها او استفلالها او سكنى هذه الدار لك عمرك او اسكنها عمرك ونحو ذلك لا يعتبر عند جمهور الفقهاء من العمري وانما ذلك هبة لمنفعة العين وهي هبة غير لازمة عندهم فيجوز للمتبرع استرداد العين التي وهب منفعتها متى اراد وان وقت لذلك وقتا معيناً .

والمالكية هنا : يتفقون مع الجمهور في اعتبار هذا التصرف هبة للمنفعة الا انهم يعتبرونها هبة لازمة ويسموننها عمري . وهذا راجع الى ان القاعدة عند المالكية ان من التزم نفسه معروفاً فقد لزمه . فاذا قال المتبرع : سكنى هذه الدار لك عمرك . فقد التزم بالتبرع بمنفعة الدار عمر المتبرع له فيلزمه ذلك . وواضح ان تسميتهم لهذا التصرف عمري راجع الى ان العمري عندهم : هبة منفعة العين حياة الموهوب له . وانما لم يسم جمهور الفقهاء هذا التصرف عمري لان العمري عندهم : هبة للعين لا للمنفعة .

وذهب الحسن وطاء وقنادة : الى ان هذا التصرف كالعمري على اعتبار العمري هبة العين فيكون المراد به بالتبرع بالرقبة لا بالمنفعة قالوا : لانه في معنى العمري فيثبت فيه مثل حكمها .

وحكى عن الشعبي : أن المتبرع اذا قال : هذه الدار لك اسكن حتى تموت فهي له حياته ووجهه . وان قال : داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه اذا قال : هي لك فقد جعل له رقبته فانها فتكون عمري . فاذا قال : اسكن داري هذه فانما جعل له نعمتها دون رقبته فتكون عاريه وقال ابن قدامة مناقشا ادلة من خالف الجمهور في هذه المسألة : ان هذا - التصرف اباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعمرية ، وفسارق

والخلاف بين جمهور الفقهاء والمالكية في هذه المسألة ، راجع الى خلافهم في العمري هل هي لنقل ملكية العين او لنقل ملكية المنفعة او انها قد تكون لنقل ملكية العين في حال ولنقل ملكية المنفعة في حال اخرى .

وفيما يلي تفصيل آراء الفقهاء في ذلك :

القول الاول : ان العمري تنقل ملكية العين الى المتبرع له سواء اكانت مطلقة كما اذا قال المتبرع : امرتك هذه الدار او محقة كما اذا قال : هذه الدار لك عمري ولتقبلك من بعدك . وسواء اشترط المتبرع رجوع العين اليه اولم يشترط ذلك . والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء (١) .

---

العمري فانها هبة للرقبة . فاما اذا قال : هذه لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على انه اراد السكنى فاشبهه بالوقال هذه لك سكنها واذ احتمل ان يريد به الرقبة واحتمل ان يريد السكنى فلا تنزيل ملكه بالاحتمال \*

ولحل رأي الجمهور هنا هو الراجح لما ذكره ابن قدامة رحمه الله . والله أعلم .  
انظر : ابن قدامة - المنى ج / ٦ / ٦٨ / ٧١ / ٧٢ ج . البهوتي : كشاف القناع ج / ٤ / ٣٠٩ . المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٧ / ٩ مطبوع مع العناية وتكملة فتح القدير وحاشية سعدى . شن الهرموى على كنز الدقائق ج / ٢ / ١٣٩ / ١٤٠ / - المرضي - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء اعمار ج / ٥ / ١٤٦ .

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨٥ . الميداني - اللباب في شن الكتاب ج / ٢ / ١٧٨ . الانصاري . شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٣ / ٥٩٧ / ٥٩٨ . المحلى شرح منهاج الطالبين مع حاشيتي القليوبي وميسره ج / ٣ / ١١١ . ابن قدامة - المنى ج / ٦ / ٦٨ / ٦٩ . ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥ / ٣٦٨ / ٣٦٩ . ابن حزم - المحلى ج / ٩ / ١٦٤ - مسألة رقم ١٦٤٨ . ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ٥ / ٢٣٨ / ٢٣٩

---

القول الثاني : ان العمري لا تنتقل الامتية المنقحة فقط سواء اكانت مطلقة او معتبة . والى هذا القول ذهب المالكية (١) وذلك نظرا لما ياتي :

١- قال الله تعالى : " هو اشاكم من الارض واستعمركم فيها " (٢) اي جعلكم عمارها وسكانها . قالوا : فكان كذلك لكل من امر عمري انما يملك المنقحة فقط دون المين . (٣)

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بما ناقشه بييه ابن حزم الاندلسي حيث قال ما معناه : " ان هذه الاية ابعد شئ عما قالوا به لوجوه :

اولها : انهم قاسوا حكم الناس على حكم الله تعالى فيهم . وهذا باطل لان الله تعالى لا يسأل عما يفعل وهم يسألون . فلا يجوز قياس المخلوق على الخالق .

وثانيهما : اننا لا ننازعهم فيمن امر اخر مالا له ولم يقل الله تعالى : قد امرتكم الارض . انما قال : انه استعمرنا فيها بمعنى انه عمرنا بالبقاء فيها مدة وليس هذا من العمري في ورد ولا صدر .

---

== ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/ ٣٣١/ ٣٣٢ .

(١) ابن جزي - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - الدردير الشرح المصفي - ج ٢/ ٣٢٠/ ٣٢١ مطبوع بهامش بلخة المالك . النفراوي - الفواكه الدواني ج ٢/ ٢٢٢ .

(٢) سورة هود اية رقم (٦١) .

(٣) القوطي - الجامع لاحكام القران ج ١/ ٥٦/ ١٦٥ - المحلي ج ١/ ١٦٥ مسالة رقم ١٦٤٨ . ابن حجر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٥/ ٢٣٨/ ٢٣٩ .

وثالثها : ان هذه الاية لوجعلناها حجة عليهم لكان ذلك اوضح مما قالوه  
وهوان الله تعالى بلا شك اباح لنا بيع ما ملكنا من الارض وجعلها لورثتنا  
بعدنا وهذا هو قولنا في العمري لا قولهم \* (١)

٢ - روى ابن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وورث من حفصة بنت عمر  
دارها قال : وكانت حفصة قد اسكتت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما  
توفيت بنت زيد قبض عبد الله ابن عمر المسكن ورأى انه له \* (٢)  
فدل اخذ ابن عمر للبيت بعد ان ماتت بنت زيد بن الخطاب على ان السكنى  
لتمليك المنافي لا لتمليك الاعيان والسكنى من العمري (٣)  
قال الزرقاني من المالكية بعد ان ذكر هذا الاثر وذكر وجه دلالتهم  
على العمري : \* لكن في التمهيد - ان هذا الاثر المروي عن عبد الله  
ابن عمر - مع ما رواه معمر عن ايوب عن حبيب بن ابي ثابت قال قال : سمعت  
ابن عمر يسأله اعرابي \* اعطى ابنه ناقة له حياته فانتجها فكانت له \* قال : <sup>فقال ابن عمر هي له حياته</sup> وموته  
ارابت ان تصدق عليه \* قال : فذلك ابعد له \* يدل على ان مذاهب  
ابن عمر ان العمري خلاف السكنى وما به الاكثر \* أ. هـ (٤)

(١) ابن حزم - المحلى ج ١٦٦/٩/ مسألة رقم ١٦٤٨ .

(٢) هذا الاثر رواه مالك عن نافع في الموطأ . انظر شرح الزرقاني على موطأ

الامام مالك ج ٥٠/٤٩/٤/ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق ج ٥٠/٤/ .

قلت : وقد سبق قبل قبيل قليل في حاشية هذه الرسالة : ان السكنى عند جمهور الفقهاء ، هبة للمنفعة وعليه فهي في حكم العارية خاصة عند من يقول من الفقهاء ان العارية تملك منفعة بلا عوض لا اباحة منفعة (١) .

ولما كانت العمري عند جمهور الفقهاء لتملك الصين والسكنى لتملك المنفعة فلا يستدل بالاثار المروية عن ابن عمر في السكنى على العمري للفرق بينهما عند ابن عمر عند الجمهور .

٣ - روى عن عبد الرحمن بن القاسم انه قال : سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها فقال القاسم : ما ادركت الناس الا على شروطهم في اموالهم وما اعطوا . (٢)

أى انهم لا يلزمهم بالعمري الا ما ارادوه من تملك المنفعة لتملك الذات قالوا وعلى هذا اجماع اهل المدينة (٣) . وقد ناقش ابن قدامة هذا الاستدلال بقوله : " وقد روى مالك حديث العمري (٤) في موطنه وهو حديث صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وابوهريرة وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين (٥) فكيف

---

(١) انظر : ص من هذه الرسالة

(٢) هذا الاثر اخرجه الامام مالك عن يحيى بن سعد عن عبد الرحمن بن القاسم عن مكحول الدمشقي عن القاسم بن محمد . انظر : شرح الزرقاني على الموطأ ج ٤ / ٤٩ .

(٣) المرجع السابق

(٤) انظر : شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ج ٤ / ٤٨

(٥) من التابعين الذين ذكرهم ابن قدامة : شريح ومجاهد وطاوس والثوري . انظر

ابن قدامة - المننى ج ٦ / ٦٨

في مخالفة سيد المرسلين ، ولا يصح انه يدعى اجماع أهل المدينة لكثرة من قال  
يقبل بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان \* (١)

٤ - قال ابراهيم بن اسحاق الحرابي عن ابن الاعرابي : لم يختلف العرب في العمري  
والرقبي والافقار والاحبال والمنحة والحربة والعارية والسكنى والاطـراق  
انها على ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا : " بان قول ابن الاعرابي : ان العمري عند العرب  
تمليك المنافع لا يضر اذا نقلها الشرع الى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة  
من الدعاء الى الافعال المنظمة ، ونقل الظهار والايلاء من الطلاق الى  
احكام مخصوصة . " (٣)

٥ - لما كان تمليك الاعيان مما لا يجوز توقيته حيث لا يصح البيع الى مدة معينة  
مثلا ، حمل التوقيت في العمري حينئذ على تمليك المنافع دون تمليك  
الاعيان (٤) .

ويمكن ان يناقش هذا : بانه لما كان تمليك الاعيان مما لا يجري فيه التوقيت  
ابدل الشرع توقيتها وجعلها ملكا مطلقا . (٥)

---

(١) المرجع السابق ج ٦/٦٩

(٢) المرجع السابق ج ٦/٩٦

- وانظر : القرطبي - الجامع لاحكام القران ج ١/٢٩٩ .

(٣) ابن قدامة - المغني ج ٦/٦٩ بشئ من التصريف .

(٤) المرجع السابق ج ٦/٦٩ .

(٥) المرجع السابق ج ٦/٦٩ .



القول الثالث : ان العمري المعقبة تفيد تملك العيين • وذلك كما اذا قال

المضرب : هذه الدار للعمري ولعمقك من بعدك اما اذا كانت مقيدة بالعمري  
او بغيره كما اذا قال : اعمرتك هذه الدار ما عشت • فهي لتمليك المنافع اذ هي  
حينئذ عارية صحيحة •

والى هذا القول : ذهب جابر بن عبد الله وعروة بن الزبير وابو ثور وداود الظاهري  
والقاسم بن محمد وزيد بن قسيط وابوسليمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب وهو  
احد قولى احمد والشعبة الزيدية • (١)

ومما استدلوا به على ذلك حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه حيث قال :  
" انما العمري التى اجازها رسول اللصلى الله عليه وسلم ان يقول : هى لك  
ولعمقك فاما اذا قال : هى لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها " (٢) - حيث  
فرق فى الحديث بين العمري المعقبة والعمري المقيدة بالعمري ونحوه • فجعل  
الاولى لتمليك العيين والثانية لتمليك المنفعة •

وقد اجاب ابن حزم عن هذا الاستدلال حيث قال بعد ان ذكره : " لم نجد  
لهم حجة غير هذا ولا حجتهم فيه لان المسند منه الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

---

(١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٥ / ٩ / مسألة رقم ١٦٤٨ - ابن قدامة - المغنى  
ج / ٢٠ / ٦٩ / ٦ - المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الاصهار  
ج / ١٤٤ / ٥ •

(٢) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم فى كتاب الميهبات باب العمري • ورواه ايضا  
احمد وابوداود • انظر فى هذا : صحيح الامام مسلم ج / ٦٨ / ٥ • الساعاتى  
الفتح الربانى لترتيب مسند الامام احمد ج / ١٥ / ١٢٦ • مختصر سنن ابى  
داود ومعه معالم السنن للخطابى والتهذيب لابن القيم ج / ٥ / ١٩٦ •  
الشوكانى - نيل الاوطار ج / ٦ / ١١٨ •

" انما العمري التي اجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقول : هي لك ولحقبك " وأما باتى لفظ الخبر فمن كلام جابر ولا حجة في احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد خالف جابر ههنا ابن عباس وابن عمر وغيرهم كما ذكرنا ذلك لتقبل . فانما في هذا الخبر حكم العمري اذا قال العمري : هي لك ولحقبك فقط ومتى حكمه اذا لم يقل هذا الكلام لا ذكره في هذا الخبر فوجب طلبه من غيره " (١) .

ومن هنا فالذي يظهر لي : ان العمري لتمليك الاعيان لا لتمليك المنافع سواء كانت معتبة او مقيدة بالعمري كما هو رأي جمهور الفقهاء عليه فلا تكون العمري داخلة في تعريف عقد العارية خلافا للمالكية في ذلك .

وما استدل به الجمهور على هذا ما يلي :

- ١- روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " اسكوا عليكم اموالكم ولا تفسدوها فمن اعمر عمري فهي للذي اعمر حيا وميتا ولحقبه " (٢)
- ٢- وعن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من اعمر عمري فهي لمعمره محياه ومماته ولا ترتبوا من ارقب شيئا فهو سبيل الميراث " (٣)

- 
- (١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٦ / ١٦٧ مسألة رقم ١٦٤٨
  - (٢) هذا الحديث اخبرجه الامام مسلم في كتاب الميراث باب العمري كما اخبرجه الامام احمد بن حنبل في المسند . انظر صحيح مسلم ج / ٥ / ٦٨ الساعات - الفتح الرباني في ترتيب مسند احمد ج / ١٥ / ١٧٦ . الشوكاني نيل الاطوار ج / ٦ / ١١٨
  - (٣) هذا الحديث رواه احمد وابوداود والنسائي وابن ماجه وابن حبان انظر : الشوكاني - نيل الاطوار لاحاديث سيد الاخيار ج / ٦ / ١١٧ / ١١٨ الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ١٢٩ . الساعات - الفتح الرباني في ترتيب مسند الامام احمد ج / ١٥ / ١٧٦ / ١٧٧ .

٣ - وعن جابر رضي الله عنهما قال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم  
بالعمري لمن وهبت له " (١)

٤ - وعن جابر رضي الله عنه : " ان رجلا من الانصار اعطى امه حديقة من نخيل  
حياتها فماتت فجاء اخوته فقالوا : نحن فيه شرع سواء . قال : فابى  
فاختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم تقسمها بينهم ميراثا " (٢)

فدللت هذه الاحاديث على اعتبار العمري لتملك العين لا لتملك المنفعة  
حيث ذكر فيها ان العين المصرة لمن تبرع له بها ولعقبه من بعده . (٣)

(١) هذا الحديث أخرجه الامام البخاري في كتاب الهبة وفضلها باب ما قيل في  
العمري والرقبي . كما أخرجه ايضا الامام مسلم في كتاب النكاح . باب  
العمري . انظر : صحيح الامام البخاري ج ١٤٤ / ٣ / وصحيح الامام مسلم  
ج ٦٨ / ٥ /

(٢) هذا الحديث رواه الامام احمد بن حنبل في مسنده وابدود في السنن والبيهقي  
في السنن الكبرى وسكت عنه ابدود والمنذري وقال ابن رسلان في شرح  
السنن ما لفظه : وهذا الحديث رواه احمد ورجال الصحيح . فـ هـ ويشهد  
لصحة احاديث الباب المرححة بان المحرم والميرقب يكون اولى بالعين  
في حياته وورثته من بعده .

انظر : الساعاتي - الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد الشيباني ج ١٥ /  
١٢٦ / ١٢٧ - الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير  
ج ١١٩ / ١١٨ / ٦ /

(٣) ابن قدامة - المغني ج ٦ / ٦٩ - ابن حزم - المحلى ج ٩ / ١٦٧ - مسألة  
رقم ١٦٤٨ .

٥ - " ان معنى العمري : التملك في الحال، والمتبرع يجعلها للمتبرع لـه  
مدة عمره ثم اذا مات ترجى اليه فصح التملك وطل الشرط لان الهبة  
لا تبطل بالشرط الفاسدة . . والله تعالى أعلم .

تاسمات: يلاحظ ان الرقبي<sup>(١)</sup> عند الامام ابن حنيفة ومحمد بن الحسن عارضة  
صحيحة لاهبة للمعين . وعلى هذا فهي داخلة في تعريف العارية عندهما خلافا  
لجمهور الفقهاء وابويوسف ومالك .

وبيان ذلك ان للفقهاء في الرقبي ثلاثة اقوال :  
القول الاول : ان الرقبي كالمعري هبة للمعين ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء  
وابويوسف من الاحناف (٢) .

(١) جاء في صحيح الترمذي ان تفسير الرقبي ان يقول المرقب : هذا الشيء  
لك ما عشت فان مت قبلي فهي راجعة الي . اه .  
وقيل ان الرقبي ان يقول : ارقبتك هذه الدار او هي لك حياتك على انك  
انمت قبلي عادتالي . وان مت قبلك فهي لك فكانه بقوله هي لاخرنا  
موتا . انظر : صحيح الترمذي بشرح ابن العمري ج ١٠٢/٦ - ابن  
قدامة - المفتي ج ٦٨/٦ .

(٢) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٢٤٠/٥ - ابن قدامة  
المفتي ج ٧٠/٦ - البهوتي كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣٠٧/٤ -  
الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤٠٧/٥ - ابن حزم  
المحلي ج ١٦٤/٩/١٦٥ مسألة رقم ١٦٤٨ المرتضى - البحر  
الزخار الجامع لمذاهب علماء الاصار ج ١٤٥/٥ .

القول الثاني : ان الرقى عارية صحيحة لاهبة للعين . والى هذا القول ذهب ابو حنيفة ومحمد بن الحسن . (١)

ويستدلون على ذلك : " بما روى الشعبي عن شريح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وابطل الرقى " (٢) ومثلها لا يكذب .

ولان قوله دارى لك رقى تعليق التملك بالخطر لان معنى الرقى ان يقول : ان مت انا قبلك فهي لك . وان مت انت قبلى فهي لى . سعى الرقى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقى تعليق التملك بامر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا يحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة عارية لانه دفع اليه واطلق له الانتفاع به ، وهذا معنى العارية " (٣)

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بما سيأتى بعد قليل من احاديث دالة على كون الرقى لتملك العين كالعمري وذلك من طرق متعددة . واما الحديث المروى عن شريح فحديث غريب غير معروف كما قال ذلك الزيلعي

- 
- (١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ١/ ٣٦٧٣ ، الميداني اللباب في شرح الكتاب ج ٢/ ١٧٨ المرفياني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١/ ٥٥ مطبوع مع كلمة شرح فتح القدير والعناية وحاشية سعدى .
- (٢) هذا الحديث ذكره الزيلعي في نصب الراية في باب الرجوع في الهبة وقال : هو حديث غريب . وقال ابن قدامة : هو حديث غير معروف انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤/ ١٢٨ ، ابن قدامة - المنى ج ٦/ ٧٠ .
- (٣) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/ ٣٦٧٣ ، ٣٦٧٤ .

من الاحناف وابن قدامة من الحنابلة • فلا يحارض به ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقبي من طرق متعددة معروفة • " ولا نسلم ان معنى الرقبى ما ذكره ، بل معناها انها لك حياتك <sup>مت</sup> فان رجعت لي ، كما ذكر ذلك الترمذى وابن قدامة وغيرهما وعليه فتكون كالعمرى سواء الا انه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله وهذا يبين تاكيدها على العمرى " (١)

القول الثالث : ان الرقبى تصرف غير جائز والتالى فلا تعتبر هبة للعبيد ولا هبة للمنفعة والى هذا القول ذهب المالكية • قالوا : لما فى ذلك من الخرج عن وجه المعروف والمخاطرة • (٢)

ولعلمهم يستدلون على ذلك أيضا بالحديث السابق المروى عن شريح وقد تبين أنه حديث غريب غير معروف • فلا يحارض به ما هو معروف مما سيأتى بحد قليل •

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج / ٦ / ٢٠ / ٧١ بشىء من التصرف • الزيلعى - نوب الرابة لاحاديث الهداية ج / ٤ / ١٢٨ •

(٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - صحيح الترمذى بشرح ابن الصرى المالک ج / ٦ / ١٠٣ - الصاوى بلغة المسالك لا قرب المسالك ج / ٢ / ٣٢١ •

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان الرقبى

هبة للعين لا عارضة كما ذهب الى ذلك الامام ابو حنيفة ومحمد بن الحسن .  
وذلك نظرا لما يأتي :

- ١ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " من امر عمرى فهى لمن  
أمرها جائزة ، ومن ارقب رقبى فهى لمن ارقبها جائزة ومن وهب هبة  
ثم عاد فيها فهو كالعائد فى قبضه " (١) . وقال صلى الله عليه وسلم  
" لاتصمروا ولا ترقبوا فمن أمر شيئا أو ارقبه فهو له حياته وماته " (٢) .  
وقال صلى الله عليه وسلم : " من أمر شيئا فهو لمعمره محياه وماته ولا ترقبوا  
فمن أرقب شيئا فهو سبيله " (٣)

---

(١) هذا الحديث أخرجه الامام احمد بن حنبل والنسائى . وقال الحافظ :  
اسناده صحيح . قال الساعاتى : قوله " جائزة " اى مستمرة الى الابد  
لا رجوع لها الى المعطى اصلا . . بخلاف ما كان عليه اهل الجاهلية من  
اشتراط الرجوع فى الصرى الى صاحبها الاول بحد موت الثانى ومن الرجوع  
فى الرقبى الى المتأخر مته عن صاحبه وقد جعلها الشرع بمنزلة الهبة لا يصح  
الرجوع فيها ولذلك قال : " ومن وهب هبة ثم عاد فيها فهو كالعائد فى  
قبضه " . انظر : الساعاتى - الفتح الربانى وبلوغ الامانى ج / ١٥ / ١٢٤ / ١٢٥  
ابن حجر - فتح البارى بشن صحيح البخارى ج / ٥ / ٢٤٠ .

(٢) هذا الحديث أخرجه الامام احمد والنسائى ورجاله ثقات . انظر : الساعاتى  
- الفتح الربانى ج / ١٥ / ١٢٦ - الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد  
الاخبار ج / ٦ / ١١٨ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الامام احمد وابوداود والنسائى وابن ماجه وابن حبان  
قال الساعاتى : وسنده جيد . انظر : الشوكانى نيل الاوطار لاحاديث  
سيد الاخبار ج / ٦ / ١١٧ / ١١٨ . الساعاتى - الفتح الربانى  
ج / ١٥ / ١٢٦ .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الرقبي للذي أرقبها (١) .

فدلت هذه الاحاديث الشريفة على أن الرقبي هبة للمعين ، لا عارية حيث ذكر فيها ان العين المرقبة تكون للمرقب حياته وماله وفي هذا دليل على انتقال ملكيتها اليه وابطال الشرط الذي اشترطه المرقب . (٢)

٢- قال ابن حجر العسقلاني : " والظاهر انه ما كان مقصود العرب - بالمعنى والرقبي - الا تملك الرقبة بالشرط المذكور - فجاء الشرح بمراغمتهم فصحح المقدم على نعت الهبة المحمودة وابطل الشرط المضاد لذلك فانه يشبه الرجوع في الهبة وقد صح النهي عنه وشبهه بالكلب يعود في قيئه . وقد روى النسائي من طريق ابى الزبير عن ابن عباس رفعه " العمري لمن أقرها والرقبي لمن أرقبها والمائد في هبته كالمائد في قيئه " (٣) فشرط الرجوع القسارن للمقدم مثل الرجوع الطارئ بعده فنهى عن ذلك وامران يقيها مطلقا او يخرجها مطلقا . فان اخرجها على خلاف ذلك بطل الشرط وصح المقدم مراغمة له وهو نحو ابطال شرط الولاء لمن باع عبدا . " (٤)

وهذا يوضح رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . والله تعالى أعلم .

- 
- (١) هذا الحديث اخرجه الامام احمد ، والنسائي وفي لفظ : جعل الرقبي للسوارث رواه احمد . انظر : الشوكاني - نيل الاوطار لاحاديث سيد الاختيار ج ٦ / ١١٨
- (٢) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٥ : ٢٤٠) ، ابن قدامة - المفني (٦ : ٧٠) ، البهوتي - كشف القناع (٤ : ٣٠٧) ، الرطلي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (٥ : ٤٠٧) ، ابن حزم - المحلى (٩ : ١٦٤ ، ١٦٥)
- مسألة رقم ١٦٤٨ ، المرتضى - البحر الزخار (٥ : ١٤٥) .
- (٣) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة السابقة .
- (٤) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٥ : ٢٤٠) .



عاشراً - لما كان ارث المنفعة جائزا عند المالكية دون الاحناف ، فقد يرد على تعريف المالكية لعقد العارية ارث المنفعة لحصولها للوارث بدون عوض ، وذلك كما اذا استاجر شخص ارضا او دارا ، واثاث منزل مدة معينة ثم مات قبل ان يستوفي المنفعة حيث تنقل المنفعة الى الورثة بدون عوض منهم وهنا ينطبق عليها تعريف العارية لانها تملك منفعة مؤقتة بخير عوض او مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بخير عوض مع ان هذه المعاملة لا تعتبر عارية . (٢)

ويمكن ان يجاب عن هذا الاعتراض ، بان العارية ليس لها عوض مادي مطلقا ، أما في هذه الصورة فان المستاجر المتوفى قد دفع مقابل المنفعة عوضا معلوما فهي في الحقيقة تملك بعوض في المستاجر المتوفى وان نقلت الى الورثة بدون عوض منهم . (٢)

هذه اهم الملاحظات على تعريف العارية عند الفقهاء ، وسها يتضح ان الفقهاء متفقون على بعض الجوانب في تعريف العارية ومختلفون في جوانب اخرى وان كان بعض ما اختلفوا فيه مما لا تبينى عليه ثمره في المجال العملي .

والذي يظهر لي ان تعريف العارية عند الاحناف والمالكية ربما كان اولى من غيرهم لقوة أدلتهم في الجملة فيما اختلفوا فيه غيرهم ولسلامة تعريفهم مما اورد عليه من اعتراضات والله تعالى أعلم بالصواب .

(١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج / ٢٦٨ / ٥ - محمد عيش -

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٤٨٦ / ٣ ، حاشية البناني على

شرح الزرقاني لمختصر خليل ج / ١٢٦ / ٦ مطبوع بهامش شرح الزرقاني .

(٢) المراجع السابقة .

الربط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للمعاصرة :

سبق أن المعاصرة في اللغة العربية ما يعطى في الجملة للغير على أن يرده إلى

المعطى .

وسبق أنها مأخوذة من أحد معان خمسة على خلاف بين العلماء في ذلك ويحسن بنا

أن نسرده تلك المعاني مرة أخرى بإيجاز ليتسنى استحضارها للربط بينها وبين

المعنى الشرعي للمعاصرة وهي كما يلي :

المعنى الأول : أن المعاصرة مأخوذة من التماور وهو التداول والتناوب .

المعنى الثاني : أنها مأخوذة من ( المعارة ) وهو الذهاب والمجيء بسرعة .

المعنى الثالث : أنها مأخوذة من عرا يعر و بمعنى قصد ، أو عرضاً وغشى يقال : غشى

طالبها مصروفاً .

المعنى الرابع : أنها مأخوذة من العرى ، خلاف اللبس كالعربة وهي النخلة

الموهومة ثمرة عامها .

المعنى الخامس : أنها مأخوذة من العار وهو السب ، والمعيب . ( ١ )

ويلاحظ أن سائر المعاني السابقة لا تبعد عن المعنى الشرعي للمعاصرة عند

الفقهاء ، فكلها يصلح أن تكون المعاصرة الشرعية مأخوذة منه ما عدا المعنى الخامس منها .

لأن المعاصرة في اصطلاح الفقهاء كما سبق بيان ذلك ، لفظ يطلق في الجملة ويراد به

العين المتبرع بمنفعتها كما يطلق ويراد به نفع التصرف المشتمل على التبرع بالمنفعة

بغض النظر عن كون الاطلاق في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز وبغض النظر عن كون

التبرع بتلك المنفعة على سبيل التملك أهلي سبيل الإباحة . ( ٢ )

وما بعد هامن صفحات من هذه الرسالة .

( ١ ) انظر ص

وما بعد ها من صفحات من هذه الرسالة .

( ٢ ) انظر ص

عمر

المعاصرة  
الشرعية

فإذا كانت العارية في اللغة بمعنى التماز وهو التداول والتناوب فالعلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي واضحة لا تحتاج الى كثير تأمل ، لان العارية في الاصطلاح الفقهي سواء اكانت تمليك منفعة بخير عرض او اباحة للانتفاع او اسم للمعين المتصفة بذلك على خلاف بين الفقهاء كما سبق بيانه (١) . فان التداول بين المعير والمستعير للمعين المعارة وتناوبهما على الانتفاع بها امر ظاهر في العارية الشرعية فالمعير يمتطي العين المعارة للمستعير اولا ثم يعيدها اليه ثانيا . وهذا نوع من التداول .

ولا يخفى ان المعير يجعل للمستعير نعمة للانتفاع بملكه على ان يعود اليه بالاسترداد متى شاء وهذا نوع من التناوب . (٢)

وإذا كانت العارية مأخوذة من (العار) وهو الذهاب والمجيء بسرعة فذلك لذهاب العين المعارة الى يد المستعير ثم عودها اذا انتهت الى يد المعير بسرعة في الخالب . (٣)

وإذا كانت العارية مأخوذة من الخشيان لطلب المعروف ، فالعلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي ظاهرة ايضا لان المستعير في طلبه للمعين المعارة انما يقصد العير ويخشاه في الخالب لطلب معروفه .

---

(١) انظر ص ١٠٢ وما بعدها من صفحات ، من هذه الرسالة .  
(٢) السرخسي - المبسوط ج ١١ / ١٣٣ قاضي زاده نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، تكملة شن فتح القدير ج ٩ / ٣ ملبوع مع الهداية والمناية وحاشية سحدي افندي .

(٣) السيد البكري - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ج ٣ / ١٢٨ - الركني النظم المستعذب في شرح غير المذهب ج ١ / ٣٦٩ / ٣٧٠ .

وإذا كانت العارية والمرة ، مأخوذتين من المرى - فذلك لتصريهما عن  
الموض " فالعرة العطية في الثمار ، بالتملك بدون عوض والعارية في المنفعة كذلك  
ولهذا اختلفت بما يمكن الانتفاع بها من بقاء عينها " (١)

ورد ذلك الطرزي ، لانه يقال : استعار منه ، فاعاره واستعاره الشيء على  
حذف (من) (٢) .

أما كون العارية مأخوذة من العار ، وهو السبة والصيب . فلقد سبق ان الراجح  
عدم اخذ العارية من هذا المعنى لان النبي صلى الله عليه وسلم استعار ولانها مندومة  
شرعاً فلو كان فيها شيئاً من العار لما استعار عليه افضل الصلاة والتسليم ولما نـدب  
الشرع الشريف اليها (٣) .

وهذا ناتى الى ختام الكلام عن تعريف العارية في اللغة والاصطلاح راجياً  
أن اكون ممن وفق في بيان ذلك ، والله المستعان .

---

(١) السرخسي - المهسوط ج ١١٣/١١

(٢) ابن عابدين - حاشية قره عيون الاخبار تكلمة رد المختار على الدر المختار

ج ٣٨٢/٨

(٣) انظر من هذه الرسالة .

(( الفصل الثاني ))

أدلة مشروعية العارية ، وحكمة تشريعها ، وحكمها

- المبحث الأول : في أدلة مشروعية العارية وحكمة تشريعها

- المبحث الثاني : في حكم عقد العارية

-----

## المبحث الاول : ادلة مشروعية العارية وحكمة تشريعها

### أدلة مشروعية عقد العارية :

لا أعلم خلافا بين الفقهاء في مشروعية عقد العارية (١) ، والادلة الدالة على ذلك كثيرة عندهم ولعل من أبرزها مايلي :

أولا : قال الله تعالى : " فويل للمصلين ، الذين هم عن صلاتهم ساهون ،

الذين هم يراؤن ، ويمنعون الماعون " (٢) .

فقوله : " ويمنعون الماعون " اي يمنعون العارية ، فالمقصود بالماعون ، عارية

متاع البيت كالنفس والميزان وما يتحاطاه الناس بينهم ، والى هذا ذهب جمهور

المفسرين كما حكى ذلك الشوكاني منهم (٣) ، وذلك لما روى عن ابن عباس رضی اللہ

عنهما ، انه قال عند تفسير قوله تعالى : " فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون "

---

(١) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدي ج ٣ / ٩ / مطبوعة مع العناية وتكملة فتح

القدر ، ابن عابد بن حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨١ ،

حاشية اللطحاوي على الدر المختار ج ٣ / ٣٨٤ ابن جزى ، قوانين الاحكام

الشرعية / ٤٠٤ ، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ ،

الدردير الشرح الكبير ج ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي

الانصاري - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب ج ٢ / ٩٠ مطبوع بهامش

حاشية الشرقاوي ، الرملی - غاية البيان شرح زيد بن رسلان / ٢١٤ ،

الاسيوطی - جواهر العقود ومعين القضاة والشهود ج ١ / ٢٠٩ / ٢١٠ ابن

عبد الوهاب مختصر الانصاف والشرح الكبير ٣٨٨ / ٣٨٩ ابن قدامه - المغني

ج ٥ / ١٦٣ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٦٢ .

(٢) الايات ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من سورة الماعون .

(٣) انظر المراجع السابقة - الشوكاني - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية

في علم التفسير ج ٥ / ٥٠٠ .

هم المنافقون ، يراون الناس بصلاتهم اذا حضروا ويتركونها اذا غابوا ويمنحونهم  
العارية بنخسا لهم ، وهى الماعون . (١)

وروى عنه ايضا ان المراد بالماعون : عارية متاع البيت (٢) .

وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال : " كنا نعد الماعون على عهد رسول  
الله صلى الله عليه وسلم عارية الدلو ، والقدر ، والفاس والميزان ، وما تتعاطون  
بينكم " (٣)

---

(١) اخرجه ابن جرير وابن المنذر وابن ابى حاتم وابن مردويه والبيهقى فى  
الشعب - انظر التوكانى - فتح القدير ج ٥٠٠/٥

(٢) اخرجه سعيد بن منصور وابن ابى شبيه وابن جرير وابن المنذر والطبرانى ،  
والحاكم وصححه البيهقى والفضلاء فى المشتاره من طريق عن ابن عباس - فتح  
القدير ج ٥٠١/٥ الحاكم المستدرک ج ٥٣٦/٢ ، البيهقى - السنن  
الكبرى ج ٨٨/٦

(٣) اخرجه سعيد بن منصور وابوداوود والنسائى وابن جرير وابن المنذر وابن ابى  
حاتم والطبرانى فى الاوسط وابن مردويه والبيهقى فى سننه واخرجه ابن ابى  
شبيه من طريق ابراهيم التيمى وسكت عنه ابوداوود وحسنه الترمذى .  
انظر الشوكانى - فتح القدير ج ٥٠١/٥ ، السيكى المنهل العذب  
المورود شرح سنن ابى داود ج ٢٩٨/٩/٢٩٦ الشوكانى - نيل الاوطار  
من احاديث سيد الاخيار ج ٤٢/٦ ، ابن حجر - فتح البارى  
شرح صحيح البخارى ج ٢٣١/٨ ، البيهقى - السنن الكبرى ج ٦/

وإذا تبين بهذا ان المراد بالماعون ، العارية كما هو رأي جمهور المفسرين  
فلاية دليل صريح على مشروعية عقد العارية والندب اليه ان لولم تكن مشروعة  
لما ذم سبحانه وتعالى مانعها ، وتوعده فيما توعد به المتهمون بالصلاة  
والمراعى (١) .

(١) جاء في كتاب الجامع لاحكام القرآن للقرطبي قوله : " قيل لمكرمة مولى ابن  
عباس من صنع شيئاً من المتاع كان له الويل ، فقال : لا ولكن من جمع  
ثلاثتهن ، فله الويل ، يعني ترك الصلاة والزياء والبخل بالماعون ج ٢٠/  
٢١٥/ .

ولعل من المفيد ان نذكر هنا طرفاً من الخلاف بين العلماء في المراد بالماعون ،  
بايجاز ان قد اختلفوا في ذلك ولهم فيه احد عشر قولاً :  
— القول الاول : ان المراد بالماعون العارية فهو اسم جامع لمنافع البيت ، وذلك  
كالفاس والقدر والنار ونحو ذلك . وروى هذا عن علي وابن مسعود وابن عباس  
والى هذا ذهب اكثر المفسرين ومن ذلك القول الاعشى :  
بالجود منه بماعونه اذا ماسمائم لم تنضم

— القول الثانى : ان المراد بالماعون الزكاة ، يمنحها المنافق . والى هذا ،  
ذهب على ابن ابي طالب وابن عباس في احدى الروايتين عنهما واليه ذهب عمر  
وابن المسيب .

— القول الثالث : ان المراد به المال . والى هذا ذهب ابن شهاب وهو مروى  
عن سعيد بن المسيب .

— القول الرابع : ان المراد به فى الجاهلية كل ما فيه منفعة والمراد به فى  
الاسلام الداعة والزكاة والى هذا ذهب الزجاج وابوهيب والمبرد .

— القول الخامس : ان المراد به جميع المعروف الذى يتبذره الناس فيما بينهم  
والى هذا ذهب محمد بن كعب والكلبي .

— القول السادس : ان المراد به الماء والكلاء .

— القول السابع : ان المراد به الماء دون الكلاء . وفى هذا يقول الفراء سمعت



بعض العرب يقولون : الماء ، الماعون . ثم قال : يمج صبيبه الماعون صبا .  
والصبير : السحاب .

— القول الثامن : ان المراد به منع الحق وهو روى عن عبد الله بن عمر .

— القول التاسع : ان المراد به المستغل من منافع الاموال مشتق من المصن وهو

في اللغات العربية القليل . قال في الجامع لاحكام القرآن : " قال قطرب : اصل

الماعون من القلة والمعنى الشيء القليل . تقول العرب : ماله سحنة ولا معننه

اي شيء قليل . فسئى الله تعالى الزكاة والصدقة ونحوهما في المعروف

مأعونا لانه قليل من كثير . ومن الناس من قال : الماعون اصله معونة والالف

عوى عن الماء حكاه الجوهرى وقال ابن الصرى : الماعون مفصول من اعان

يعين . والمعون : هو الامداد بالقوة والالات والاسباب الميسرة . "

— القول العاشر : ان المراد بالماعون الدعاية والالتقياد ، اذ قد روى عن

الاخش عن بعض الاعراب : لو قد نزلنا لصنعت بناقتك صنيعا تعطيك

الماعون اى تنقاد لك وتطيعك .

— القول الحادى عشر : ان المراد به ما لا يخل منحه وذلك كالماء والملح والنار

ونحو ذلك لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت : قلت يا رسول الله

مالشى الذى لا يخل منحه . قال : الماء والنار والملح .

ويلاحظ من خلال سرد الاقوال السابقة ان بعضهم فسر الماعون بجميع افراد

المعروف والبعض الاخر اقتصر على تفسيره بفرد من افراد المعروف

او بعضها ولا يبعد ان يكون المراد بالماعون جميع افراد المعروف سواء اكان

عارية او زكاة او صدقة او نحو ذلك كما ذهب الى ذلك الجصاص فى احكام القرآن .

الا ان الذى يهمنى من جميع الاقوال السابقة ما روى عن الصحابة فى ذلك لانهم ادرى

الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم باسرار التشريع ومعانيه فلا تقوم سائر

الاقوال تجاه ما روى عنهم .

والمروى عن الصحابة رضى الله عنهم اجمعين قولان : قول بان المراد بالماعون

العارية وقول بان المراد به الزكاة كما سبق بيان ذلك .

ثانياً : قال الله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب " (١)

هذه الآية الكريمة ، دليل على مشروعية التعاون في جميع سبل الخير والمصروف ولا شك ان بذل منافع الاعيان للاخرين على سبيل العارية ، من هذا الباب لما غشى ذلك من قضاء الحوائج واشاعة روح التعاون ، والتكاتف بين افراد المجتمع المسلم .

ثالثاً : روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في خطبة حجة الوداع : " العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم " (٢)

ويمكن ان يجمع بين هذين القولين المرويين عن الصحابة بان الماعون لفظ يطلق ، ويراد به العارية كما يطلق ويراد به الزكاة فهو اسم جامع لبعض افراد المصروف وهذا يكون المراد بالماعون في الآية في كلا من العارية والزكاة خاصة وان من روى عنه من الصحابة . ان المراد به العارية روى عنه ايضا ان المراد به الزكاة . والى هذا الجمع ذهب ابن حزم الاندلسي حيث قال : " فان قيل قد روى عن علي رضي الله عنه انها الزكاة قلنا : نعم ولم يقل : ليست العارية ثم قد جاء عنه : انها العارية فوجب جمع قوليه " انظر ابن حزم المحلى ج ١/١٦٨ - مسألة (١٦٤٩) وانظر القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٢٠/٢١٣/٢١٤ - الجصاص - احكام القرآن ج ٣/٤٧٥ - الشوكاني - فتح القدير الجامع بين فتي الرواية والدراية في علم التفسير ج ٥/٥٠٠/٥٠١ ، القاسمي محاسن التاويل ج ١٧/١٢٢٤/٦٢٢٥ ، ابن العربي - احكام القــــران ج ٤/١٩٨٤/١٩٨٥ .

(١) سورة المائدة اية رقم (٢)

(٢) هذا الحديث اخرجه ابوداود والترمذي عن اسماعيل بن عياش وزاد الترمذي في كتاب الوصايا " الولد للفراس وللماهر الحجر وحسابهم على الله ومن ادعى الى غير ابيه او اتى الى غير مواليه فعليه لعنة الله الى يوم القيامة " وقال حديث حسن ورواه بتمامه احمد وابوداود والطائلسي وابريصلى الموصلى في مسانيدهم

حيث دل الحديث الشريف على وجوب رد العين الممارسة بعد الانتفاع بها وفسي  
هذا دليل على مشروعيتها إذ لو لم تكن كذلك لنهي عن أخذها فدل الأمر بردها بعد  
الانتفاع بها على مشروعيتها . أخذها على سبيل العارية .

ويؤيد هذا ما روى عن صفوان بن أمية : أن النبي صلى الله عليه وسلم استمار منه أدرعا  
يوم حنين فقال : اغصبا يا محمد ، فقال : بل عارية مضمونة" (١)

والدارقطني في سننه ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ورواه ابن ماجه  
في موضعين من سننه في كتاب الأحكام والوصايا ولم يذكر فيهما قوله والزعيم غارم .  
قال صاحب التنقيح : رواية اسماعيل ابن عياض عن الشاميين جيدة وشرحها  
من ثقات الشاميين قال الامام احمد : وثقه ايضا المجلى وابن حبان وحسن  
الابناني حديث ابن حبان انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية  
ج ٤ / ٥٧ / ٥٨ الابناني - سلسلة الاحاديث الصحيحة ج ٢ / ١٦٩ حديث  
رقم (٦١١) الساعاتي - الفتح الرباني ترتيب مسند الامام احمد ج ١٥ / ١٣٠  
مطبوع مع بلوغ الاماني شرح الفتى الرباني .

هذا الحديث اخرجه ابوداود والنسائي عن شريك ورواه احمد في مسنده  
والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع وسكت عنه وانما قال وله شاهد صحيح  
ثم اخرجه عن خالد الخداء بلفظه فقال : يا رسول الله اعارية مؤداة قال  
نعم عارية مؤداة . وقال حديث صحيح على شرط مسلم واخرجه في المنازى وقال  
صحيح الاسناد وله طرق اخرى مرسله في السنن .

انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١١٦ الساعاتي - الفتح  
الرباني ترتيب مسند الامام احمد بن حنبل ج ١٥ / ١٢٩ / ١٣٠ مطبوع مع  
شرحه ، بلوغ الاماني الشوكاني - نيل الاوتار من احاديث سيد الاخير ج ٦ /  
٤١ ، الابناني - سلسلة الاحاديث الصحيحة ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ / ٢٠٨ /  
٢٠٩ / ٢١٠ حديث رقم ٦٣٠ وحديث رقم ٦٣١ الصنعاني - سبل السلام

شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٦٩ .

وما روى عن انس ابن مالك ، انه قال : كان فزع (١) بالمدينة فاستعمار النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من ابي طلحة (٢) يقال له ، المندوب (٣) فركبه فلما رجع فقال : ماراينا من شيء وان وجدناه لبحرا \* (٤)

فدل ما جاء في الحديث الشريفين من استعمارة النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان و ابي طلحة على مشروعية عقد العارية .

---

(١) قوله : فزع اى خوف من عدو - الشوكاني - نيل الاوطار ج / ٤٢ / ٦

(٢) ابو طلحة هو زيد بن سهل زوج ام انس - المرجع السابق

(٣) قوله يقال له المندوب ، قيل سوى بذلك من الغدب وهو الرهن عند السباق

وقيل لندب كان فى جسمه وهو اثر الجرح . المرجع السابق .

(٤) قال الشوكاني : هذا الحديث متفق عليه .

قلت : اخرج البخارى فى باب من استعمار من الناس الفرس ، وقوله وان وجدناه لبحرا قال الخطابى : ان هى الناقية واللام بمعنى الا اى ما وجدناه

الابحرا . قال ابن التين : هذا مذهب الكوفيين وعند البصريين ان ، ان مخففة من الثقيلة واللام زائدة . قال الاصمعى : يقال للفرس بحر

ان اكان واسخ الجرى اولان جريه لاينفذ كما لاينفذ البحر ويؤيده ما وقع

فى رواية للبخارى بلفظ " فكان بعد ذلك لايجارى .

انظر الشوكاني - نيل الاوطار ج / ٤١ / ٦ / ٤٢

- صحيح البخارى ج / ٣ / ١٤٤ .

هذا بالاضافة الى ما روى عن الصحابة رضوان الله عليهم والا على مشروعية هذا المقدر ومن ذلك ما روى عن عائشة ام المؤمنين رضى الله عنها انها قالت وعليها درع قطرى (١) ثمن خمسة دراهم (٢) : كان لى منهن درع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فمما كانت امرأة تقيين (٣) فى المدينة الا ارسلت الى تستعيره (٤) . قال الشوكانى : قال ابن الجوزى ارادت عائشة انهم كانوا اولا فى ضيق فكان الشىء المختصر عندهم ان ذاك عظيم القدر وفى الحديث ان عارية الثياب للمرس امر محمول به مرغوب فيه وانه لا يحد من التشبع (٥) .

**رابعا :** أجمع علماء المسلمين على مشروعية عقد العارية ومن نقل الاجماع فى ذلك عنهم : عبد الله بن قدامة المقدسى حيث قال : " وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها لانها لما جازت هبة الاعيان جازت هبة بالمنافع ولذلك صحت الوسيعة بالاعيان والمنافع جميعا " (٦) .

(١) قوله " درع قطرى " الدرع قميص المرأة وهو مذكور قال الجوهرى ودرع الحد يد مؤنثة حكى ابو عبيدة انه ايضا يذكر ويؤنث والقطرى نسبة الى القطر وهو ثياب من غايط القطن وغيره وقيل من القطن خاصة تعرف بالقطرية ، وقيل بل منسوبة الى قطر قرية من البحرين . المرجع السابق .

(٢) قوله : ثمن خمسة دراهم بنصب ثمن بتقدير فعل وخمسة بالخفض على الاضافة او برفع ثمن وخمسة على حذف الضمير والتقدير ثمنه خمسة وروى بضم اوله وتشديد الميم على لفظ الماضى ونصب خمسة على نزع الخافض اى قيمه بخمسة دراهم . المرجع السابق .

(٣) تقيين اى تزين من قان الشىء قيانة اى اصلحه . المرجع السابق

(٤) هذا الاثر اخرجه البخارى والامام احمد بن حنبل . المرجع السابق

(٥) الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ٤٤

(٦) ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٦٣

الاصابع  
اولا

حكمة تشريع عقد العارية :

لعل من أعظم اسرار تشريع عقد العارية ، نشر روح التعاون والتكافل بين صفوف المجتمع ليتخلص من الاثرة والانانية فينتشر الحب بين الناس وتممر المودة قلوبهم .

اذ لا أحد ينكر أهمية المال في حياة الانسان ولا مدى قيمته الكبيرة في نفوس السواد الاعظم من البشر ولا مدى شح اكثرهم به . ومن هنا كانت اغلب الصراعات بين البشر في جميع الأزمنة وعلى جميع الأصعدة صراعات مادية يتحكم فيها حب المال وشهوة اقتناؤه والاثرة به .

فانما كانت للمال هذه الأهمية الكبيرة في نفوس الناس . فلا شك انطلاقاً في ان الدعوة لتبادل له فيما بينهم بدون عوض امر يخلق الحب وينشر المودة بين صفوفهم .

وانما تحققت هذه الغاية عاش المجتمع بمبدأ عن كل ما يهدد اخلاقه ووحدته وامنه وحرية وموارده المعنوية والاقتصادية .

والله تعالى اعلم .

المبحث الثاني : حكم عقد العارية

يطلق لفظ الحكم في اللغة العربية ويراد به في اكثر معانيه القضاء والفصل

لمنع العدوان والظلم كما يطبق ويراد به العلم والفقه (١)

وحكم العقد: قول يستعمل عند الفقهاء في احد امور ثلاثة :

الامر الاول : ما يكون للعقد من اثر اصلي مترتب عليه شرعا فيقول الفقهاء مثلا

حكم العقد انه يفيد ملك المين او يفيد ملك المنفعة ، وقد سبق بيان حكم عقد العارية بهذا الاعتبار عند الكلام على تعريفه (٢) .

الامر الثاني : ما يكون للعقد من وصف يرجع الى ما للعقد من وجود ترتب عليه

آثاره او لا ترتب او من قوته ملزمة لعاقديه او غير ملزمة فيقول الفقهاء مثلا ، حكم هذا

العقد انه باطل لا ترتب عليه آثاره ، او صحيح ترتب عليه آثاره او حكم هذا العقد

انه لازم او غير لازم .

ولقد سبق بيان حكم العقد من حيث الصحة وهدمها في الباب الاول من هذه الرسالة

اما حكم عقد العارية من حيث اللزوم او عدمه فسياتي بيانه عند الكلام على تقسيم العارية

من حيث الصيغة في الباب الرابع (٣) .

---

(١) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / /

الزيات واخرون - المعجم الوسيط ج / ١ / ١٨٩

(٢) انظر ص من هذه الرسالة

(٣) انظر ص من هذه الرسالة وى ايضا .

١٢٠

الامر الثالث : ما يكون للمقد من وصف يثبت له نتيجة لطلب الشارع له او لنهييه عنه فيقال : مثلا : حكم المقعد للمارية انه واجب او مندوب او مباح او مكروه او حرام (١) وما اريد ان اكتب عنه في هذا البحث هو : حكم عقد العارية بهذا الاعتبار اى من حيث طلب الشارع له او نهييه عنه .

ولقد اختلف الفقهاء في حكمه بهذا الاعتبار في الجملة على قولين :

القول الاول : ان العارية فعل خير مندوب اليه في الجملة . والى هذا ذهب جمهور الفقهاء (٢)

القول الثانى : ان العارية عقد واجب في الجملة . والى هذا ذهب بعض السلف كما حكى ذلك بن رشد وابن قدامة وغيرهما (٣)

(١) الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ١١٢ مذكور - نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء / ٢٧/٢٦ . ابن قدامة - روضة الناظر وجمال المناظر ج / ١/ ٩٠ . ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥٩/٥٠ والكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨/ ٣٨٩٨ . شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢١/٦

(٢) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨/ ٣٨١ حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج / ٣/ ٣٨٤ شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢١/٦ ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢/ ٣١٣ - الدردير - الشرح الكبير ج / ٣/ ٣٨٨/٣٨٩ مطبوع بهامش حاشية الدسوقى . الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥/ ١١٦ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج / ١/ ٥١٩ - الشربينى معنى المحتاج الى معرفة معانى الالفاظ المنهاج ج / ٢/ ٢٦٤ ابن قدامة - المفتى ج / ٥/ ١٦٣ . الههوى - كشاف القناع عن متن الاقضية ج / ٤/ ٦٢ .

(٣) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢/ ٣١٣ ابن قدامة - المفتى ج / ٥/ ١٦٣ .

العالم  
المصري



ولقد استدل لأصحاب هذا الرأي بما يلي :

١ - قال الله تعالى " ويمنعون الماعون " (١) والماعون هو العارية كما هو رأي جمهور الفقهاء والمفسرين . (٢) وقد توعد الله سبحانه وتعالى بمنعه بالويل فيما توعد به المتساهل بالصلاة والمرأى ولا يتوعد بالويل إلا من واجب ، فدل ذلك على وجوب العارية في الجملة (٣) .  
ويمكن أن يناقش هذا الدليل بان التوعد بالويل ليس لمن منع الماعون فقط وإنما لمن جمع الثلاثة المتساهل في الصلاة والمرأىات ومنع الماعون . كما روى ذلك عن عكرمة بن قولي ابن عباس رضي الله عنهما . (٤)

٢ - روى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما من صاحب بابل ولا بقر ولا غنم لا يؤدى حقها إلا اتعد لها يوم القيامة بقاع قرقر (٥) ، تطوء ذات الظلف بتللفها وتنطحه ذات القرن ليس فيها يومئذ جماء ولا مكسورة القرن ، قلنا يا رسول الله وما حقها : قال اطرق فحلها (٦) واعارة دلوها (٧)

- 
- (١) سورة الماعون اية رقم (٧)  
(٢) الشوكاني فتح القدير ج ٥ / ٥٠٠  
(٣) ابن قدامة المنفى ج ٥ / ١٦٣  
(٤) المرجع السابق ج ٥ / ١٦٤ - القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٢٠ / ٢١٥  
حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢ / ٩٠  
(٥) قوله " بقاع قرقر " القاع المستوى الواسع في سوى من الأرض قال الهروي : وجمعه قيمه رقيعان مثل جار وجبره وجيران . والقرقرة بقاقيين مفتوحتين ورائين اولهما ساكنة المستوى ايضا من الأرض الواسع . الشوكاني - نيل الأوطار من احاديث سيد الاخيار - ج ٤ / ١٧٣ / ١٧٤ .  
(٦) قوله " اطرق فحلها " اى عارية الفحل لمن اراد ان يستعيده من مالكة ليطرق به على ماشيته . المرجع السابق ج ٦ / ٤٤  
(٧) قوله " عارة دلوها " اى من حقوق الماشية ان يصير صاحبها الدلو الذي يسقيها به اذا طلبه منه من يحتاج اليه . المرجع السابق .

ومنحتها (١) ، وحلبها على الماء (٢) وحمل عليها في سبيل الله (٣) .  
فدل ذم الرسول صلى الله عليه وسلم لمانع العارية وتوعد له بما توعد به نفسه  
الحدِيث على وجوب عقد العارية .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان المراد بالعارية المتوعد بمنعها هي العارية  
للمضطر اليها جمعا بين هذا الحدِيث والاحاديث الدالة على عدم وجوبها في  
الجملة (٤) .

ومن هنا فالذي يظن ان العارية مندوب اليها في الجملة لا واجبه كما ذهب  
الى ذلك جمهور الفقهاء وذلك نظرا لما روى عن طلحة بن عبيد الله قال : جاء  
رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم من اهل نجد ثائر الرأس نسمع دوى صوته  
ولا نفقه ما يقول حتى دنى من رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا هو يسأل عن الاسلام  
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : خمس صلوات في اليوم والليلة . فقال : هل  
على غيرها . قال لا . الا ان تطوع وسيام شهر رمضان . فقال : هل على غيره قال : لا ،

(١) قوله " ومنحتها " المنحة في الاصل العطية . قال ابو عبيدة المنحفة  
العرب على وجهين احد هما ان يعطى الرجل صاحبة فيكون له والاخر ان يعطيه  
نذقة او شاه ينتفع بحليبها ووبرها زمانا ثم يردها والمراد بها هنا عارية  
ذوات الالبان ليؤخذ لبنها ثم ترد لصاحبها . قال القزاز : قيل لا تكون المنحة  
الا ناقة وشاة والاول اعرف . المرجع السابق .

(٢) قوله " وحلبها على الماء " بالحاء المهملة في جميع الروايات و اشار الداودي ،  
الى انه روى بالجيم وقال : اراد انها تساق الى موضع سقيها ، وتعقب بان  
لو كان كذلك لقال وحلبها الى الماء لا على الماء وانما اراد حلبها هناك لئلا  
من يحضرن المساكين . المرجع السابق .

(٣) هذا الحدِيث رواه مسلم واحمد بن حنبل - الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث  
سيد الاخيار ج / ٤٤ / ٦ / الفتح الرباني ترتيب سند الامام احمد ج / ١٥ / ١٢٨ /  
١٢٩ / مطبوع مع شرحه بلوغ الاماني

(٤) حاشية الشرقاوي على التحرير ج / ٢ / ٩٠

الا ان تطوع ، وذكر له الرسول صلى الله عليه وسلم الزكاة . فقال هل على غيرها  
قال : لا . الا ان تطوع " (١)

وما روى عن ابي هريرة رضى الله عنه : " ان اعرابيا اتى النبي صلى الله عليه وسلم  
فقال : دلني على عمل اذا علمته دخلت الجنة . قال : تعبد الله ولا تشرك به شيئا  
وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدى الزكاة المفروضة وتصوم رمضان . قال : والذي نفسى بيده  
لا ازيد على هذا . فلما ولى قال / من سره ان ينظر الى رجل من اهل الجنة فلينظر  
الى هذا " (٢) .

فدل الحد يثان السابقان على ان الواجب من الصدقة الزكاة فقط وما عداها فتيسر  
تسري مند وباليه . ومن ذلك العارية وغيرها من التبرعات فى الجملة .

وان اثبت بهذا ان العارية فى الاصل مندوب اليها فقد يعرض لها عند جماهير  
الفقهاء ما يجعلها واجبة او مباحة او محرمة او مكروهة وعلى هذا فتحريمها الاحكام  
الخمسية عندهم .

فتكون واجبة : اذا كان طالبها مضطرا لها ، كإعارة مصحف لمحتاج الى قراءة فيه  
ولم يجد غيره ، ان لم يكن مالكه محتاجا اليه ، وإعارة كل ما فيه احياء مهجة محترمة  
لا اجرة لثله ونحو ذلك . (٣) وتكون مباحة : لغيرها . وقال المدونى المالكية  
وفى ذلك نظر ، لاحتمال كراهتها فى حقه لثناه عنها (٤)

(١) هذا الحديث اخرجه البخارى فى كتاب الايمان ، باب الزكاة فى الاسلام ، واخرجه  
الامام مسلم فى كتاب الايمان ايضا ، باب بيان الصلوات التى هى احد اركان  
الاسلام . انظر صحيح الامام البخارى ج ١٤ / ١ / صحيح الامام مسلم ج ٣١ / ١ /

(٢) هذا الحديث اخرجه البخارى فى كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة وقوله تعالى :  
واقيموا الصلاة واتوا الزكاة " - انظر صحيح البخارى ج ١٠ / ٢ /

(٣) حاشية المدونى على شرح الخرشى ج ١٢١ / ٦ / مطبوعتها مشر الخرشى ، الرملى  
نهاية المحتاج السى شرح المنهاج ج ١١٦ / ٥ / ، الشريئى مننى المحتاج  
ج ٢٦٤ / ٢ / ، حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج ٥١٩ / ١ / ، البهوتى

كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٦٤ / ٦٣ /

(٤) المراجع السابقة .

وتكون محرمة : اذا كانت العين الممارسة محرمة شرعا . او ساعد على الوقوع في الحرام  
كإغارة آلات اللهو والغناء او الامة الشابة للاعزب الشاب ونحو ذلك . (١)

وتكون مكروهة اذا كانت تعين على امر مكروه شرعا . كاستئثار ابوية للخدمة ، لانه  
يكره للولد استغناء امه فكرهت استغارتها لذلك (٢)  
والله تعالى اعلم .

وهذا انتمى الى ختام الكلام عن الباب الثاني من هذه الرسالة . وقد كان في تعريف  
العارية وادلة مشروعيتها وحكمة تشريعها وحكمها . فارجو ان اكون قد وفقت فسى  
بحثه ودراسته . والله المستعان .

---

(١) المراجع السابقة

(٢) المراجع السابقة

## الباب الثالث : في أركان عقد المارية

سبق أن بينت معنى الركن في اللغة العربية ، ومعناه في اصطلاح الفقهاء في الباب الاول ، فلا داعي لاعادة ذلك . الا ان الشيء الذي يحسن ان اذكر به هنا مما قلته سابقا في الباب الاول : أن عدد اركان العقد عند جمهور الفقهاء أربعة : الصيغة ، والمعاقدان وحمل العقد . اما عند الاحناف فليس للعقد عندهم الا ركن واحد هو الصيغة فقط .

ولما كانت المارية عقد من العقود فان الخلاف في عدد اركان العقد يشتملها وعلى هذا فان اركان عقد المارية عند الجمهور اربعة ، الصيغة والمعير والمستعير والمعين المارة . اما عند الاحناف فالصيغة فقط .

هذا ، ولقد ذكرت سابقا في الباب الاول ، ان الخلاف بين الفقهاء في هذا الامر خلاف لنظري لا تنبني عليه ثمرة في المجال المطلى ووجدت هناك ان ابيين هنا بعض ما يتعلق بهذه الاركان من شروط واحكام . وفيما يلي فصلان لبيان ذلك :

### الفصل الاول : في صيغة عقد المارية

المبحث الاول : في تعريف الصيغة

المبحث الثاني : في آراء العلماء في اعتبار القبول من المستعير ركنا .

المبحث الثالث : في وسائل التعبير عن ارادة عقد المارية .

### الفصل الثاني : في المعير ، والمستعير ، والمعين المارة .

المبحث الاول : الشروط المحتمرة في المعير .

المبحث الثاني : الشروط المحتمرة في المستعير .

المبحث الثالث : الشروط المحتمرة في المعين المارة .

المبحث الرابع : واجب المستعير تجاه المعين المارة .

## الفصل الاول : في صيغة عقد العارية

### المبحث الاول : تعريف الصيغة

تطلق كلمة الصيغة ، في اللغة العربية ، ويراد بها : الهيئة ، والهيئة هي : الحال التي يكون عليها الشيء . قال في المعجم الوسيط : " الصيغة : الصوغ واستعمل كثيرا في الحلى وقالوا : هو من صيغة كريمة : من اصل كريم ، وصيغة الامر كذا ، وكذا هيئته التي بنى عليها صيغة الكلمة هيئتها ، الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها وتجمع على صيغ . قالوا : اختلفت صيغ الكلام : تراكييمه و عباراته . (١)

وتطلق الصيغة عند الفقهاء ويراد بها : الاداة ، او الوسيلة التي يتم بها التعبير عن ارادة الماقدسين في ابرام العقد من ايجاب وقبول . (٢)

- 
- (١) الزيات - المعجم الوسيط ج / ١ / ٥٣ ، مادة ( صوغ ) ج / ٢ / ١٠١٢  
مادة ( هياء ) الشيرازي - القاموس المحيط ج / ٣ / ١١٠ ، مادة ( صاغ ) .  
(٢) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٢٤٢ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣ / ٦ وما بعدها ، ٤٥٦ وما بعدها ، البهوتي كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ١٤٦ وما بعدها ج / ٤ / ٦٢ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٥ ، ج / ٦ / ١٢٣ ، حاشية الطيلاوي على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٥ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٦ / ٢٩٨٣ . ويلاحظ هنا انه لما كانت الصيغة في اللغة العربية تعنى الهيئة التي يكون عليها الشيء ، فالمعنى الاصطلاحي للصيغة حينئذ لا يبعد كثيرا عن المعنى اللغوي لها لان اداة التعبير عن الارادة ، تحدد في الواقع نوع التصرف وهيئته وحاله . اذ بدون هذه الاداة لا يمكن معرفة نوع التصرف المرغوب فيه .

والايجاب في اللغة العربية : الالتزام والاثبات . قال في المعجم  
الوسيط : " وجب الشيء يجب وجوها ، ووجهه ، وجبة : لزم وثبت " (١)  
وأما القبول ، فهو مصدر من قبلت العقد ، اقبله من باب تمب . قبولا  
بالفتح والضم ، لغة حكاهما ابن الاعرابي وهو : اخذ الشيء عن طيب خاطر (٢) .  
واما عند الفقهاء فلهم فيها اصطلاحان :

الاصطلاح الاول : أن الايجاب ما صدر اولا من احد المتعاقدين بالا على  
رضاه بالعقد . والقبول : هو ما صدر ثانيا من احد المتعاقدين جوابا لـ  
بالموافقة على ما اوجبه . فاذا ابتداء المعير فقال : اعرتك بيتي كان قوله هذا  
ايجابا . فاذا وافق الطرف الاخر كانت موافقته حينئذ قبولا .

وكذا لو ابتداء المستعير فقال : اعزني دارك هذه . فاجابه الطرف الاخر  
بالموافقة كان قول المستعير ايجابا وقول المعير قبولا . فالعبرة بما صدر اولا من احد  
المتعاقدين . والواقع ان القبول ايجاب ايضا لما فيه من معنى الاثبات والالتزام بما  
أثبتته الاول . الا ان اصحاب هذا الاصطلاح خصوا الاثبات الاول بتسميته ايجابا  
لانه اثبت للاخر حق القبول . كما خصوا الاثبات الثاني بتسميته قبولا تمييزا  
له عن الاثبات الاول ولانه يقع رضا قبولا لما اثبتته الاول .  
والى هذا الاصطلاح ذهب فقهاء الاحناف (٣)

(١) الفيروزباني - القاموس المحيط ج ١ / ١٣٦ مادة ( وجب ) الزيات - المعجم  
الوسيط ج ٢ / ١٠٢٣ مادة ( وجب )

(٢) الفيروزباني - القاموس المحيط ج ٤ / ٣٤ مادة ( قبل ) - الزيات المعجم  
الوسيط ج ٢ / ٧١٨ مادة ( قبل )

(٣) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٤٨ / ٢٤٩ ابن نجيم - البحر الرائق  
شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٢٨٣ / ٢٨٤ - الحنفى - الدر المختار شرح تنوير  
الابصار ج ٣ / ٤ / ٥ مطبوع بهامش حاشية الطحاوي .

الاصطلاح الثاني : ان الايجاب : ماسدر من المملك : دالاعلى رضاه بالمعقد  
سواء اصدر اولا او ثانيا .

ففى عقود الممارضات اذا قال البائع وهو المملك هنا لشخص اخر / : بعثك هذه  
السلعة بكذا . اعتبر هذا القول من المملك ايجابا . فاذا قال المملك وهو المشتري  
اشترت . كان ذلك قبولا ولا يغير هذه التسمية ان يتدئ المشتري اولا فيقول  
اشترت منك هذه السلعة بكذا . فيقول البائع : بعثك . حيث يبقى ماسدر  
من البائع على تسميته ايجابا عند اصحاب هذا الاصطلاح وان تاخر كما يبقى ماسدر  
من المشتري على تسميته قبولا وان تقدم .

وكذلك الامر فى عقود التبرعات . فاذا قال شخص لآخر : اعرتك او وهبتك سيارتى  
كان قوله هذا ايجابا . واذا وافق الطرف الاخر على ذلك فقال : قبلت . كان  
تصرفه هذا قبولا . ولا يغير هذه التسمية ان يتدأ المستعير بطلب المارضة  
فيوافق المخير . لان الايجاب عند اصحاب هذا الاصطلاح كما سبق : اسم  
لما صدر من المملك دالاعلى رضاه ، والقبول : ماسدر من المملك دالاعلى رضاه  
سواء اصدر ذلك اولا او ثانيا والمملك هنا هو المخير ، لانه اثبت للمستعير ملك  
المنفعة للمعين المارة . والمملك هو المستعير لتملكه تلك المنفعة بتمليك المخير له .  
والى هذا الاصطلاح ، ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية  
والحنابلة (١) .

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ٥ . حاشية الجمل على شرح المنهج  
ج / ٦ / ٥ / ١ شن ابن قاسم الشزى على متن ابي شجاع ج / ٣٤١ / ١ / ١ مطبوعه مطبعه  
حاشية الباجورى وانظر ايضا هذه الحاشية . الشيرازى - المذهب ج / ٢٦٤ / ١ / ١  
ابن قدامة - المعنى ج / ٤٨٠ / ٣ / ٤٨١ . البهوتى - كشف القناع  
عن متن الاقناع ج / ١٤٦ / ٣ / ١ ، ابن عبد الوهاب مختصر الانصاف والشرح الكبير ٢٦٨



والواقع أن الخلاف بين الجمهور والاحناف خلاف في الاصطلاح فقط ، والخلاف في الاصطلاح امر لا تترتب عليه ثمرة عملية وما كان كذلك فلا تجرى فيه المشاحة  
اذ لا مشاحة في الاصطلاح .

الا أن اصطلاح الاحناف فيما يظهر لي ادق واسهل . في التمييز بين الايجاب والقبول . اذ بإمكان الانسان ان يفرق بينهما بمجرد ان يعلم اى الاثباتين صدر  
اولا ولا يحتاج الى معرفة المملك من المملك وما لاشك فيه ان الاصطلاح كلما كان  
واضح الدلالة على المراد ، كان اولى من غيره بالاعتبار . والله أعلم .

المبحث الثاني

آراء العلماء في اعتبار القبول من المستعير ركنًا في عقد العارية

لما كان عقد العارية عقد تبرع ، وفي عقود التبرعات ، لا يقدم المتبرع له عوضًا عما تبرع له به كان في اعتبار قبوله ركنًا في عقد العارية خلاف بين الفقهاء وفي ذلك قولان :

القول الأول : ان الإيجاب من المستعير ركن في عقد العارية . واما القبول من المستعير فشرط لثبوت التصرف في منفعة العين المعارة لاسبب لذلك حتى ان من حلف بالإعارة يحث ان اوجب عقد العارية ولم يقبل الطرف الآخر .

والى هذا القول ذهب الاحناف وهو ظاهر ما ذهب اليه كل من الحنابلة والمالكية . د

القول الثاني : ان الإيجاب والقبول ركنان في عقد العارية ، حتى ان من حلف لا يصير ، لا يحث ان اوجب عقد العارية ولم يقبل الطرف الآخر .  
والى هذا القول ذهب الشافعية والامام زفر من الاحناف . (٢)

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٧ / ٣٦٦٩ ، نظام الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٦٣ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٦ / ٢٥٣ ، ابن قدامة المنفى ج / ٩ / ٥٢٨ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩١ شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٣٠

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٧ / ٣٦٦٩ ، نظام الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٦٣ ، الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٧٠ ، الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٤ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٢٩ / ٤٣٠ ، الخضراوي - المقاصد / ١٠٢ د

ذلك لان عقد العارية ايجاب حق لادى ، فلا يصح الا بايجاب وقبول ، كالبيع فهو عقد والعقد لا بد له من ذلك وهايه فلا ينحقد عقد العارية بدونها كسائر العقود .

ويمكن ان يناقش هذا : بان قياس عقود التبرعات على عقود المعاوضات كالبيع ونحوه في اعتبار كلام من الايجاب والقبول . ركنا في العقد امر لا يخلو من نظر لان البيع وما شاكله من عقود المعاوضات اسم للايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع في اللغة والاصطلاح على احدهما دون الاخر وعليه فمالم يوجد الا يتسم التصرف بسمه البيع بخلاف عقود التبرعات فهي اسم للايجاب من المتبرع وحده في اللغة والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو ما دل عليه اللفظ لغة (١) . وعلى هذا فالراجع ، والله اعلم القول الاول ، اى ان الايجاب من المبر هو : الركن . واما القبول من المستعير فشرط لثبوت ملكه للمنفعة ، وذلك نظرا الى ان الهبة في اللغة العربية سواء كانت هبة للمعين او للمنفعة اسم للالتزام من جانب المتبرع وحده .

فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " لا تجوز الهبة الا مقبوضة " (٢)

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٦٧٠

(٢) قال الزيلعى في تخريج هذا الحديث : غريب . ورواه عبد الرزاق من قول النخعى ورواه في اخر الصايبا من مرفعه فقال : اخبرنا سفيان الثورى عن منصور عن ابراهيم : لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل ان تقبض .

قلت : روى في الهاب ، آثار صحيحة يمكن بمجموعها ان يستقيم امر هذا الحديث انظر : الزيلعى - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٢١ / ١٢٢ ، الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ١٠٢ / ١٠٣ .

فاطلق اسم الهبة ، بدون القبض ، والحيازة .

وروى عن الصحب بن جثامة ، انه اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم  
حمارا وحشيا وهو بالابواء ، او ببودان (١) ، فرده عليه ، فلما رأى ما في وجهه  
قال : انا لم نرده عليك ، الا انا حرم . (٢) .

وروى ان امير المؤمنين ابا بكر الصديق رضی الله عنه دعى ابنته عائشة ام المؤمنين  
رضی الله عنها في مرض موته ، فقال لها : اني كنت نحلتك جداد عشرين  
وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث (٣)  
فاطلق الصديق اسم النحل على ذلك بدون قبض وهي من الفاظ الهبة .

الحل

فقدل هذا الحديث وما سبقه ، ان الهبة في لغة العرب اسم للايجاب  
وحده من الواهب دون القبول من الموهوب له .

وكذلك سائر عقود التبوع ومنها العارية اذ لا فرق بين الهبة والعارية فحايصة  
ما هنالك ان الهبة تبرع بالعين والعارية تبرع بالمنفعة .

(١) الابواء - بفتح الهزة وسكون الموحدة والبد : جبل من اعمال الفرع بضم الفاء  
والراء وقوله : " اهودان " شك من الراوي وهو فتح الواو وتشديد الدال اخره  
نون : موضع بقرب الجحفة . انظر في هذا : الشوكاني - نيل الاوطار / ٥ /  
٠٨٧

(٢) هذا الحديث متفق عليه اخرجه الامام البخاري في كتاب الحج باب اذا اهدى  
للمحرم حمارا وحشيا حيا لم يقبل . واخرجه الامام مسلم في كتاب الحج ايضا باب  
تحريم الصيد للمحرم . انظر صحيح الامام البخاري ج / ٣ / ١٢ - صحيح الامام  
مسلم ج / ٤ / ١٣ .

(٣) هذا الحديث اخرجه الامام مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عن  
عائشة ورواه البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب عن حنظلة  
ابن ابي سفيان عن القاسم بن محمد نحوه . انظر : الشوكاني نيل الاوطار من  
احاديث سيد الاخير ج / ٦ / ١٠٢ / ١٠٣ الزيلعي - نصب الراية لاحاديث  
الهداية ج / ٤ / ١٢٢ . شرح الزرقاني على موطأ مالك ج / ٤ / ٤٤ / ٤٥ .

واذا ثبت ذلك فان الاصل كما سبق ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه  
اللفظة وقد رد اللفظ  
اللفظ هنا على ان الهبة اسم للالتزام من جانب الواهب وحده سواء اكانت الهبة  
هبة عين او هبة منقعة .

" ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدع والشئ باظهار الجود والسخاء وهذا  
يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة  
المحلف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه منه . فاما  
القبول والقبض فتعمل الموهوب له ، فلا يكون مقدر الواهب " (١)

ولهذا لا يقال لمن حلف ان لا يتبرع فواجب ذلك فلم يقبل المتبرع له بانه لم يتبرع  
وانما يقال تبرع الا ان الطرف الاخر لم يقبل .

ثم لما كانت المعاوضات مبنية على المبادلة بين المتعاقدين فكل منها يخرج عن ملكه  
ملا ويدخل فيه ما يقابله من مال صاحبه كان لابد من معرفة رضا الجانبين بكل من  
الداخل والخارج ، ورضا الجانبين بذلك لا يتم الا بايجاب وحده بل لابد من القبول  
ايضا ولهذا كان القبول والايجاب ركنا في عقود المعاوضات باتفاق . (٢)

أما في التبرعات فلما كان احد الطرفين وهو المتبرع يخرج من ملكه المال ،  
ولا يدخل فيه ما يقابله من الطرف الاخر كان المعتبر رضا المتبرع وحده ، نظرا الى انه  
الملتزم باخراج المال . اما الطرف الاخر فلا يعتبر ملتزما بشئ ما فلا حاجة لقبوله  
كركن في العقد والمنفعة المتبرع بها في عقد المارية تخرج من يد مالكها دون ان يدخل

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٦٢٠

(٢) المرجع السابق ج ٨ / ٣٦٦٩ / ٣٦٢٠

وانظر الهابرتي - شن الصناية على الهداية ج ٩ / ١٩ / حاشية سعدى افندي

في ملكه عوضا عنها فالملتزم هنا هو المالك للعين ، اما الطرف الاخر فلا يلتزم  
بمعرض ما تقبله شرط ثبوت الملك والتصرف في المنفعة المملوكة له ، لاسباب  
لوجود العقد .

لهذا ، وجب ان يتم العقد بايجاب المالك ، لكن لا يملك الطرف الاخر  
اي تصرف في منفعة العين مالم يقبل على اعتبار ان قبوله شرط لثبوت الملك والتصرف  
لا يصح مالم يثبت الملك (١) ، وذلك كالاترار والوصية فكل منهما التزام من طرف  
واحد وهو التزام تام لا يتوقف على قبول الطرف الاخر .

فلو حلف لا يقرب ولا يوصي بشيء فاقرا او وصي ولم يقبل الطرف الاخر لا يقال : ان  
الملتزم هنا لم يقرب ولم يوصي نظرا لان الطرف الاخر لم يقبل . بل يقال : اقرب  
او وصي الا ان الطرف الاخر لم يقبل .

ولهذا يحدث كل من الموصي والمقرا اذا حلف لا يقرب او لا يوصي فاقرا او وصي  
وان لم يقبل الطرف الاخر . (٢)

وكذا العارية وما شاكلها . التزام بالتبرع من جانب واحد فيتم العقد بايجاب  
هذا الجانب بخلاف النظر عن قبول الجانب الاخر .  
ولا يقال : بان في هذا الزاما للملك على الشريد من قبوله . وهو لا يجوز ، لان  
للمتبرع له ان يرفض ذلك الايجاب فاذا رفضه لم يثبت العقد . والله أعلم .

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر المراجع السابقة .

### المبحث الثالث

#### وسائل التعبير عن ارادة العقد

سبق أن الصيغة : عبارة الوسيلة التي يتم بها التعبير عن ارادة العقد لان الارادة والرضاء امران نفسيان لا يمكن الاطلاع عليهما ولا التعرف على تحققهما الا بوسيلة واداة تكشف عنها ، ومن هنا فيشترط في هذه الوسيلة ان تكون ذات دلالة واضحة على ارادة العقد . ثم ان هذه الوسيلة قد تكون لفظا وقد تكون كتابية او رسالة او اشارة او فعلا وهو ما يسمى بالتعاطي عند الفقهاء \* (١)

وفيما يلي ساحاول بيان حكم التعبير بهذه الوسائل عن ارادة العقد عند الفقهاء في ستة مطالب :

- المطلب الاول : في التعاقد بواسطة اللفاظ .
- المطلب الثاني : في التعاقد بواسطة الكتابة .
- المطلب الثالث : في التعاقد بواسطة الرسالة .
- المطلب الرابع : في التعاقد بواسطة الاشارة .
- المطلب الخامس : في التعاقد بواسطة التعاطي .
- المطلب السادس : في التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة

(١) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٢٤٢ .

المطلب الاول : في التعاقد بواسطة الالفاظ

لا أعلم خلافا بين الفقهاء في جواز التعاقد بالالفاظ لانها الاصل في التعبير  
فهي ادل من غيرها على اظهار الرغبة في العقد والرضا به وادق الوسائل ووضحها  
لابراز ما يمتثل في صدر الايمان وما يختلج في نفسه . (١)

قال الشاعر :

ان الكلام لفي الفؤاد وانما . . . جعل اللسان على الفؤاد دليلا

وينعقد عقد العارية عند الفقهاء بكل لفظ يدل على ارادة هذا العقد ولا اعلم فـ  
ذلك خلافا بين الفقهاء . (٢)

ثم لما كانت الالفاظ منها ماهو واضح الدلالة على المراد بسبب كثرة الاستعمال  
ومنها ماهو مستتر الدلالة بالاستعمال وان كان معناه ظاهرا في اللغة العربية فقد قسم  
الفقهاء اللفظ الصالح للتعبير عن الارادة الى صريح وكتابة :

وفي السطور التالية سابين ان شاء الله معنى كل منهما وموقف الفقهاء من انعقاد  
العقد بواسطتهما .

---

(١) ابن بھيم - البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج ٢٨٥/٥/ وابعدها ج ٢٨٠/٧/

٥ ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكلمة رد المختار ج ٣٨٤/٨/ وابعدها ٥

شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل ج ١٣٧/٥/ ٥ ابن قدامة - المغنسي

الدردير الشن الكبير ج ٣٩١/٣/ ٥ ابن مفلح - المدعي في شن المقنع ج ١٣٧/٥/

ابن قدامة - المفتي ج ٢٨٠/٣/ وابعدها ٥ ج ١٦٦/٥/ ٥ البهوتي

كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٦٢/٤/ ٥

(٢) انظر المراجع السابقة ٥١



اللفظ الصريح :

الصريح في لغة العرب : هو البين الشاهر كما يطلق ويراد به الماني الخالص  
ما يشوه (١) وعرفه القمها بتعريفات متعددة :

عرفه الاحناف ، فقال قاضي زادة منهم : الصريح ما انكشف المراد منه فليس  
نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة ، والمجاز المتعارف\* (٢)

وعرفه المالكية بانه " ما يدل على معنى لا يحتمل غيره الا على وجه الهمد\* (٣)

وعرفه الشافعية بانه " اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الاطلاق\* (٤)

وعرفه الحنابلة بانه " ما لا يحتمل غيره بحسب الوضع المعرفي من كل شئ\* وضع

له اللفظ من طلاق وعتق وظهار وغيرها\* (٥)

وكلها تعاريف متقاربة تدل على ان اللفظ الصريح في الجملة : " لفظ

مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان اوجازا\* (٦)

---

(١) الفيروزبازي - القاموس المحيط ج ١ / ٢٣٣ / ٢٣٤ مادة (صح) ، الزيات

المعجم الوسيط ج ١ / ٥١٤ مادة (صح)

(٢) قاضي زادة - نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار \* تكملة فتح القدير\*

ج ٧ / ٦ / ٩٠ ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج /

٣٨٥ / ٨ ، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٣ / ٢٦٩ .

(٣) القراني - الفرق ج ٣ / ١٥٢ ، الفرق (١٦١) وانظر تهذيب الفرق

بهما من الفرق ج ٣ / ١٩٠ .

(٤) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٩٣

(٥) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع / ٢٤٥ / ٥

(٦) الجرجاني - التعريفات / ١١٦ ، المقرئ - الصياح المنبرج / ١ / ٣٦١ ،

التويجري عقد الكفالة /

## الصَّحَد

فإذا اظهر العقاد ارادته للعقد بواسطة هذا اللفظ ثبت حينئذٍ موجه وان لم تتوفر لديه نية التعاقد ولا اعلم خلافاً بين القهاء في ذلك \* (١)

ومن الالفاظ المريحة في عقد العارية : اعراك ، جوابا لاعرنى ، كذا لصدى ، احتمال هذين اللفظين لغير عقد العارية بسبب كثرة استعمالها فيه ولا اعلم خلافاً بين القهاء في ذلك \* (٢)

وزاد الاحناف والحنابلة على هذين اللفظين الالفاظ التالية :

- ١ - اخذتكَ عدي . لان ذلك اذن باستخدام العهد فيراد به العارية .
- ٢ - دارى لك سكن . ودارى لك عمرى سكن \* لان قوله دارى لك محتمل ان يكون له رقيبتها ويحتمل ان يكون له منفتحتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله : سكنى ، خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل \* (٣)

(١) التفتازانى - شرح التلويح على التوضيح ج ١/١٢٢ . واماد افندي

- مجمع الأنهر شن ملحقا بحرج ٢/٤/٥ ، القراني - الفروق

ج ١/١٢٨ ، الفرق (٢٩) ، البهوتي - كشاف القناع ج ٥/٤٤٦ ،

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق ج ٥/٨٤ ، الدردير -

الشرح الصغير ج ٢/٢٠٦ مطبوع بهامش بلغة السالك حاشية الجمل على شرح

المنهج ج ٣/٤٥٧ ، البهوتي - كشاف القناع ج ٤/٦٢ .

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥/٨٤ ، ابن مطلق - المبدع في شرح المقنع

ج ٥/٣٧٠ .

ذكر الاحناف ايضا : " اطمعتك ارضى " لان الاطعام اذا اضيف الى مالته كل عينه يراد به ما يستعمل منه مجازا لانه محله " (١) ولم اجد فيما اطلمت عليه من كتب الفقهاء ، ذكر لهذا اللفظ .

وزاد الحنابلة على الالفاظ السابقة : " غلة هذه العين لك " قال ابن مفلح منهم : " لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفى بضى الزمان شيئا فشيئا وتبطل بموت احدهما " (٢)

وزادوا ايضا ، على الالفاظ السابقة بما يلي : اعطى هذه الدابة لاركبها او لاحمل عليها ، واسترح على هذه الدابة او ابحتك الانتفاع بها لدلالة هذه الالفاظ على ارادة عقد العارية دون غيره " (٣)

ذكر الشافعية من الالفاظ الصريحة في عقد العارية : ابحتك الانتفاع بهذه العين او خذها لتنتفع بها اواركب هذه الدابة اواركني هذه الدابة او اذنت لك بركوبها ونحو ذلك . قال الرملى من الشافعية ، بعد ان ذكر هذه الالفاظ : " وظاهر كلامهم صراحة جميع هذه الالفاظ ونحوها وانه لاكتابة للعارية وفيه توقف ظاهر " . (٤)

وهلق الشيراطسى على ذلك فقال : " قوله : وفيه توقف لوقيل : ان نحو خذها او ارتفق به كناية لم يحدد ولا يضر صلاحية خذها للكتابة في غير ذلك " (٥)

- 
- (١) الزيلعى تبين الحقائق ج / ٥ / ٨٤
  - (٢) ابن مفلح - الصدع في شرح المقنع ج / ٥ / ٣٧٠
  - (٣) البيهقى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٢
  - (٤) الرملى ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٢ / ١٢٣ ، الاردبيلى - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢١
  - (٥) حاشية الشيراطسى على نهاية المحتاج ج / ٥ / ١٢٣ .

والذى يهمننا مما سبق ان فقهاء المذاهب القهية متفقون على ان كل لفظ يستدل  
دلالة واضحة على اراد تعدد العارية د ون ان يحتمل غيره فهو لفظ صريح في التعبير  
عن هذا المقعد . (١)

وهلى هذا فكل لفظ فهم منه النظم اراد تعدد العارية د ون غيره من المقعد  
فهو لفظ صريح فيه .

### اللفظ الكنائى :

الكناية فى اللغة العربية مأخوذة من " كنى " به عن كذا ويكنو كناية : تكلم بما  
يستدل به عليه . وان تتكلم بشىء وانت تريد لغيره ، او بلفظ يجازبه جانباً  
حقيقة او مجازاً . (٢)

واما فى اصطلاح الفقهاء فلهم فى ذلك عدة تعاريف منها :

ما جاء فى البحر لابن نجيم ان الكناية : ان يعبر عن شىء معين لفظاً كان  
او معنى بلفظ غير صريح فى الدلالة عليه ، اما للايهام على بعض السامعين كقولك  
جاءنى فلان وانت تريد زيدا ، وقال فلان : كيت وكيت ايها ما على بعض من يسمع  
اول شناعة المعبر عنه كمن فى الفرج او للاختصار ، كالضمائر او لنوع من الفصاحة  
كفلان كثير الرماد او لغير ذلك . (٣)

ومنها ما جاء فى الفرق للقرا فى من ان الكناية : ما ليس موضعها للمعنى المراد لثمة  
لكن يحسن استعماله مجازاً لوجود الملاقة القرية بينهما . (٤)

- 
- (١) انظر ص من هذه الرسالة  
(٢) الفيروزبازى - القاموس المحيط ج / ٤ / ٣٨٤ مادة " كنى " - المعجم  
الوسيط ج / ٢ / ٨٠٨ مادة " كن " .  
(٣) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٢ / ٣٢١  
(٤) القرائى - الفرق ج / ٣ / ١٥٣ ، الفرق (١٦١) .

ومنها ما جاء في كشف القناع من انها " ما يحتمل غير المعنى المراد ويدل على معنى الصريح " (١)

وما سبق يتضح أن الكتابة عند الفقهاء في الجملة " اسم لكلام استتر المراد منه بالاستعمال وان كان معناه ظاهرا في اللغة وسواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز فيكون هناك تردد فيما اراد به " (٢) وعلى هذا فلا بد من الغيبة أو ما يقسم مقامها " (٣)

ومن الالفاظ الكنائية في عقد العارية لفظان ذكرهما الاحناف وهما " حملتك ومنحك " . اما حملتك " فلانه لفظ يستعمل في العارية والمهبة على حد سواء ، فيقال حمل فلان فلانا على دابته ويراد به المهبة تارة والعارة اخرى . فاذا نوى المعتبر بالشك " (٤) . واما منحك فاختلف به فقهاء الاحناف :

فذهب جماعة منهم : الى ان هذا اللفظ لفظ صريح في العارية لقوله عليه الصلاة والسلام : " المنحة مردودة والعارية مؤداة " (٥) واصل المنح ان يعطى الرجل

---

(١) الهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع .

(٢)

(٣) السيوطى - الاشباه والنظائر / ٢٩٣ / ٢٩٤ ، القرافى - الفرق ج / ١ / ١٧٨

الفرق (٢٩) ، الهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٥ / ٤٤٦ الزيلعى  
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤

(٤) ابن عابدين - حاشية قرعة يمون الاخيار ج / ٨ / ٣٨٥ - الزيلعى - تبيين الحقائق ج / ٥ / ٨٤

(٥) هذا الحديث سبق تخريجه . انظر من هذه الرسالة .

ناقاة او شاة ليشرب لهنها ثم يردھا اذا ذهب درھا ثم كر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح ، فاذا اريد بهذا اللفظ الهبة ، افاد ملك المين والا بقى على اصل وضعه .

ومن ذهب الى هذا القول منهم ، المرغيناني في كتاب الهبة و شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجاني وابن نجيم . (١)

وذهب اخرون منهم : الى ان " منحتك " حقيقة في تملك العين ، مجاز ، ففى تملك المنفعة . قال ابن عابدين بعد ذكر هذا القول : " ويحتمل ان يكون الامر بالعكس " اى بان تكون حقيقة فى تملك المنفعة مجاز فى تملك العين . (٢)

وفصل فى هذا الامر شيخ الاسلام ابو بكر خواهر زاده فقال : " اذا قال : منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون : اعادة وان اضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لان المنحة تذكر ويراد بها العارية . قال النبی صلى الله عليه وسلم : " والمنحة مردودة " و اراد به العارية لان الهبة لا تكون مردودة وانما المردود العارية وتذكر ويراد بها الهبة : قال منيح فلان فلانا . اى وهب له ، واذا كانت اللفظة سالحة للامرین جميعا والعمل بهما متعذر فى عين واحدة لان المعنى الواحدة لا يتصور ان تكون فى محلين عارية وهبة فى وقت واحد عملنا بهما مختلفين . قلنا : اذا اضيفت المنحة الى عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل عارية واذا اضيفت الى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما فى المكيل والموزون توفيراً على الممينين حظهما بقدر الامكان . (٣)

(١) الرغيناني - الهداية شرح بداية المتهدى ج ٢٦/٩ مطبوع مع تكملة فتح القدير والنهاية وحاشية سعدى . حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبیین الحقائق ج ٨٤/٥ . مطبوع بهامش تبیین الحقائق للزلىمى . ابن بخيم

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢٨٠/٧

(٢) ابن عابدين - منحه الخالق على البحر الرائق ج ٢٨٠/٧

(٣) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبیین الحقائق للزلىمى ج ٨٤/٥ .

والذي يظهر من تعريف الصريح والكناية ان معرفة دلالة هذه الالفاظ راجع الى ما اصطلح عليه الناس فما اصطلحوا على انه مما لا يحتمل معناه امر اخر فهو صريح فينمقد العقد به بدون نية والا فكناية لا ينمقد برواينية . والله اعلم .

### المطلب الثاني : التعاقد بواسطة الكتابة :

الكتابة هي احدى الوسائل المترجمة عما يدور في نفس نفس الانسان من احساس ورغبات فهي اداة تعبير تكشف عما يريد الانسان وما لا يريد وتصح عما يجول في خاطره من مشاعر وممان يرغب في ابدائها لنبيه .

الا ان الكتابة مهما كشفت عن الارادة بشكل واضح فاللفظ اوضح منها بلا شك فهي <sup>وسيلة</sup> ~~كوسيلة~~ للتعبير عن الارادة تحتل المركز الثاني بعد النطق باللسان . فاللفظ اصدق وسائل التعبير عن الارادة وادلها على المراد لانه الاداة المعتادة للتعبير عما يريد الانسان ويرغب فيه والوسيلة الطبيعية والواضحة عند جميع البشر . فالاصل في التعبير عما يجول في صدر الانسان هو اللفظ وما عدا ذلك من كتابة وغيره فهدائل عنه .

ولما كان اللفظ اولى من الكتابة في التعبير عن الارادة كان في جواز التعاقد بالكتابة خلاف بين الفقهاء ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : يصح انشاء العقد بالكتابة سواء كان المتعاقدان حاضرين في المجلس ام غائبين وسواء منعهما النطق مانع كخرس ونحوه او لم يمنع منه مانع ما . ويستثنى من ذلك كل عقد يتوقف على الاشهاد فلا ينمقد بمجرد الكتابة بل لابد من سمع الشهود لكل من الايجاب والقبول حتى يتسنى لهم الشهادة على وجود الرضا بين المتعاقدين .

والى هذا القول ذهب الحنابلة واليه ذهب الشافعية في احد القولين عنهم وهو

المذهب كما قال في الروضة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية اذ ان المقدم ينقصد  
عندهم بكل ما يدل على الرضا والى هذا ذهب الاحناف اذ اكان المتعاقدان غائبين (١)  
اما التعاقد بالكتابة بين حاضرين فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم - ذكرنا -  
ولعلمهم انما اطلوا الكلام عليه لندرة التعاقد بين الحاضرين بهذه الوسيلة - وعدم  
حاجتها اليها في الغالب وقد لا يعنى عدم ذكرهم لذلك عدم الاعتداد بالكتابة كوسيلة  
لانشاء عقد الحاضرين خاصة وانهم يقولون بصحة التعاقد كوسيلة للتعبير عن  
ارادة المقدم ولاشك ان الكتابة اوضح وادل من التعاقد على ارادة التعاقد .

القول الثاني : لا يصح انشاء العقد بالكتابة سواء اكان المتعاقدان حاضرين

ام غائبين ما لم يمنع من النطق باللفظ مانع كالخوس مثلا . والى هذا ذهب الشافعية  
في احد القولين عندهم . (٢)

(١) الهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ١٤٨ / ٣ ، ج / ٦٢ / ٤ - ابن مفلح  
الهدى في شرح المقنع ج / ١٣٧ / ٥ - ابن تيمية - الفتاوى ج / ٧ / ٢٩٦ وما بعدها  
من صفحات . الدردير - الشرح المنير وحاشية بلغة السالك الخليلي ج / ٤ / ٣ / ٢ /  
٢٠٦ - ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ - النووي - روضة الطالبين  
ج / ٣٣٨ / ٣ وما بعدها . الشيرازى - المهذب ج / ١ / ٢٦٤ - الشريفي - مفتي  
المحتاج ج / ٥ / ٢ - الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٤ / ٢ /  
السيوطى - الاشباه والنظائر / ٣٠٨ / ٣٠٩ - ابن الهمام - شن فتح القدير  
ج / ٦ / ٢٥٤ وما بعدها . ابن عابد بن رذ المختار الى الدر المختار ج / ٤ / ١٠ /  
١١ / - نظام الفتاوى الهندية ج / ٩ / ٣ .

(٢) الشيرازى - المهذب ج / ١ / ٢٦٤ - النووي - روضة الطالبين ج / ٣ / ٣٣٨ /  
٣٣٩ - السيوطى - الاشباه والنظائر / ٣٠٨ / ٣٠٩ - الرملى  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٣ / ٣٧٣ .



وذلك لعدم الحاجة الى الكتابة مع المقدرة على النطق خاصة وان اللفظ هو الاصل  
في التعبير عن الارادة بين جميع البشر وما سواه فهو يدل عنه فلا يترك الاصل الا للضرورة  
والضرورة مع القدرة على النطق .

فان قال قائل : بان غياب احد المتعاقدين ضرورة في صحة العقد بواسطة  
الكتابة فيمكن ان يجاب عليه بان لا ضرورة هناك . اذ بإمكان احد المتعاقدين  
ان يوكل غيره من يريد لابرام العقد حيث يوجد العقاد الاخر وهذا تنتفى  
الضرورة (١) .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بان مناط انعقاد العقد هو الرضا فكيف  
اداة تدل دلالة واضحة على تحققه ووجوده فلا مانع من استخدامها والكتابة تنفى  
بهذا الضريح ناستوت هي واللفظ في الكشف عن ارادة المتقد والرغبة فيه فليس هناك  
ما يمنع من صحة انعقاد العقد بواسطتها طالما انها قد افادت نفس النتيجة التي  
افادها اللفظ وهي الكشف عن الارادة والرغبة في التعاقد .

على ان الحاجة قد تمس للكتابة في حالة غياب احد المتعاقدين حيث تعتبر الوسيلة  
المستطاعة لاجراء العقد حينئذ اذ ليس في استطاعة كل انسان ان يسافر من اجل  
التعاقد على بيع او اجارة او اعادة او غير ذلك كما قد لا يوجد الشخص الذي يطمئن  
اليه ليوكله في ابرام العقد حيث يوجد الطرف الاخر .

فلو لم يصح التعاقد بواسطة الكتابة حينئذ لكان في ذلك من المشقة والحرص على  
الناس ما لا يتفق مع روح الشريعة الاسلامية المهيبة على اليسر والسهولة وعدم الاخلال  
بمصالى الناس والتضييق عليهم .

---

(١) المراجع السابقة .

ولهذا ، ولما سبق ، لم يجد اصحاب القول الاول مانعا من جـواز انعقاد العقد بواسطة الكتابة فاذا كتب المعير الى المستعير وهو حاضر لديه او غائب عنه : امرتك بيتي الفلاني مثلا انعقدت العارية . فاذا قبل المستعير حين وصول الكتاب في مجلس الوصول بالكتابة ايضا او بالنطق ثبت له حينئذ حقوق التصرف في منفعة العارية . (١)

ولعل هذا القول هو الراجح لما سبق ، من ان العيرة في العقود الرضا والرضا امر خفي لا يمكن الاطلاع عليه الا بوسيلة تكل ما يمكن به الكشف عنه فليس هناك ما يمنع من اعتباره وسيلة له يصح بواسطتها التعاقد والكتابة من هذا النوع فلا مانع من انعقاد العقد بواسطتها انصاحها عن الارادة كما يفصح عنها اللفظ .  
والله اعلم .

### المطلب الثالث : التعاقد بواسطة الوسالة :

الرسالة في اللغة العربية : كلمة تطلق ويراد بها التسليط والاطلاق والاهمال والتوجيه . قال في القاموس المحيط "الارسال : التسليط والاطلاق والاهمال والتوجيه والاسم : الرسالة بالكسر والفتح " . وقال في حاشية القاموس المحيط " والرسول يكون بمعنى المرسل ومعنى الرسالة " . (٢)

- 
- (١) ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٩٧ / وما بعدها من صفحات  
(٢) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / ٣ / ٣٨٤ / ٣٨٥٠ مادة (الرسول)  
الزيت - المعجم الوسيط ج / ١ / ٣٤٤ / ٣٤٥ مادة (رسل) .

والرسالة في اصطلاح الفقهاء : ان يمشاهد العاقد بين الاخر رسولا  
ليخبره بارادته للعقد ورضاه به فيقول مثلا للرسول : اذهب الى فلان واخبره بانسى  
اعرته دارى . فاذا ذهب الرسول واخبر المستمير تقبل ذلك ثبت له حق التصرف  
في المنفعة . ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

وهذا الاثنان ان العاقد اذا اوجب العقد لشخص وطلب من احد الناس ان يبلغه  
ذلك فلا يشترط لصحة العقد ان يبلغه الرسول دون غيره بل يصح العقد اذا قبل به  
بعد ان يبلغه ايجاب الموجب من <sup>اي</sup> انسان سمعه سواء كان المرسل او غيره وهذا ظاهر  
ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . (٢)

وذلك نظرا الى ان رضا الموجب بالعقد متحقق منه ان لو لم يكن راعيا في التعاقد  
لما كلف نفسه مهمة ارسال الرسول للطرف الاخر ليبلغه بايجابه .  
واذا ثبت انه راعب في التعاقد فلا فرق حينئذ بين ان يبلغه هذه الرغبة الرسول او اى  
انسان اخر . (٣)

---

(١) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٥٥ - ابن عابد بن - رد المحتار على  
الدر المختار ج ٤ / ١٠٠ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٣ / ٤ ، حاشية  
الحدوى على كفاية الطالب الربانى ج ٢ / ١١١ - الدردير - الشرح المختصر  
وحاشيته بلغة السالك للصاوى ج ٢ / ٣ / ٤ - النووى - روضة الطالبين  
ج ٣ / ٣٢٩ ، الانصارى - اسنى الطالب شرح رضى الطالب - ج ٢ / ٤ .  
الشربينى - معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المناهج ج ٢ / ٥ ، البهوتى  
- كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٢٨ ، ج ٤ / ٦٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

وهذا بخلاف ما اذا اوجب الموجب العقد ولم يكلف احداً بإبلاغ الموجب له  
فقطع احد الحاضرين فإبلاغه ذلك . فاذا قبل فلا يعتبر قبوله في هذه الحال  
سبباً لثبوت الملك له وذلك لان مبلغ الايجاب فضولي ، حيث لم يصدر من الموجب  
ما يدل على رغبته في اخبار الموجب له بما صدر منه . اذ لو رغب ذلك الامر باخباره  
والى هذا ذهب الاحناف (١) ولم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء نصاً صريحاً  
يخالف ما ذهب اليه الاحناف في هذه المسألة .

### المطلب الرابع : التعاقد بواسطة الاشارة :

اهتم الفقه الاساسي بالاشارة وناقش مدى صالحيتها للتعبير عن الارادة وللقهاء  
حيال هذا الامر رايان رئيسيان :

الرأى الاول : تعتبر الاشارة وسيلة صالحة لانشاء العقد في الجملة : مطلقاً  
سواء كان التعاقد قادراً على النطق او عاجزاً عنه .

والرأى الثاني : يفرق بين اشارة العاجز عن النطق واقادير عليه فيعتبرها من  
الاولى ولا يعتبرها من الثانية .

فكلا الرايين يتفقان اذ ن على اعتبارها من العاجز عن النطق في الجملة بغير النظر  
عن خلافهم في بعض صور المجزء .

ثم ان الاشارة التي هي محل الخلاف الاشارة المفهومة اما غير المفهومة فلا اعلم  
خلافاً بين الفقهاء في عدم اعتبارها مطلقاً الا ما حكاه الدردير عن بعض المالكية  
حيث اعتبروها من باب الكناية الخفية فيترتب عليها اثرها بالنسبة وهو قول ضعيف  
كما اشار الى ذلك الدردير لان الاشارة من باب الافعال لا من باب الكنايات . (٢)

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٥٥ - ابن عابد بن - رد المختار على

الدر المختار ج ٤ / ١٠ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٣ / ٤٣

(٢) الدردير - الشرح الكبير ج ٢ / ٣٤١ ، ج ٣ / ٣ / ٣٩١ وانظر حاشية  
الدسوقي وهي مطبوعة معه في كتاب واحد .

ولبيان ما اجتمهت سابقا ساحاول بيان ذلك في المسائل التالية :

المسألة الاولى : اشارة الناطق .

المسألة الثانية : اشارة لما جاز عن النطق .

المسألة الثالثة : بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة .

المسألة الاولى : اشارة الناطق :

اختلف الفقهاء في الاعتداد باشارة القادر على النطق لانشاء العقود ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : ان الاشارة المفهومة الدال على الرضا عرفا تعتبر وسيلةصالحة للتمبير عن ارادة العقد مطلقا سواء اكان المعبر بها قادرا على النطق او غير قادر .

والى هذا القول ذهب المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة . ويبدو والله اعلم - انه وجه عند الحنابلة . ( ١ ) .

ومن ادلها المالكية ومن معهم على ذلك ما ثبت بالكتاب والسنة رد الا على ان رضا المتعاقدين

امر بتتوقف صحة العقود على توافره كما سيأتى بيان ذلك قريبا .

والرضا امر <sup>والرضا امر</sup> متفصح له الشريعة الاسلامية معينة معينة لا يتعداها الى غيرها وانما تركت ذلك لاصطلاح الناس وعرفهم فكل وسيلة تكشف عنه عرفا فلا مانع من انشاء العقد بواسطتها سواء ادلت عليه لغة او لا . والاشارة من هذا القبيل فلا مانع من اعتبارها وسيلةصالحة لانشاء العقد متى ما فهم الناس منها الدلالة على الرضا . ( ٢ )

( ١ ) المرجع السابق . وانظر - الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٣ / ٢٠٦ . مطبوع

بهمام بلغة السالك للصاوي . الحطاب - مواهب الجليل لشن مختصر خليل

ج / ٤ / ٢٢٩ . ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٩ / ١٣ . ابن القيم - اعلام المؤمنين

ج / ١ / ٢٦٣ - المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف . ج / ٤ / ٢٦٤

( ٢ ) المراجع السابقة .

وسياتى بشيء من التفصيل بيان اذلة اصحاب هذا القول عند بيان الراجح  
في التعاقد بواسطة الاشارة (١)

القول الثانى : ان الاشارة لاتعتبر وسيلة سالحة لانشاء عقد القادر على النطق  
بخلاف الاخرس ونحوه . والى هذا ذهب الاحناف والشافعية ويبدو انه القول الراجح  
عند الحنابلة . (٢)

ومما استدلوا به على ذلك ان عدول المتكلم عن اللفظ مع قدرته عليه الى الاشارة  
يدل على عدم ارادته للعقد وان اراد بها ذلك فالاشارة لاتقصد للافهام الا نادرا  
على انه مستغن عن الاشارة بما هو ادل ووضح وليس هناك ضرورة تدفعه لاستخدامها  
دون اللفظ بخلاف الاخرس ونحوه . (٣)

وسناتى مناقشة هذا الدليل عند بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة . (٤)

### المسألة الثانية : اشارة العاجز عن النطق :

العاجز عن النطق اما ان يكون لخرس اصلى بان يولد وهو اخرس او لخرس  
طارىء وهو اما ميؤس منه او يرجى شفاؤه .

- (١) انظر ص من هذه الرسالة
- (٢) ابن نجيم . الاشباه والنظائر / ٣٤٤ . الكاسانى - بدايج الصنائع فى ترتيب  
الشرائع ج / ٦ / ٢٩٨٨ / ٢٩٨٩ . ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار  
ج / ٤ / ٩ - الانصارى - اسنى المطالب شن روض الطالب ج / ٣ / ٢٧٧ هـ  
خاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٤ / ٢٣٢ . الشيرازى - المهذب ج / ٢ / ٨٤  
هـ السيوطى - الاشباه والنظائر / ٣٣٩ - المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح  
من الخلاف ج / ٤ / ٢٦٤ . الهوتى - كشف القناع عن متن الامتاع ج / ٥ /  
٢٤٩ .
- (٣) المراجع السابقة .
- (٤) انظر ص من هذه الرسالة .

والقائلون بعدم التفرقة بين اشارة الناطق وغيره في صحة انشاء العقد بهما لا يفرقون بالتالي بين الاخرس خرسا اصليا او طارئا ميلا ومنه او غير ميؤوس منه فاكل عندهم يصح انشاء عقده بلا اشارة المفهومة الدالة على الرضا . (١)

واما القائلون بعدم اعتبارها من الناطق فلمهم في الماجز عن النطق تفصيل اذكره فيما يلي :

اولا الخوس الاصلي :

اتفق القائلون بعدم اعتبار الاشارة من الناطق على اعتبارها من الاخرس خرسا اصليا اذا كانت مفهومة . وانما اعتبروا الاشارة هنا دون اشارة الناطق كما ذهب الي ذلك المالكية ومن معهم نظرا الي ان الاشارة المفهومة بالنسبة للاخرس خرسا اصليا هي الوسيلة المتعينة للتعبير عن ارادته للضرورة بخلاف القادر على النطق فلا ضرورة لديه تدفعه لاستخدامها . (٢)

هذا اذا كان الاخرس لا يحسن الكتابة اما اذا كان ممن يحسنها فلمهم في اعتبار كل من الاشارة والكتابة في مقام واحد او اعتبار احدهما دون الاخرى ثلاثة اقوال :

- 
- (١) انظر من هطه الرسالة .
  - (٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع + ج / ٦ / ٢٩٨٨ . ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٣٤٣ . الزيلعي - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٢ / ١٩٦ . الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣ / ٢٧٧ . الشيرازي - المهدب ج / ٢ / ٨٤ . حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٤ / ٣٣٢ . الههقي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٦٣ / ٣٦٤ هج / ٥ / ٢٤٩ / ٣٩ /

القول الاول : ان الاشارة المفهومة معتبرة من الاخوس . وان احسن الكتابة ومؤدي  
هذا القول ان الاشارة والكتابة متساويان فبايهما عبر الاخوس عن ارادته صح العقد والى  
هذا ذهب الاحناف والشافعية فى المشهور عنهم . (١)

وذلك نظرا الى " ان الكتابة والاشارة فى منزلة واحد تقريبا . من حيث الدلالة على  
المراد فالكتابة مقدمة على الاشارة من حيث انها تتضمن ما يقصده الكاتب عينا ، والاشارة  
مقدمة على الكتابة من حيث انها تكون بالراس واليدين وهما العضوان اللذان يستعين

(١) ابن نجيم - الاشباه والنظائر ٣٤٤/٣٤٣ . على حيد ردر الحكام شرح  
مجلة الاحكام مادة (٧٠) . ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٤٢/٣ .  
الانبارى - اسنى الطالب ج ٢٧٧/٣ حاشية الشرقاوى ج ٢٩٨/٢ .  
قسم الشافعية الاشارة الى مفهومة يفهمها كل من راها . ومفهومة لا يفهمها  
الا الاذكياء وغير مفهومة مطلقا . فالاولى : من الاخوس صريحة كاللفظ الصريح  
من القادرين على النطق . والثانية كناية تحتاج الى نية فانوى بها انشاء  
العقد ترتب عليها مقصودها وان لم ينوها ذلك فلفوه . وتعرف نيته عندهم  
باشارة اخرى اوضح من سابقتها . واما جمهور الفقهاء فقسما الاشارة : الى  
مفهومة وغير مفهومة فقط .

وهذا التقسيم يدل - والله اعلم - على ان الاشارة التى لا يفهمها الا الاذكياء  
من قبيل غير المفهومة عندهم . اذ ان وصفهم الاشارة بالفهم يعنى كونها  
واضحة عند كل من يراها ولهذا كانت من الاخوس كاللفظ الصريح -  
غيره عندهم . والتى لا يفهمها الا البعض ليست من هذا القبيل فكانت كما يسدو  
من باب غير المفهومة . والله الاعلم .

انظر فى هذا : حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب . ج ٢٩٨/٢ . الدردير -  
الشرح الكبير ج ٣٤١/٢ ج ٣٩١/٣ - مطبوع بهامش حاشية الدسوقي  
وانظر هذه الحاشية ايضا . ابن نجيم - الاشباه والنظائر ٣٤٤/٣٤٤ . ابن عابدين  
قرة عيون الاخبار وتكملة رد المحتار ج ٨٢/٢ . الكاسانى - بدائع الصنائع  
فى ترتيب الشرائع ج ٢٩٨٨/٦ - البهوتى - كشاف القناع عن مشتمل  
الاقناع ج ٣٦٤/٣ .



بهما المتكلم للاعراب عن ضميره ومن هنا جعل للاخوس الخيار بين ان يستعمل الكتابة في التعبير عن ارادته وان يستعمل الاشارة لانه لا مرجح لواحدة منهما على الاخرى \* (١)

القول الثاني : ان الكتابة اولى من الاشارة وهو دى هذا القول ه ان الاشارة لا تعتبر اذا كان الاخوس قادرا على الكتابة والى هذا ذهب بعض الاحناف واستحسنه الكمال منهم \* والمعتد عندهم خلافه \* كما اشار الى ذلك ابن نجيم فيما سبق \* (٢) واليه ذهب ابو سعيد المتولي من الشافعية \*

وذلك نظرا الى ان الضرورة مندفة بما هو ادل من الاشارة وهو : الكتابة (٣)

القول الثالث : ان الاشارة المفهومة من الاخوس هي المعبرة فقط \* واما للكتابة فلا تعتبر منه الا متى اقتربت بالاشارة المفهومة \*

والى هذا ذهب الحنابلة ه وذلك لان الكتابة لا تخلو من الاحتمال مهما كانت واضحة اذ قد تكون لتجربة القلم او المداد اولى سبيل البحث ونحو ذلك \* فمالم تقترب بالاشارة المفهومة الواضحة يظل الامر محتملا لارادة المقدم وهدمه والمقود لاتنشأ بالشك والاحتمال (٤) \*

### ثانيا : الخوس الطارىء :

أما اذا كان المجز عن النطق لخوس طارىء ه فللقهاء ه في صحة المقدم بالاشارة حينئذ ثلاثة اقوال :

- (١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ١ / ٦٢ / مادة (٧٠)
- (٢) انظر ص من هذه الرسالة
- (٣) ابن المهام - شرح فتح القدير ج ٣ / ٤٢ ه ابن نجيم - الاشباه والنظائر مطبوع بهامش حاشية ابن عابد بن - السيوطي - الاشباه والنظائر / ٣٨٨
- (٤) الهبوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٣٦٣

- القول الاول : أن اشارة الاخرس خرسا طارئا تعتبر لانشاء جميع تصرفاته اذا كانت مفهومة . الا ان تصرفاته بها تظل موقوفة الى حين وفاته . فان مات على خرسه نفذت مستنده الى تاريخ صدورها والا فلا .

والى هذا ذهب الاحناف وهو الراى المعتمد عندهم . (١)

وذلك لان الاشارة انما صحت من الاخرس خرسا اصليا للضرورة . والضرورة لا تكون الا عند اليأس من انطلاق اللسان كما فى الخوس للأصلى .

اما الخوس الطارىء فشفائه غير ميوؤ ورمه لكن اذا دام حتى الموت عرف انسه ميوؤ ورمه فيلحق بالخرس الاصلى . وحينئذ تنفذ تصرفات من اصيب به بعد موته (٢)

- القول الثانى : ان تصرفات الاخرس خرسا طارئا باشارته موقوفة مدة سنة كاملة يصبح بعدها كالاخرس الاصلى فى صحت تصرفاته باشارته المفهومة .

والى هذا ذهب بعض الاحناف ونسبه ابن عابد بن والطحاوى للمتراضى وهو قول ضعيف عندهم كما اشار الى ذلك ابن نجيم فى الاشباه . (٣)

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى ان السنة مدة كافية لاعتبار الخرس ميوؤ وسا منه حيث تعتبر اشارة الاخرس حينئذ قائمة معا لغيره للضرورة المتأكدة بفسى هذه المدة " دفعا للحرج وادعى الى استقرار التعامل اذ مما يناقض هذا الاستقرار بقاا تصرفات من اعتقل لسانه قلقة موقوفة حتى ولو استمر الخرس معه الى الموت " طالبت المدة ام قصرت (٤)

(١) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٩٦/٢ . ابن بخيم الاشباه

والنظائر / ٣٤٤ حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٦٣/٦٢/١ .

مادة (٧٠) - ابن عابد بن - رد المختار على الدر المختار ج ٤٢٥/٢

(٢) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٦٣/١ مادة (٧٠)

(٣) ابن بخيم - الاشباه والنظائر / ٣٤٤ هـ ابن عابد بن - رد المختار على الدر المختار ج ٤٢٥/٢

المختار ج ٤٢٥/٢ . حاشية الطحاوى على الدر المختار ج ١٠٨/٢

(٤) المرجع السابق .

- القول الثالث : ان رُجى برؤ الاخرس طارثا بعد ثلاثة ايام فاكر فلا يمتد  
بإشارته حينئذ الا في اللسان . وان لم يرجى برؤه فتعتبر اشارته المفهومة كما تعتبر  
من الاخرس خرسا اصليا .

والى هذا ذهب الشافعية (١) ، ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى ان الاشارة  
انما جازت من الاخرس خرسا اصليا لتاكيد الضرورة في حقه ، ولا ضرورة في حق من يرجى  
برؤه . بعد ثلاثة ايام فاكر الا في اللسان بخلاف التعاقد ان بإمكانه ان يؤخره  
حتى يشفى من داءه دون ان يضر به ذلك طالما ان شفاؤه منه مرجو خلال ثلاثة ايام  
ونحوها ، اما اذا لم يرجى برؤه فيلحق حينئذ بالآخرس خرسا اصليا لتاكيد الضرورة  
في حقه المتمثلة في حاجته الى التعاقد وفي منعه من ذلك مطلقا مع اليأس من شفاؤه  
حين كبير . (٢) والله اعلم .

- السؤال الثالث في بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة :

علمنا ان الفقهاء تجاه التعاقد بواسطة الاشارة فريقان :

- فريق : يرى صحة انشاء العقد بواسطة الاشارة مطلقا سواء اكان القادر على  
النطق ام عاجزا عنه . وسواء اكان المجز عن النطق لخرس اصيل او طارئ ميو وسمنه  
او يرجى شفاؤه وسواء اكان قادرا على الكتابة او لا .

- اما الفريق الثاني : فقد رأينا انهم يفرقون بين اشارة القادر على النطق واشارة العاجز عنه  
فيعتبرونها من العاجز عن النطق في المقود على تفصيل ذكرناه فيما سبق ولا يعتبرونها  
من القادر على النطق . (٣)

(١) حاشية الجمل على شن المنهج ج / ٤ / ٣٣٢

(٢) المرجع السابق

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

والذي يدل على من استطرأ في آراء الفريقين وادلتهم ان الرأي الراجح - والله اعلم : هو رأي الفريق الاول . القائل باعتبار الاشارة المشبهة الدالة على الرضا عرفا وسيلة صالحة لانشاء العقد من القادر على النطق وغيره وذلك نظرا لما ياتي :

(١) قال الله تعالى : " يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة من تران بينكم " . (١)

وقال تعالى : " فان طاب لكم عن شيء منه فكلوه هنئنا مريفا " (٢)  
فدللت الايتان الكريمتان على ان العبارة في صحة عقود المعاوضات ، الرضا ، وفي عقود التبرعات طيبا لنفس . فالاية الاولى في جنس المعاوضات . والاية الثانية في جنس التبرعات .

وهنا نلاحظ ان الشارع الحكيم عندما اشترط الرضا لانشاء العقود كما هو واضح من الآيتين السابقتين لم يشترط لظهوره عبارة او فعلا معينا دون غيره وانما ترك ذلك للاصطلاح الناسخ عنهم فكل ما دل على الرضا دلالة بيينة واضحة عندهم صلح لانشاء العقد بدلالة القران . ومن ذلك الاشارة . (٣)

(٢) \* ان الاعارة والبيع والاجارة والمهبة ونحوها اسما لعقود جاء ذكرها في الكتاب والسنة المطهرة مطلقا عليها احكام شرعية . وكل اسم لا بد له من حد وحدود الاسماء انما تعرف عن طريق احد ثلاثة مصادر : اللغة او الشرع او العرف . تقسم يعرف عن طريق اللغة العربية كالشعر والقمر والسماء ونحوها وتسم يعرف حده عن طريق الشرع . كالمؤمن والكافر ، والصلاة ونحوها وتسم ليس له حد في اللغة العربية ولا في الشرع فالمرجع فيه الى عرف الناس واصطلاحهم كالقبض المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام \* من ابتاع طعاما

(١) سورة النساء اية رقم ٢٩

(٢) سورة النساء اية رقم ٤

(٣) ابن تيمية ... الفتاوى ج / ١٤ / ٢٩ / وما بعدها .

فلا يحمه حتى يقبضه \* (١) . ومعروف ان البنح والاعارة والاجارة ونحوها من العقود اسماء ليس لها حد في لغة العرب بحيث يقال : ان اهل اللغظة مثلا يسمون هذا التصرف بهذه الصيغة او اعارة ولا يسمونه بهذه الصيغة كذلك حتى يدخل احدهما في خطاب الله ، ولا يدخل الاخر بل تسمية اهل المصنف هذه المعاهدات بيما او اعارة باي صيغتكات دليل على انها تسمى في لغتهم بذلك الاسم والاصل بقاء اللغة وتقريرها لا نقلها وتغييرها .

هذا من حيث اللغة . اما من حيث الشرع فلم يرد لا في الكتاب ولا في سنة رسول الله حد لشيء من ذلك ولا نقل عن احد من الصحابة والتابعين انه عين للعقود صيغة معينة من الالفاظ والافعال اقال ما يدل على ذلك من انها لا تنعقد الا بصيغ خاصة بل قيل ان هذا القول مما يخالف الاجماع القديم .

فان لم يكن لصيغ العقود حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيها الى عرف الناس واصطلاحهم فما اعتبروه اعارة فهو اعارة وما اعتبروه بيما فهو بيع سواء اكانت وسيلة التعبير عن الارادة لفظا او فعلا او كتابة او اشارة \* (٢) .

٣ - \* ان تصرفات العباد من الاتوال والافعال نوعان : عبادات يصلح بها دينهم وعبادات يحتاجون اليها في دنياهم واستقراء نصوص الشريعة نعلم ان العبادات التي اوجبهها الله وواجبها لا يثبت الامر بها الا بالشرع واما العبادات

(١) هذا الحديث أخرجه الجماعة الا الترمذي بهذا اللفظ ، وروى بالفاظه اخرى مقاربة عند البخاري ومسلم واحمد بن حنبل . وابوداود والدارقطني وابن ماجه والنسائي . انظر في هذا :

صحيح الامام البخاري ج / ٣ / ٦٠ - صحيح الامام مسلم ج / ٥ / ٧

الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٢٥٦ .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٩ / ١٥ وما بعد ها من صفحات بشي من التصرف .

فهي ما اعتادوه الناس في دنياهم مما يحتاجون اليه والاصل فيعدم الحظر  
فلا يحظر منه الا ما حظره الله سبحانه وتعالى . وذلك لان الامر والنهي في  
هما شرع الله والعبادة لا بد وان تكون مأمورا بها فمالم يثبت انه مأمور به  
كيف يحكم عليه بانه عبادة ومالم يثبت من العبادات انه منهي عنه فكيف  
يحكم على انه محظور . والعبادات الاصل فيها العقود فلا يحظر منها الا ما حرم  
والا دخلنا في معنى قوله تعالى : " قل أرايتم ما أنزل الله لكم من  
رزق فجعلتم منه حراما وحلالا " (١) .

وانما ثبت هذا فان البيع والهبة والاعارة والاجارة وغيرها من العقود من  
العقود من العبادات التي يحتاج الناس اليها في معاشهم كالاكل والشرب  
واللباس فهي معروفة قبل الاسلام وندما جاءت الشريعة الاستلزامية  
حسنت من وضع هذه العبادات فحرمت منها ما فيه فساد واوجبت ما لا بد منه  
وكرهت ما لا ينبغي واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في انواع هذه العبادات  
وقاديرها وصفاتها .

وانما كان الامر كذلك فالناس يتعاقدون كيف شاءوا مالم تحرم الشريعة  
كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا مالم تحرم الشريعة . وانما كان بعض ذلك  
قد يستحب او يكون مكروها . ومالم تحدد الشريعة في ذلك حدا فييقون فيه  
على الاطلاق الاصل .

ثم ان التصرفات جنسان عقود وقبوض . فاذا كان المرجع في القبض الى عرف الناس  
هادتهم من غير حد يستوى فيه جميع الناس في جميع الاحوال والاقات كذلك  
العقود . (٢) .

(١) سورة يونس اية رقم (٥٩) .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج ١٦ / ٢٩ / وما بعد هامن صفحات بشي من التصرف .

وإذا اتضح بما سبق ، ان التعبير عن ارادة العقد متروك لاصطلاح الناس ،  
 فليس هناك ما يمنع من اعتبار الاشارة مظهراً من مظاهر التعبير عن ارادة العقد  
 اذا كانت اشارة مفهومة تدل دلالة واضحة على الرضا في عرف الناس واصطلاحهم  
 ان العبارة بتوفر الرضا لدى العقدين لا يمنع وشكل الوسيلة التي تكشف عنه فاذا ادت  
 الاشارة هذا الغرض كانت وسيلة صالحة لانشاء العقد وحينئذ فلا فرق بين ان يكون  
 المشير بها قادراً على النطق او اجزأه ولا بين ان يكون الخرس اصلياً او طارئاً طالما  
 ان الناس قد تعارفوا على اعتبارها وسيلة صالحة لانشاء العقد .

واما ما استدل به الفريق الثاني من ان عدول المتكلم عن اللفظ مع قدرته عليه  
 الى الاشارة يدل على عدم ارادته للعقد وان اراد بها ذلك فلا اشارة لا تقصد  
 للافهام الا نادراً . فصحیح اذا لم يتعارف الناس على ارادة العقد بها اما اذا قام  
 عرف الناس على شيء من ذلك فليس هناك ما يمنع من استخدامها كوسيلة للتعبير عن  
 الارادة طالما ان الناس قد اصطالحوا على ذلك وفهموا منها ارادة العقد .  
 ومن هنا فلا تعتبر القدرة على الكلام مانعاً من الاعتداد بالاشارة على اعتبار  
 ان اللفظ اولى وواضح منها .

لان تعارف الناس على اعتبارها وسيلة للتعبير عن الارادة جعلها مساوية  
 للفظ في الدلالة على ارادة العقد ان اللفظ الدال على ارادة العقد انما اكتسبت  
 هذه الدلالة لتعارف الناس على ذلك كما سبق وان اشرنا اليه . ولولا تعارفهم على ذلك  
 لما دل اللفظ اطلاقاً على ارادة العقد ولما صليح لانشاءه . فتقوة دلالة اي لفظ على  
 ارادة العقد لا تكمن في كونه لفظاً يسمع ويفهم وانما لتعارف الناس على ارادة العقد به  
 والاشارة تكذ لك انما تكسب قوة دلالتها على ارادة العقد من تعارف الناس على فهم ذلك  
 منها .

فاذا كان مصدر قوة الدلالة على ارادة العقد في اي وسيلة للتعبير انما هو تعارف الناس  
 واصطلاحهم عليها في ذلك فلا اشارة الدالة على التعاقد في عرف الناس كاللفظ الدال عليه

في الكشف عن الإرادة • والله تعالى اعلم بالصواب •

المطلب الخامس : التعاقد بواسطة التعاطي :

المعاطاة في اللغة العربية : المناولة • من عطى يعطو اذا تناول مفاعلة ممن  
المطاء والتعاطي : تناول (١) •

وللتعاطي في اصطلاح الفقهاء ثلاث معان :

المعنى الاول : التعاطي : المهادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تـلفظ  
باجاب او قبول •

ومثال ذلك ان يدفع المشتري الثمن الى البائع فيعطيه السلعة التي اراد المشتري

اقتباها فياخذها المشتري ويذهب برضا صاحبه دون ان يتلفظ احدهما بايجاب او قبول •  
مكتفين بدلالة المعاطاة على التراضي • وان يعطى البائع السلعة للمشتري فيعطيه  
مكتفين • وان يتلفظ احدهما بما يدل على الرضا مكتفين بدلالة الحال عليه •

ولاخلاف بين الفقهاء على هذا المعنى للمعاطاة فيما اعلم • وان اختلفوا فـسـى  
جواز انشاء العقد بواسطتها • (٢)

ويتضح من معنى التعاطي هنا ان كل واحد من المتعاقدين معطى واخذ فسـى  
نفس الوقت فالبايع اعطى السلعة واخذ الثمن والمشتري اعطى الثمن واخذ السلعة •

---

(١) الركني - النظم المستعذب في شرح غريب المذهب - ج ٢٦٤ / - الزيات -  
المعجم الوسيط ج ٢ / ٦١٥ مادة (عطاء) الفيروزبازي - القاموس المحيط

ج ٣٦٣ / ٤ / ٣٦٤ مادة (المطو) •  
(٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٢٩١ • الدردير - الشرح  
الكبير ج ٣ / ٣ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي • حاشية الكشر على

الانوار للاردبيلي ج ١١ / ٣٠٥ - ابن البركات - المحرر في الفقه ج ١ / ٢٦٠

المهتوي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ١ / ١٤٨ / ١٤٩ •



وهي هذا فالتماطي بهذا المعنى لا يجرى الا في عقود المعاوضات المالية  
دون التبرعات لتضمنها معنى الهادفة التي تفيد الاخذ والاعطاء من الطرفين بخلاف  
التبرعات كالعارية والهبة ونحوهما فالاعطاء فيها من طرف واحد هو المتبرع حيث لا ياخذ  
مقابلا لما اعطاه كما أن الاخذ من طرف واحد أيضا هو المتبرع له .

ولهذا السبب فان دراستنا للتماطي بهذا المعنى قد لا تفيدنا في بحثنا  
هذا على اعتبار ان موضوع هذا البحث في عقد من عقود التبرعات وهو العارية . ومن  
هنا فلن افرد هذا المعنى للتماطي بدراسة تفصيلية .

— المعنى الثاني للتماطي : الاعطاء من احد العاقدين والاخذ من الاخر دون تلفظ  
باجاب او قبول على ان يدل كل من الاخذ والمطاء على التراضي .

والتماطي بهذا المعنى يجرى في التبرعات والمعاوضات على حد سواء . والذي  
يهيئنا من ذلك عقود التبرعات والذات عقد العارية .

فقال التماطي بهذا المعنى في عقود التبرعات ان يدفع المتبرع المبرور  
المتبرع بها او بمنفعتها الى المتبرع لغير اخذها دون ان يتلفظ احد هما بالايجاب  
او القبول ويكون معروفا بينهما ان الاعطاء تبرع والاخذ قبول ويحدث مثل هذا قاله  
في التصديق على الفقراء وفي بحث الهدايا واعارة الكتب من المكتبات العامة .

وفي كل ذلك لا يوجد ايجاب ولا قبول لفظي في الغالب وليس الا الاعطاء من جانب  
المتبرع والاخذ من جانب المتبرع له والاستثناء بدلالة الحال على الرضا عن التلفظ به .

ولا أعلم خلافا بين الفقهاء في ان الاعطاء من احد العاقدين والاخذ من الاخر

دون تلفظ بايجاب او قبول في عقود التبرعات يسوي تماطيا او معاطاة . (١) وان اختلفوا في جواز التعاقد بذلك كما سنبينه بعد قليل ان شاء الله .

المعنى الثالث للتماطي : ان يتم التعاقد بلفظ من احد التعاقديين وفعل من الاخر .

والمعاطاة بهذا المعنى تجرى في عقود الممتزجات والتبرعات على خلاف بين الفقهاء في تسمية هذا التصرف معاطاة وعلى خلاف ايضا في مدى جواز التعاقدية .

ومثالها في عقود التبرعات والذبات عقد العارية ان يقول المعير : اعرتك هذه السيارة فيأخذها المستعير دون ان يتلفظ بالقبول او يقول المستعير اعرض هذه السيارة فيعبر المعير اليه دون ان يتلفظ بشيء ما ويكون معروفا بينهم ان ذلك قبول . والى اعتبار هذه الصورة من المعاطاة ، ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة . وان اختلفوا في صحة انشاء العقد بواسطتها في المعاضات . (٢) . اما في العارية فلا خلاف بينهم في صحة انعقادها بهذه الصورة كما سيأتي بيان ذلك قريبا ان شاء الله (٣)

(١) حاشية الطحاوي على الدر المختار ج ٣ / ٣٩٣ هـ ابن عابد بن - رد المحتار على الدر المختار ج ٤ / ١١ شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٣ هـ الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - الرجبىانى - مطالب اولى النهى في شرح غاية المنتهى ج ٤ / ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) حاشية المدوى على شرح الخرشى ج ٥ / ٥٥ وانظر شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٦ / ١٢٣ حاشية الكثرى على الانوار للارد بيللى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٣ / ٤٠٣ هـ البيهقى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٤٩ هـ ج ٤ / ٦٢ / ٢٩٨ هـ حاشية المعترى على الرضى الموسع ج ٢ / ٢٥٠ هـ

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

وأما الاحناف فقد صرح ابن عابدين ، منهم ، على عدم اعتبار  
هذه الصورة من المعاطاة وان كان المقعد عندهم ينمقد بواسطة هذه الصورة  
في المعاضات والتبرعات بصفة عامة (١) .

فالخلاف اذن بين الاحناف والجمهور . خلاف في الاصطلاح فقط . فلا ينبغي  
على الاخذ باحدهما ثمرة اذ لا مشاحة في الاصطلاح . والله أعلم .

---

(١) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٤ / ١١ / ٥٠٨ ، حيدر -  
درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٢٩٦ مادة ( ٨٠٤ ) .

حكم انشاء عقد العارية بالمعاطاة : وإذا تبين معنى المعاطاة بما سبق فإن  
للفقهاء في صحة انشاء عقد العارية ه تفصيلا ه نذكره على الوجه التالي :

اولا :- ذهب المالكية والحنابلة الى ان العارية وغيرها من العقود في الجملة  
تصح بالمعاطاة مطلقا ه اى سواء اكانت ه بالاعطاء والاخذ ه دون تلفظ بايجاب  
او قبول ه او بلفظ من احد المتعاقدين وفعل من الاخر ه وسواء اكان اللفظ  
من احدهما ايجابا ه او قبولا ه ويستثنى من ذلك ه عقد النكاح ه فلا يصح  
بالمعاطاة مطلقا باجماع الفقهاء كما نقل ذلك القرافي عنهم . (١)

ثانيا :- ذهب الاحناف الى ان العارية لا تصح بالمعاطاة ه بدون لفظ ممن  
احد المتعاقدين وتصح بلفظ من احدهما وفعل من الاخر ه بان يكون الايجاب  
لفظا ه واما القبول ه فلا مانع من ان يكون فعلا .

ومعنى هذا ه ان التعاطى ه بمعنى الاعطاء ه من المعير والاخذ ه من  
المستعير بدون لفظ لا يكفي لانشاء عقد العارية عندهم .  
قال الحصكى : " العارية . . . تملك المنافع مجانا ه افاد بالتملك ه  
لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا " قال ابن عابدين تعليقا على هذا : قوله -

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩١ مطبوع بهامش حاشية  
الدسوقي - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ٥ ه -  
البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٦٢ ه ابن تيمية - الفتاوى  
ج ٧ / ٢٩٦ وما بعدها من صفحات ه السنهوري - مصادر الحق ج ١ / ١١٢  
الى ١٢١ .

" ولو فصل اى كالتعاطي ، كما في القهستاني ، وهذا مبالغة على القبول  
واما الايجاب فلا يصح به " (١) .

وذكر الطحطاوى مثل هذا في حاشيته على الدر المختار ، والى  
مثله اشار ابن نجيم وابن البزاز . (٢)

والواقع ان الاحناف يقولون بانشاء عقود الماوضات ، والهبة  
والصدقة ونحوها ، بالتعاطي على الاصح ، بلا لفظ ، من احد المتعاقدين  
او بلفظ من احدهما ، سواء كان المتلفظ منهما ، متلفظا بالايجاب او  
القبول . (٣)

وعلى هذا ، فاستثناء عقد العارية من ذلك امر فيه اشكال ، خاصة  
وان العارية كالهبة ، ولا فرق الا ان العارية ، تملك للمنفعة ، والهبة تملك  
للمعين ، وما يزيد الامر صعوبة واشكالا ، انى لم اجد فيما اطلعت عليه ممن  
كتبهم تعليلا لاستثناء عقد العارية من ذلك .

ولقد استشكل الرافعي من الاحناف هذا الامر ، في تقريراته  
على حاشية ابن عابدين فقال تعليقا على الكلام السابق عن ابن عابدين :  
" قوله ، واما الايجاب فلا يصح به ، محل تأمل ، فان البيع والهبة يصحان  
بالتعاطي ، فالعارية كذلك بالاولى " (٤) .

---

(١) الحصفي - الدر المختار ج / ٤ / ٥٠٢ ، ابن عابدين - رد المحتار على الدر  
المختار ج / ٤ / ٥٠٤ .

(٢) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٥ ، ابن نجيم - البحر الرائق  
شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨٠ ، ابن البزاز - الفتاوى البزازية ج / ٦ / ٢١٠  
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية .

وربما كان قول الرافعي هذا إشارة الى وجه آخر في المذهب الحنفي ، يقول بعدم استثناء عقد العارية ، اذ قد وجدت <sup>في</sup> مجلة الاحكام المدلية ، ما يأتي : " الاعارة تتمتع بالايجاب والقبول ، والتعاطي " قال على حيدر شارح المجلة تعليقا على هذا :

" المسألة الثالثة : للعارية ثلاثة اركان ، اولهما الايجاب والقبول اللفظيان ، ثانيهما كون الايجاب قوليا ، والاخر فعليا او المكس ، ثالثهما : كون الايجاب والقبول فعليين " (١)

والمجلة كما هو معروف ، تأليف طائفة من فقهاء الاحناف ، وقد حاولوا وضعها على وفق المذهب الحنفي ، وشارح المجلة ، على حيدر احد علماء الاحناف ايضا ، ومن هنا فلا يبعد ان يكون قولهم هذا ، اختيارا لوجه آخر في المذهب .

ثالثا :-  
واما الشافعية فالاصل عندهم على المشهور عدم صحة انشاء المقد بواسطة المعاطاة في الجملة ، وذلك نظرا الى ان رضا المتعاقدين بالمقد امر لا يتم المقد بدونه كما دلت على ذلك نصوص الشريعة الاسلامية من الكتاب والسنة .

---

(٣) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتبقي الابحرج / ٥ / ٢ ، ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٢٩١ / ٥ ، وما بعدها ، ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٥٠٨ / ٤ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٣٥٦ / ٢ ، مادة ( ٨٣٩ ) .

(٤) تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين ج / ٢٤٧ / ٢ .

---

(١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢٩٥ / ٢٩٦ ، مادة رقم ( ٨٠٤ ) .

والرضا امر خفي مستتر داخل النفس البشرية ، والامور المستترة داخل النفس لا تنضبط الا بالالفاظ التي وضعت للدلالة عليها ، او ما فسى معنى هذه الالفاظ ما هو عبارة عنها ونا على هذا ، فلا ينمقد العقود بالمطاطة في الجملة ، ان الاعمال من المطاطة ونحوها تحتل وجوها كثيرة ، فلا تكفى في الدلالة على الرضا بشكل بين واضح ، ثم ان العقود من جنس الاقوال فهي في العقود كالذكر والدعاء في العبادات . (١)

الا ان الشافعية استثنوا من هذا الاصل العام ، بعض العقود ، وما استثنوا عقد العارية ، غير انهم اختلفوا في نوع المطاطة التي يصح بها انشاء عقد العارية ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول :- ان العارية تتمقد بلفظ من احد المتماقدين ، وفعل من الاخر ، وان تراخى احدهما عن الاخر ، سواء كان المتلفظ منهما المعير او المستعير ، فاذا قال المستعير ، اعرنى هذه السيارة ، فاعطاه المعير اياها ، او قال المعير اعرتك هذه السيارة ، فاخذها المستعير دون ان يتلفظ بالقبول ، صح عقد العارية حينئذ ، ولا يشترط

---

(١) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٧٨ / ٢٧٩ ، الانصاري - اشبه المطالب شرح روض الطالب ج ٣ / ٢ / ٣ ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المحتاج ج ٣ / ٣٦٤ .

اللفظ من جانب المصير بخلاف الوديعة . (١)

وبناءً على هذا القول فلا تصح العارية بالتعاطي بمعنى الاعطاء  
والاخذ ، دون لفظ من احد المتعاقدين الا فيما كان عارية ضمناً ، كظرف  
الهدية وظرف المبيع ، ونحو ذلك .

وذلك لان العارية ، اباحة للتصرف في منفعة المين المعارة عندهم ،  
لا تملِكاً ، خلافاً للاحناف والمالكية ، فصح عقدها حينئذ بالقول من احد  
المتعاقدين ، والفعل من الاخر قياساً على اباحة الطعام حيث يكشف  
فيها بذلك ، ومن هنا جاء استثناء عقد العارية من الاصل عندهم في  
المطالبة . (٢)

القول الثاني :- ان الفعل من جهة المصير لا يكفي بل لا بد من اللفظ ، اما  
المستصير فيكفي منه الفعل ، فلا يتعين اللفظ في حقه .

والى هذا ذهب الخزالي من الشافعية ، تشبيهاً للعارية ، بالضيافة . (٣)

---

(١) النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٢٩ ، الميد البكري - اعانة الطالبين على  
حل الفاظ فتح المعين ج / ٣ / ١٣٠ ، الخضاوي - المقاد في الفقه الاسلامي /  
١٠٢ وقال الانصاري في الفرق بين العارية والوديعة من حيث اشتراط اللفظ من  
المالك في الوديعة وعدم اشتراطه منه في العارية : " والفرق ان اصل وضع  
اليد على مال الغير الضمان ، فلا يزول الا بلفظ من جانبه والوديعة امانة ، فاحتيج  
الى لفظ من جانب المالك ، بخلاف العارية فانها مضمونة على وفق الاصل ، فاكفى  
فيها بلفظ المستصير " .

انظر في هذا - الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٧ . =



القول الثالث : - ان العارية تتعقد بالمعاطاة مطلقا ، اى سواء وجد لفظ من احد المتعاقدين او لم يوجد ، فإما رأى عاريا ، فاعطاه ثوبا فلبسه ، او فرشاً لضيفه بساطا ، او قدم له كرسيًا فجلس عليه ، بدون ان يصدر من احد هما ، تلفظ ، بايجاب او قبول ، فقد تمت العارية بذلك والى هذا ذهب ابو سعيد المتولى من الشافعية ، بناء على ان اللفظ لا يشترط في العارية بل يكفي الفعل الدال على الرضا ، لشبهها التام ، باياحة الطعام . (١)

ومثل هذا ما روى عن الشيخ ابي عاصم من الشافعية ، في ظرف الهدية ، حيث يعتبر عارية في يد الموهوب له ، اذا كانت الهبة بدون مقابل ، وقد جرت العادة باستعماله ، كاكل الطعام من الماعون المبعوث فيه ، وذلك لاذن المالك بالانتفاع بظرفه دلالة . (٢)

هذا عرض لآراء الفقهاء في انشاء عقد العارية ، وغيرها من التبرعات ، بالمعاطاة . والراجع من ذلك فيما يظهر لي ، ما ذهب اليه كل من المالكية ، والحنابلة ، من ان العارية وغيرها من العقود ، تقع في الجملة بالمعاطاة مطلقا ، اى سواء اكانت المعاطاة بالاخذ والاعطاء ، دون تلفظ

---

== (٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) انظر المراجع السابقة وانظر الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج ٢١٤ / ١١١ . مطبوع مع المجموع شرح المذهب .

---

(١) انظر المرجع السابق ، وانظر النووي - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٢٩ / ٤٣٠ ال  
الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

بإيجاب أو قبول ، أو بلفظ من أحد المتعاقدين وفعل من الآخر ، وسواء

أكان اللفظ من أحدهما إيجاباً أو قبولا .

وذلك نظراً إلى أن الرضا أمر مستتر داخل النفس فلا يعلم وجوده

إلا بما يكشف عنه ، مما اصطاح عليه الناس من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة

أو نحو ذلك .

والمعاطاة فعل لا يمكن القول بأنه لا يدل على توافق الرضا ووجوده

طالما أن الناس قد فهموا منه دلالة على ذلك ، إذ قد تعارف الناس على اعتبار

المعاطاة مظهراً من مظاهر الرضا بين المتعاقدين ، منذ القدم ، إلى يومنا

هذا ، والعقد إنما شرعت لمصالح البشرية ، وما كان كذلك فمرد الأمر

فيه إلى عرفهم واصطلاحهم ، ما لم ينهى الشارع <sup>بنه</sup> عن ذلك ، أو يتعارض مع

مبادئه العامة ، والتعاطى من هذا النوع ، حيث لم تأت الشريعة بالنهي

عنه ، أو بما يعارضه من مبادئ ، وإنما أبقت على ما كان قبل الإسلام ، فلا

يجوز تغييره بالرأى والتحكم ، إذ إن التعاقد كان موجوداً بين العرب في

جاهليتهم وعندما جاء الإسلام ، نسخ ما لا يتفق مع روحه وأهدافه

وأبقى ما عدا ذلك على ما كان ، فلا يجوز تغييره إلا بنص من الشارع . على

أنه لم ينقل ، إلا عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من الصحابة ،

وجوب التلفظ بالإيجاب والقبول ، إذ لو كانت صحة العقد موقوفة على الإيجاب

والقبول لفظاً دون المعاطاة لأوضح الرسول عليه أفضل الصلاة والتسليم ذلك وبينه

بيانا صريحا ، تحاشيا لوقوع الناس في المحذور ، ودفعاً للفساد والبطالان عن

عقودهم ، وصحاحاتهم ، لما يترتب على ذلك من أكل الأموال بالباطل ، إلا أن

الرسول عليه أفضل الصلاة والتسليم لم يأمر بذلك ، فدل على عدم اشتراطه

ولو امر به لنقل نقلا متواترا ولم يتصور اهماله اطلاقا خاصة وان للمقود  
اهمية كبرى في حياة الافراد والمجتمعات ، فهي ما تعم به البلوى ، فافتراض  
عدم النقل امر مستبعد لا يمكن القول به فيما هو اقل خطورة من هذا ، فكيف  
بما يترتب عليه فساد معاملات الناس . (١)

ولا فرق في هذا بين المعاوضات والتبرعات ، بل التبرعات اولى  
" الا ترى انا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال في دخول  
الحمام ، وهو اجارة وبيع ، فاذا اكتفينا في المعاوضات بدلالة الحال ، مع  
تاكدها فانها تنقل الملك من الجانبين ، فلان نكتفي به في التبرعات كالمارية  
والهبة ونحوهما ، اولى " . (٢)

واما استثناء الاحناف لعقد المارية ، فمحل تأمل كما قال الرافعي  
منهم ، لان البيع والهبة تصحان عندهم بالتماطي على الراجح ، كما  
هو رأى المالكية والحنابلة ، فالمارية اولى ان تكون كذلك .

واما قول الشافعية بان الرضا امر لا يتحقق الا بالالفاظ اوفى<sup>ما</sup>  
معناها ، مما هو عبارة عنها ، وعدم انضباطه بالافعال ، لاحتمالها وعدم ظهورها  
فامر يردده ما سبق من ان تعارف الناس واصطلاحهم على التعاقد بالمعاطاة

- 
- (١) ابن قدامة - المغنى ج ٣ / ٤٨١ / ٤٨٢ بشي من التصرف ، البهوتي -  
كشاف القناع ج ٣ / ١٤٨ / ١٤٩ / الرحيباني - مطالب اولى النهي ج ٣ / ٨ / ٩  
الخطاب - مواهب الجليل ج ٤ / ٢٢٨ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٣ / ٢٠٦  
مطبوع بهامش بلفظة السالك للصاوي .
- (٢) الرحيباني - مطالب اولى النهي في شرح غاية المنتهى ج ٤ / ٣٨٥ ،  
بشي من التصرف ، وانظر المراجع السابقة .

واعتبارها دليلا ومظهرا من مظاهر الارادة وعدم وجود ما يعارض ذلك من مبادئ الشريعة الاسلامية وعدم النقل عن النبي صلى الله عليه وسلم او عن احد من اصحابه باشتراط اللفظ في الايجاب والقبول ، كل ذلك وغيره يدل على تحقق الرضا بالافعال واستبعاد احتمال دلالتها على غيره .

واما استدلالهم على صحة عقد العارية بالمعاطاة على المعنى الثالث لها فقط : بان العارية اباحة المنفعة لا تملكها ، فصحت بالقول من احدهما والفعل من الاخر ، فامر قد لا يسلم به اذ ان الراجع من افعال الفقهاء ان العارية ، تملك لا اباحة وقد بينا ادلة رجحان ذلك في - محله . (١)

وانا سلمنا ان العارية اباحة فالاباحة عندهم تصح بالفعل من الطرفين بدون لفظ كما في اباحة الطعام (٢) فتقييد عقد العارية اذن بالمعنى الثالث للمعاطاة ، مع انها اباحة عندهم امر لا يخلو من نظر .

ثم هم ايضا يكتفون في الهدية والصدقة بالمعاطاة من الطرفين على الاصح عندهم ، ويحللون لجواز ذلك ، بتعارف الناس واصطلاحهم على انشاء مثل هذه التصرفات بالافعال بلا لفظ من المعطى ، والآخذ ، فما المانع

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) النووى - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣٠ ، الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٤٧٩ شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين - ج ٣ / ١١١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وعميرة .

من جواز انشاء عقد المارية بذلك مع تعارف الناس واصطلاحهم على  
انشائه بالمعاطاة ، واعتبارها مظهرا من مظاهر التعبير عن الرضا بالعقد  
والله اعلم .

### الطلب السادس : التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة :

لقد اوجد العلم الحديث ، وسائل جديدة للاتصال كالبرق -  
والهاتف ونحوهما . ولما كان الدين الاسلامي ، نظاما عاما للحياة  
في كل زمان ومكان ، لم يغفل هذا الدين الشريف حكم التعاقد بواسطة  
هذه الوسائل .

فالبرقية مثلا : كتاب يحرره مرسله ووقع عليه ، ليعلم لانه  
المستدول عما كتب فيه ، ومن ثم يسلمه لموظف البرق ، ويقوم هذا بالتاكيد  
من شخصية المرسل ، ليعلم بالتالي صحة ، نسبة ما كتب فيه  
اليه ، خاصة اذا كان مضمون الكتاب مما يتطلب ذلك ، كاخبار بوفاة  
او طلب حضور او ايجاب عقد ونحو ذلك .

ثم يقوم الموظف بعد ذلك ، بنقل ما كتب على الة " الاللكي "  
الى الجهة التي يوجد فيها المرسل اليه ، حيث تسلم له من قبل مصلحة  
البرق ، في تلك الجهة .

والهاتف : جهاز ينقل الاصوات من جهة الى اخرى .

فاذا تم التعاقد بواسطة : احد هاتين الوسيلتين فالعقد صحيح

قياسا على الكتابة والرسالة .

اذ ان ما كتب في البرقية موثوق النسبة للمرسل لما اوضحته ،

من الاحتياطات التي توجب التاكيد من نسبتها اليه ، فهي ، والتعاقد بواسطة الكتابة في منزلة واحدة ان لم تكن أكد وأوثق .

وكما يعتبر مجلس وصول الكتاب ، مجلسا للعقد ، فليس هناك ما يمنع من اعتبار مجلس وصول البرقية مجلسا للعقد ايضا .

وكذلك الامر بالنسبة للهاتف ، حيث يسمع كل واحد من المتعاقدين كلام صاحبه وفهم عنه ما يريد ، بواسطة هذا الجهاز فهما بعد المسافة بين المتعاقدين ، فقد وجد بسمع احدهما لكلام الاخر وفهمه له ، اتحاد مجلس العقد ، فيقوم ذلك مقام حضورهما في المجلس ، وما ذاك الا لان الناية من الحضور في المجلس واتحاده لانهما هي لمعرفة رغبة كلا المتعاقدين في التعاقد ، وفهم كلام احدهما للاخر ، وقد تحقق ذلك بواسطة هذا الجهاز ، فليس هناك ما يمنع من صحة التعاقد بواسطة ، فهو اولى من الرسالة بلا شك .

اما احتمال ، ان احد المتعاقدين ، ربما قلد صوت شخص آخر ، ونسب اليه الايجاب ، فلا يمنع هذا الاحتمال من صحة العقد بواسطة الهاتف ، ان هذا الاحتمال وارد ايضا بالتعاقد بالكتابة ولم يمنع ذلك من صحة العقد بها عند الفقهاء ، كما سبق بيان ذلك .

وهي هذا ، فلو بحث احد المتعاقدين للاخر ببرقية ، او كلمه بالهاتف ، فقال له : اعرتك داري ، فاجابه صح له حينئذ ان يتصرف

في منفعة العين المعارة في حدود ما اذن له في ذلك ، والله اعلم .  
وهذا اصل الى ختام الكلام على وسائل التعبير عن ارادة عقد العارية ،  
وهو اكون قد انتهيت من المبحث الثالث من هذا الفصل ، وقد كان في صيغة عقد العارية فأرجو ان اكون قد وفقت في دراسة ، اهم مسائلها ، والله المستعان .

## الفصل الثاني

### في المعير ، والمستعير ، والعين الممارسة

- المبحث الأول : في الشروط المعتبرة في المعير .
- المبحث الثاني : في الشروط المعتبرة في المستعير .
- المبحث الثالث : في الشروط المعتبرة في العين الممارسة .
- المبحث الرابع : في واجب المستعير تجاه العين الممارسة .
- المبحث الخامس : في ما يستتبعه حكم السارية عند التمسك .

د

البحث الاول : في الشروط المحببة في المير :

للمعبر عند الفقهاء شروط متعددة ، يجب توافرها فيه ، ويعتبر العقد صحيحا نافذا ، ومن تلك الشروط ما يأتي :

اولا : العقل :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان العقل شرط يجب ان يتصف به المير ، ويعتبر موء هـ لا للتبرع بمنفعة ماله ، فلا يكون المير اهلا للتبرع بمنفعة اى عين من اعيان ماله ، الا اذا كان عاقلا . (١) —————

وذلك نظرا الى ان التصرف في المال ، تصرف لا يخلو ، اما ان يكون فيه نفع او ضرر على المتصرف في ماله ، ولما كان العقل هو الوسيلة التي يستطيع بها الانسان معرفة الخير من الشر والنفع من الضر ، كان فسى اشتراط ذلك لمن يريد التصرف في ماله ، نوع من المراعاة لمصلحته والحرض

- (١) علاء الدين البخارى - كشف الاوار عن اصول البزدوى ج / ٤ / ٢٦٩ ،  
الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٨ ، نظام - الفتاوى  
الهندية ج / ٤ / ٣٦٣ - المواق - التاج والاكليل شرح مختصر خليل ج / ٥ / ٥٧ ،  
مطبوع بهامش مواهب الجليل ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٥ مطبوع  
بهامش بلغة السالك ، حاشية على المدوى على شرح الخرشي ج / ٦ / ١٢١ ،  
النووى - روضة الطالبين ج / ٤ / ٣٥٠ ، الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج  
ج / ٥ / ٦٦ ، السيد البكرى - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ج / ٣ / ١٢٨ ،  
البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٤٤٢ ج / ٤ / ٦٢ ، ابن قدامه  
المعنى ج / ٤ / ٣٤٥ ج / ٥ / ١٦٦ ، ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٢٧٨ / ٢٧٩ مسألة  
رقم ١٣٩٤ .



على عدم ضياع حقوقه المالية ، لما قد يحدث له من الضرر في ماله متى ما تصرف وهو فاقد لهذه الصفة ، التي بدونها ، لا يستطيع الانسان ، تمييز المنفعة من المصرة .

ومن هنا منعت الشريعة الاسلامية كل من لا يتصف بالعقل ، والادراك  
المعتبر ، من جميع التصرفات المالية .

فقال تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ، التي جعل الله لكم قياماً " (١)  
قال سعيد بن جبير ، وعكرمة : المراد بالمال في الاية مال اليتيم  
اي الصغير الذي لم يبلغ رشده بعد ، وانما اضاف المال الى الاولياء وهو  
لغيرهم ، لانهم قوامها ، ومدبروها . وقد افادت الاية بهذا المعنى من  
الصبي من التصرف في ماله ، وذلك والله اعلم لعدم كمال ادراكه وتمييزه .

ويؤيد هذا التعليل قوله تعالى : " وابتلوا اليتامى ، حتى  
اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم اموالهم " (٢)  
حيث امرت الاية الكريمة بفتح صغار السن من مزاولة ، اي تصرف مالى  
حتى يبلغوا الكبار ، عقلاً وحسن تصرف ، مراعاة لحقوقهم وحرصاً  
على اموالهم من الضياع متى ما تصرفوا فيها وهم قاصروم الادراك ، اذ ليس هناك  
ما يضمن حسن تصرفهم ، وهم لا يملكون ما به يكون حسن التصرف ،  
وهو كمال العقل ، والادراك .

(١) سورة النساء آية رقم (٥) .

(٢) سورة النساء آية رقم (٦) .

هو يد هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام : " رفع القلم  
عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى  
يكبر " (١) .

وواضح ان القلم هنا رفع عن هؤلاء الثلاثة ، لعدم اتصافهم  
بالعقل والادراك المعتبر شرعا ، واذ كان القلم مرفوعا عن اقوالهم ، بموجب  
هذا الحديث ، فلا حكم حينئذ لما يتلفظون به ، من اقوال ولا اثـمـر  
لموجبها . (٢)

(١) هذا الحديث ، لاخرجه ابوداود ، والنسائي وابن ماجه ، عن  
حماد بن سلمة عن حماد ابن ابي سليمان عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة  
رضي الله عنها بلفظ : " وعن المبتلى حتى يبرأ " واخرجه الحاكم ايضا  
في المستدرک ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ، ولم  
يعلمه صاحب كتاب الامام ، وانما قال : هو اقوى اسنادا من حديث علي ،  
وقال صاحب التنقيح : حماد بن ابي سليمان وثقه النسائي والمجالي وابن  
معين وغيرهم ، وتكلم فيه ابن سعد والاعمش ، وروى له مسلم مقرضا  
بغيره ١٠ هـ .

وللحديث طرق اخرى من حديث علي وابي هريرة . انظر - الزيلعي - نصب  
الرأية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ١٦١ / ١٦٢ / ١٦٣ ، السيوطي - الاشباه  
والنظائر / ٢١٢ .

(٢) علاء الدين البخاري - كشف الاسرار عن اصول البيهقي ج / ٤ / ٢٦٩ ،  
المواق - التاج والاكليل شرح مختصر خليل ج / ٥ / ٥٧ مطبوع بهامش مواهب  
الجليل - الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٥ النووي - روضة الطالبين  
ج / ٤ / ٣٥٠ ، البكري - اعانة الطالبين ج / ٣ / ١٢٨ ، البهوتي - كشف القناع  
عن متن الاقتاع ج / ٣ / ٤٤٢ ج / ٤ / ٦٢ ، ابن قدامة - المنى ج / ٤ / ٣٤٣ / ٣٤٥  
ج / ٥ / ١٦٦ .

وهذا يتضح ان العقل شرط لاهلية التصرف ، وبالتالي فهو شرط لصحة عقد المعاينة وغيره من التصرفات المالية .

وانذا ثبت هذا ، فهل يعنى ذلك ، ان زوال العقل مطلقا ، يوجب بطلان العقد ، اذا ابرم حال زواله ؟

الواقع ، ان زوال العقل ، اما ان يكون بعارض سماوى كالجنون والعتة (١) وعدم التمييز عند الصبي ، والنوم والاعماء والخرف (٢) ونحو ذلك .

واما ان يكون بعارض مكتسب ، كالسكر بالخمير ، والبنج (٣) والدواء وما شاكل ذلك . والعارض المكتسب المزيل للعقل اما ان يكون معصية او غير معصية .

فمن المعصية ، السكر بالخمير ، وما الى ذلك من المواد المسكرة المحرمة شرعا .

وما لا معصية فيه زوال العقل ، بالدواء ، والبنج لاجراء عملية جراحية ونحوها .

---

(١) العتة : نقص في العقل من غير جنون ، انظر - الفيروزبادى - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٨٧ / ٢٨٨ مادة " عته " الزيات - المعجم الوسيط ج / ٢ / ٥٨٩ مادة ( عته ) .

(٢) الخرف : فساد العقل من الكبر ، انظر - الزيات - المعجم الوسيط ج / ١ / ٢٢٧ مادة ( خرف ) الفيروزبادى - القاموس المحيط ج / ٣ / ١٣٢ مادة ( خرف ) .

(٣) قال في الوسيط : بنجه : خدرة ، مأخوذ من البنج وهو نبت مخدرة انظر - الزيات المعجم الوسيط ج / ١ / ٧٠ .

ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان زوال العقل بعارض سماوى ه  
او مكتسب لا معصية في اكتسابه ه ويجب بطلان العقد ه متى ما ابرم ه  
حال زواله بذلك ه نظرا لتخلف شرط اهلية التصرف ه بزوال العقل بما  
يعذر فيه (١) .

اما زوال العقل بما هو معصية ه كالخمرة ونحوه ه فللفقهاء في  
ذلك قولان :

القول الاول :  
ان زوال العقل بما هو معصية يجب بطلان العقد متى انشا  
حال زواله بذلك ه وبناء على هذا ه فلا فرق في بطلان العقد بين ان يكون ه  
العارض المكتسب معصية كالسكر بالخمرة ونحوه ه او غير معصية كزوال العقل  
بالبنج والدواء ونحوهما .

والى هذا القول ه ذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه من الصحابة  
واليه ذهب المالكية ه قال ابن شعبان منهم : وهو المشهور من  
المذهب ه ونقل الباجى منهم : الاثاق على ذلك عندهم ه وهو احد القولين عند  
الحنابلة واليه ذهب ابن تيمية منهم ه وه قال الطحاوى ه والكرخي

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٤ / ١٧٩٠ / ١٧٩١ ه  
الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٤ / ٢٠٥ ه البهوتى - كلف القناع عن متن  
الاقناع ج / ٣ / ١٥١ ج / ٤ / ٦٣ ابن تيمية - الفتاوى ج / ٣٣ / ١٠٣ / ١٠٤ ه  
ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ٣٤٣ / ٣٤٥ ج / ٥ / ١٦٦ علاء الدين البخارى  
كشف الاسرار ج / ٤ / ٢٦٣ / ٢٦٤ / ٣٥١ ه الرملى - نهاية المحتاج السى  
شرح المنهاج ج / ٥ / ٦٦ ه البكرى - اعانة الطالبين لحل الفاظ فتح  
المبين ج / ٣ / ١٢٨ .

من الاحناف (١) .

القول الثاني : ان ابرام العقد حال زوال العقل بما هو معصية كالسكر  
بالخمر ونحوه لا يوجب بطلان العقد ، وانما هو صحيح نافذ ، كمقد من لم  
يفقد شيئا من عقله وادراكه .

ومنا على هذا ، فاصحاب هذا القول يفرقون بين زوال العقل بما  
هو معصية ، وبين زواله بما لا معصية فيه ، فالعقد في الحال الاولى عندهم  
صحيح نافذ ، وفي الثانية باطل لا اثر له ، والى هذا ذهب الاحناف  
والشافعية ، وهو احد القولين عند الحنابلة (٢) .

وما يستدلون به على ذلك ان من زال عقله بما هو معصية كسرب  
الخمر ونحوه مخاطب شرعا حال زوال عقله بذلك ، لان الانسان انما يكون  
مخاطبا شرعا ، ابان اعتدال حاله ، وقد جعل البلوغ عن عقل علامة ظاهرة  
لاعتدال الحال تيسيرا للوقوف على حقيقته ، وزوال العقل بسبب السكر  
المحرم شرعا ، لا يفوت هذا المعنى ، فيكون مخاطبا باوامر الشرع ونواهيه  
حينئذ ، حال زوال عقله بما هو معصية .

اما عدم قدرته على فهم الخطاب ، حال فقد عقله ، ولا يعتبر عذرا  
يمنع من توجه الخطاب اليه طالما ان سبب زوال العقل معصية ارتكبتها

---

(١) المراجع السابقة ، وانظر ، المحلى ، - شرح منهاج الطالبين ج / ٣ / ٣٣٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة - وانظر ، حاشية الجمل على شرح المنهاج

عن اختيار ورضا ، فيعتبر الخطاب متوجهاً عليه مع زوال عقله بذلك عقوبة  
 وزجراً له عما ارتكبه من معصية ، سببت له زوال عقله ، فهو بازالته  
 عقله ، بما هو معصية ، مضيعة لما وهبه الله من قدرة على فهم الخطاب  
 وكان بوسعه ان لا يضيعها ، فناسب ان يتحمل منية ذلك ، فلا يزول عنه  
التكليف من جهة التمس وان زال عنه من جهة الاداء ، ومن هنا كان مكلفاً  
 بالعبادات حال زوال عقله وان كان لا يستطيع الاداء ولا يصح منه .

وهذا نستطيع ان نقول ان من زال عقله بما هو معصية مخاطب  
 شرعاً ، واذا كان مخاطباً شرعاً ، فذلك يعني ان زوال العقل بذلك ، لا يبطل  
 شيئاً من الاهلية ، لما تقرر من انها انما تكون بالعقل والبلوغ والمواضع  
 المكتسبة المحرمة كالسكر ونحوه لا تؤثر في العقل بالاعدام ، هل هذا  
 فنلزمه احكام الشرع جميعها ، وتصح سائر تصرفاته . (١)

ولقد اجاب شيخ الاسلام ابن تيمية عن هذا الدليل فقال : " المأخذ  
 الثالث ، مأخذ الائمة منصوص عنهم : الشافعي واحمد : ان حكم التكليف  
 جار عليه " اي على السكران " ليس كالمجنون المرفوع عنه القلم ، ولا النائم ،  
 وذلك ان القلم مرفوع عن المجنون ، والسكران ، معاقب كما ذكره الصحابة .

وليس مأخذ اجود من هذا ، وكذلك قال احمد : ما قيل فيه احسن  
 من هذا ، وهذا ضعيف ايضا ، فانه ان اريد ، انه وقت السكر يوم من وينتهي فهذا  
 باطل ، فان من لا عقل له ، ولا يفهم الخطاب ، لم يدر بشرع ولا غيره ، وعلى

(١) علاء الدين البخاري - كشف الاسرار عن اصول البيهقي ج ٤ / ٤٠٤ .

العبارة صياغة  
 الى محقق  
 لا بد من  
 خلاف ما  
 يدل عليه  
 ظاهراً  
 من غير  
 اهلية العار  
 اهلية الاداء

انه يؤمر ونهى ، بل ادلة الشرع والعقل تنفي ان يخاطب مثل هذا ،  
وان اريد انه قد يؤخذ بما يفعله في سكره فهذا صحيح في الجملة ،  
لكن هذا لانه خوطب في صحوه ، بان لا يشرب الخمر ، الذي يقتضى تلك  
الجنايات ، فاذا فعل المنهى عنه ، لم يكن معذورا فيما يفعله من المحرم  
كما قلت في سكر الاحوال الباطنة : ان كان سبب السكر معذورا ، لم  
يكن السكران معذورا . هذا الذي قلته قد يقتضى ، انه في الحدود  
كالصاحي ، وهذا قريب ، وانا انما تكلمت على تصوفاته ، وصحتها وفسادها ،  
واما قوله تعالى : " لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى " (١) فهو منهي لهم  
ان يسكروا سكارا ، يفوتون به الصلاة ، او منهي لهم عن الشرب قرب الصلاة  
او منهي لمن يدب فيه اوائل النشوة ، واما في حال السكر فلا يخاطب  
بحال " (٢) .

ومن هنا فالذي يظهر لي ، ان الراجح من القولين السابقين :  
القول الاول ، اي ان عقود من زال عقله باى سبب من الاسباب عقود باطلية  
سواء كان المزيل للعقل عارضا سماويا او مكتسبا ، معصية او غير  
معصية .

ولعل من اقوى الادلة الدالة على بطلان عقود من زال عقله  
بسبب السكر ، اي بعارض مكتسب هو معصية ، ما يأتي :

(١) سورة النساء اية رقم (٤٣) .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج ٣٣ / ١٠٥ / ١٠٦ .

٦ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما اعترف ما عزب الزنا ه  
امر بان يستنكه وخشية ان يكون اعترف بما اعترف به وهو  
سكران . (١)

وفي هذا الحديث دلالة على عدم اعتبار اقوال السكران ه اذ لو  
كان لها اثر يترتب عليها ه لما امر عليه الصلاة والسلام باستنكاهه  
ليدرأ عنه الحد ه اذا ثبت انه قال ما قاله وهو سكران . (٢)

ب - قال الله تعالى : " إلا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما  
تقولون " (٣) . فدللت الآية الكريمة على عدم صحة عبادة السكران  
للهي الصريح عن قرب الصلاة مع السكر ه وعلى هذا اجمع علماء  
المسلمين ه كما نقل ذلك ابن تيمية عنهم .

وهذا بخلاف من شرب الخمر دون ان يسكر منها ه فان عبادته تصح  
بشروطها . وانما لم تصح عبادة السكران ه لانه لا يعلم ما يقول ه

---

(١) هذا الحديث اخبره الامام مسلم في صحيحه من حديث بريدة عن ابييه  
في كتاب الحدود ه باب من اعترف على نفسه بالزنا - ورواه ايضا من طرق  
اخرى في نفس الباب المذكور ه وللحديث قصة يمكن ان يرجع اليها -  
انظر صحيح الامام مسلم ج / ٥ / ١١٨ / ١١٩ .

وقوله : " يستنكه " اي امر بان تشم رائحة فمه ه ليعرف اشرب  
خمرا ام لا ه قال في المحيط : " استنكهه شم ربح فمه "

انظر الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٩٢ مادة ( نكه ) .

(٢) انظر - ابن تيمية - الفتاوى ج / ٣٣ / ١٠٦ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٤٣) .



فاذا علم ما يقول ، صحته عبادته كما دل على ذلك القرآن الكريم في الآية السابقة .

ومن هنا يجوز ان نقول : ان كل من بطلت عبادته لزوال عقله فعقوده اولى بالبطلان كما بطلت عقود النائم والمجنون ونحوهما ، اذ قد تصح عبادة من لا يصح تصوفه لنقص في عقله كالصبي والمحجور عليه لسفه ونحوهما . (١)

ج - ان ترتب اثر جميع الاقوال ، كالعقود والاقارير ونحوها ، مشروط بتوفر التمييز والعقل ، فما لم يوجد ذلك لدى المتصرف ، فلا اثر لما يصدر عنه من اقوال .  
فاذا كان عقل السكران قد زال بما تعاطاه من خمر ونحوها ، فكيف يسوغ ان ينسب اليه حينئذ امر او نهى او ايجاب ملك او ازالته ، وهذا معلوم بالعقل مع تقرير الشرع . (٢)

د - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " انما الاعمال بالنيات " (٣)  
فدل الحديث الشريف على ان جميع الاعمال مشروطة بالقصد ، ودخل تحت ذلك سائر التصرفات من عقود وغيرها .

(١) ابن تيمية - الفتاوى ج / ٣٣ / ١٠٦ / ١٠٧ .

(٢) المرجع السابق ج / ٣٣ / ١٠٧ / ١٠٨ .

(٣) هذا الحديث اخرجه الامام البخارى في صحيحه من حديث عمر رضى الله عنه وذلك في كتاب الايمان ، باب ما جاء ان الاعمال بالنية والحسبة ولكل امرئ ما نوى .

انظر ، صحيح الامام البخارى ج / ١ / ١٦ / ١٧ .

هذا المقصد  
خاص

د

والتقصّد قصدان ، قصد عقلي ، وقصد حيواني .

ولا يمكن ان يكون المراد ، بالتقصّد هنا ، التقصّد الحيواني الذي يكون لكل حيوان ، بدليل ان المجانين يملكون هذا التقصد ، كما تملكه سائر البهائم .

وهلّ <sup>هنا</sup> فلا يكفي توفر هذا التقصد ، ليعتبر العقد صحيحاً منتجاً لآثاره ، ان لو كان ذلك كافياً لوجب تصحيح عقود المجانين ونحوهم .

ومن هنا يتضح ان المراد ، بالتقصّد المشروط لسائر التصرفات هو التقصد العقلي الذي يختص بالعقل ، ولا يمكن القول بان من زال عقله بسبب السكر المحرم ، يملك هذا التقصد ، واذا كان ممن لا يملكه فكيف يعتبر عقده صحيحاً مع قوله عليه الصلاة والسلام : انما الاعمال بالنيات (١) .

د

"ان هذا من باب خطاب الوضع والاخبار ، لا من باب التكليف وذلك ان كون السكران معاقباً او غير معاقب ، ليس له تعلق بمصلحة عقوده وفسادها ، فان العقود ليست من باب العبادات التي يثاب عليها ، ولا الجنائيات ، التي يعاقب عليها بل هي من التصرفات التي يشترك فيها البر والفاجر ، والمؤمن والكافر ، وهي من لوازم وجود المخلوق ، فان اليهود والوفاء بها ، امر لا تتم مصلحة الآدميين الا بها لاحتياج بعض الناس الى بعض في جلب المنافع ودفع

(١) ابن تيمية - الفتاوى ج ٣٣ / ١٠٧ / ١٠٨

المضار ، وانما تصدر عن العقل فمن لم يكن له عقل ولا تمييز لم يكن قد عاهد ، ولا حلف ولا باع ، ولا نكح ولا طلق .

يوضح ذلك انه معلوم <sup>الله</sup> ان قبل تحريم الخمر ، كان كلام السكران باطلا بالاتفاق ، ولهذا لما تكلم حمزة بن عبد المطلب رضى الله عنه في سكره قبل التحريم بقوله : هل انتم الا عبيد لابي ، لم يكن مؤاخذا عليه ، وكذلك لما خلط المخلط من المهاجرين الاولين في سورة " قل يا ايها الكافرون " قبل النهي لم يعتب عليه ، وكذلك الكفار لو شربوا الخمر ، وهاهنا ، وشروطوا لم يلتفت الى ذلك منهم بالاتفاق ، ومن سكر سكرًا لا يعاقب عليه ، مثل ان يشرب ما لا يعلم انه يسكره ونحو ذلك .

فأما من سكر بشرب محرم فلا ريب انه يآثم بذلك ، ويستحق من عقوبة الدنيا ، والاخرة ما جاء به امر الله تعالى ، فهذا الفرق ثابت بينه وبين من سكر سكرًا يعذرفيه ، فأما كون عهده الذي يعاهد به الاميين منعقدًا يترتب عليه اثره ، ويحصل به مقصوده فهذا لا فرق فيه بين سكر المعذور وغير المعذور ، لان هذا انما كان الموجب لصحته ان صاحبه فعله وهو عاقل مميز ، لا انه بر وفاجر ، والشرع لم يجعل السكران بمنزلة الصاحي اصلاً (١) .

وهذا نصل الى ان اقوال وتصرفات من زال عقله بعارض مكتسب معصية او غير معصية باطلة لا اثر لها ، والله تعالى اعلم .

(١) المرجع السابق ج ٣٣ / ١٠٨ / ١٠٩

## ثانيا - البلوغ : دأ

يقصد الفقهاء بمرحلة البلوغ : انتهاء مرحلة الصغر لدى الانسان  
وابتداء مرحلة التكليف ، باوامر الشرع ونواهيه . (١)

ومعرف بلوغ الانسان لهذه المرحلة بامور منها ما يشترك فيها  
الذكر والانثى ، ومنها ما تختص به الانثى دون الذكر ولعل من المفيد ان ابين  
هذه الامور عند الفقهاء قبل ان ابين حكم اشتراط البلوغ لصحة العقد ولو  
بشيء من الايجاز ، فالامور المشتركة بين الذكر والانثى ثلاثة :

الامر الاول ، الانزال : وهو خروج المنى من القبل باحتلام او وطيء ، او  
غيرهما .

والمراد بالمنى : الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، وليس  
هذا فيشمل ماء الذكر والانثى لان الولد يخلق منهما (٢) . فمتى خرج  
هذا السائل من قبل الذكر ، او من ترائب الانثى بجماع او احتلام او نحوهما  
كان ذلك دليلا على ابتداء تطور البلوغ لدى الانسان ، ذكرا كان او انثى .

(١) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج / ٩ / ٢٦٩ ، ع عيش - شرح منح  
الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ١٦٥ ، ع السيوطي - الاشباه والنظائر  
٢٢٣ / ٢٢٤ ، ع الامدي - الاحكام في اصول الاحكام ج / ١ / ١٥٠ ، ع البيهوتي  
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٤٤٣ .

(٢) الموهباني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ٢٧٠ مطبوع مع  
شرح فتح القدير ، والعناية وحاشية سعدى ، ابن عابدين - رد المختار  
على الدر المختار ٩٧ / ٥ / ٠ ، واما افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر =

وقد نقل ابن قدامة ، وابن المنذر من الحنابلة ، اجماع العلماء على ذلك (١) ، لقوله تعالى : " وَاِذَا بَلَغَ الْاَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا " (٢) .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم

حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يحتلم " (٣) .

فدل القرآن الكريم والسنة المظهرة على ان الانزال علامة على بلوغ

مرحلة التكليف بأوامر الشرع ونواهيه ، حيث جملا الاحتلام ، سببا

لتوجه الخطاب الشرعي الى الصيـان بالامر والنهي ، والاحتلام لا يعتبر

الامع الانزال ، لان الاحتلام كما قال ابن عابدين : " جمل اسما

لما يراه النائ من الجماع ، فيحدث معه انزال المنى غالبا ، فغلب لفظ

الاحتلام في هذا دون غيره ، من انواع المنام لكثرة الاستعمال " (٤) .

---

== ج / ٢ / ٤٤٤ ، عيشي - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل  
ج / ٣ / ١٦٧ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٢٩١ ، حاشية  
الجميل على شرح المنهج ج / ٣ / ٣٣٦ / ٣٣٧ ، البهوتي - كشاف القناع  
عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٤٣ ، ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٥ / ٣٤٦ .

---

(١) ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٥ - البهوتي - كشاف القناع عن متن  
الاقناع ج / ٣ / ٤٤٣ .

(٢) سورة النور اية رقم (٥٩)

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص من هذه الرسالة .

(٤) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٥ / ٩٧ ، عيشي - شرح

منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ١٦٧ ، ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٥ ،

حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣ / ٣٣٨ الاردبيلي - الانوار لاعمال الابوار

ج / ١ / ٤٤٠ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ١٧٨ .

الامر الثاني • الانبات : وهو نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل او فرج المرأة (١)

وللقها في ثبوت البلوغ بظهور هذه العلامة • وثلاثة اقوال :

القول الاول : ان البلوغ يثبت بمجرد نبات الشعر الخشن حول ذكر الفلام او فرج

الجارية ولا اعتداد بالشعر الضعيف الذي يطلق عليه الزغب •

والى هذا القول ذهب المالكية والحنابلة • وهو احد الوجهين عن

الشافعية • ورواية عن ابي يوسف من الاحناف • (٢)

القول الثاني : ان نبات الشعر الخشن • امانة على البلوغ • بالسن او بالاكتلام

في حق الكافر ون المسلم • ومعنى هذا • انه لو شهد عدلان على عدم بلوغه •

لسن الخامسة عشرة او عدم احتلامه • فلا يحكم ببلوغه بمجرد الانبات •

والى هذا ذهب الشافعية في احد الوجهين عندهم • (٣)

وذلك نظرا الى ان البينة لو شهدت على ان الشعر ظهر قبل الاحتلام

او قبل سن البلوغ فلا يمكن ان يعتبر الانبات لوحده دليلا كافيا لاثبات البلوغ

لان الانبات علامة لا يلزم اطرافها ان قد يبىدو الشعر الخشن حول القبل قبل

---

(١) المراجع السابقة •

(٢) المراجع السابقة •

(٣) المراجع السابقة - هذا هو القول المعتمد عند الشافعية كما قال  
الجميل في حاشيته على شرح المنهج • وحكى ابن الرفعة من  
الشافعية • قولان غير هذا :

احدهما : ان الانبات امانة على البلوغ بالاكتلام بخصوصه •

والثاني : انه امانة عليه بالسن بخصوصه •

انظر : النظرى - شرح المنهج وحاشية الجميل عليه ج / ٣ / ٣٣٨ •

انتها مرحلة الصبا لزيادة حرارة ، او اضطراب بعض غدد الجسم ، ونحو ذلك .

واما وجه التفريق في ذلك بين المسلم والكافر ، فلان المسلم يتهم باستعمال الحكم بالبلوغ تشوفا للولايات ، فلا يعتبر الانبات علامة في حقه لاتهامه بذلك ، بخلاف الكافر فان ثبوت البلوغ يفضى به الى القتل او الجزية او ضرب الرق في الانثى . (١)

القول الثالث : ان نبات الشعر لا يعتبر علامة على البلوغ ، لانه مجرد نبات شعر ، فأشبهه في ذلك نبات ، الشعر في سائر البدن ، والنسب هذا ذهب الاحناف . (٢)

والراجع فيما يظهر لي : الرأي الاول : القائل بان نبات العانة علامة يثبت بها البلوغ .

وفلك نظرا لما ثبت ، من ان النبي صلى الله عليه وسلم ، عندما اوعز لمعد بن معاذ ليحكم في بنى قريضة " حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وامر ان يكشف عن مؤثرهم ، فمن اثبت فهو من المقاتلة ، ومن لم يثبت الحقوه بالذرية ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : لقد حكم بحكم

(١) انظر المرجع السابق - وانظر ايضا ، النوى - روضة الطالبين ج ١٢٨/٤/١٧٨ ، حاشية الكثرى على الانوار للاردبيلي ج ١/١١/٤٤٠ .

(٢) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٩٧/٥/١٧٧ حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج ٢٠٣/٥/١٧٧ .

الله من فوق سبعة اربعة . (١)

وقال عطية القرظي رضي الله عنه : " عرضا على النبي صلى الله

عليه وسلم يوم قريظة ، فكان من انبت قتل ، ومن لم ينبت خلى سبيله ،

فكفت ممن لم ينبت فخلى سبيلي . " (٢)

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " اقتلوا شيخي المشركين

واستحيوا شرخهم ، والشرخ : الغلمان الذين لم ينبتوا . " (٣)

فدلت النصوص السابقة على ان الانبات ، علامة على ثبوت مرحلة البلوغ

حيث امرت بتطبيق العقوبة المقدرة على من انبت دون غيره ، فثبوت العقوبة

في حقه دليل على ان الانبات ، علامة على ثبوت البلوغ ، اذ لا توقع العقوبة المقدرة

الا على من توجه الخطاب الشعي اليه بالامر والنهي ، والصبي الذي يبلغ

بعد ، لا يتوجه اليه شيء من ذلك .

---

(١) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في كتاب الجهاد والسير ، باب :

جواز قتال من نقض العهد ، وجواز انزال اهل الحصن على حكم حاكم عادل ،  
اهل للحكم .

الا ان الامام مسلم رحمه الله ، لم يذكر في الحديث ، ان سعد بن معاذ : امر

ان يكشف عن مؤثرهم - الى اخر الحديث .

والواقع ان هذه الزيادة صحيحة ثابتة في حديث عطية القرظي ، وسيأتي تخريجه

بعد هذا الحديث ، انظر - صحيح الامام مسلم ج / ٥ / ١٦٠ / ١٦١ ،

الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخهار ج / ٥ / ٣٧٠ .

(٢) هذا الحديث اخرجه الخمسة ، وصححه الترمذي ، وابن حبان والحاكم

وقال : بانه على شرط البخاري ومسلم ، وايداه في ذلك الصنعاني في كتابه

سهل السلام . انظر : الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد =



ثم ان شعر المانة ظاهرة ياحبها البلوغ غالبا ، عند كل من الذكر  
والانثى ، فكان ذلك امارة على ثبوت البلوغ كالاختلام والسن .

ولان ما يخرج من بدن الانسان ، اما متصل واما منفصل ولما كان احد  
انواع المنفصل وهو الانزال ، يثبت به البلوغ ، كان كذلك المتصل . (١)

واما قول الشافعية بان شعر المانة قد يخرج قبل انتهاء مرحلة  
الصبا لحرارة ونحوها ، فيبدو فيما يظهر انه امر نادر ، قليل الحدوث ، فلا  
يحتبر مانعا من ثبوت البلوغ بواسطته ، ثم ان هذا الاحتمال لا يمارض  
به ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك .

ويمكن ان يقال في تفريقهم بين المسلم والكافر في ذلك : بان  
البلوغ امر ليس له علاقة باسلام او كفر ، وانما هو : قوة تنقل الانسان  
من مرحلة الطفولة الى مرحلة النضج والادراك والمسلم والكافر في ذلك

---

== الاخيار ج / ٥ / ٣٧٠ ، الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام  
ج / ٣ / ٥٨ .

(٢) هذا الحديث اخبره الترمذي وصححه ، انظر - الشوكاني - نيل الاوطار  
من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٣٧٠ .

---

(١) ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٥ / ٣٤٦ ، البهوتي - كشاف القناع عن  
متن الاقناع ج / ٣ / ٤٤٤ - مطالب اولي النهي في شرح غايبة  
المنتهى ج / ٣ / ٤٠٢ ، علبيش - شرح منج الجليل على مختصر الملامة خليل  
ج / ٣ / ١٦٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٢٦٤ حاشية  
الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٢٩١ .

سواءً ، فما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كالاختتام ولو كان اتهم المسلم ، باستعمال نبات الشمر مانعاً من ثبوت البلوغ بواسطته ، فكان احتمال ادعاء الاختتام قبل حدوثه في الواقع لنفس الغرض ، مانعاً أيضاً من اعتبار الاختتام علامة على ثبوت البلوغ ، مع ان الاختتام لا يعرف الا من جهته بخلاف نبات شمر العامة . (١)

الامر الثالث ، العمر : ما يثبت به البلوغ عند الفقهاء ، تقدم العمر بالانسان ، الا انهم اختلفوا في عدد سنى العمر التي يثبت عندها البلوغ وفيما يلي بيان آرائهم في ذلك بشيء من الايجاز :

اولاً : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والاوزاعي وابويوسف ومحمد من الاحناف الى ان السن المعتبرة للبلوغ في حق الغلام والجارية سن الخامسة عشرة . (٢)

ثانياً : اختلفت الرواية عن الامام ابي حنيفة في بلوغ الغلام ، وله في ذلك ثلاث روايات :

الاولى : ان يتم له خمسة عشرة سنة ، كما هو رأي جمهور الفقهاء الا انها كما يظهر رواية مرجوحة عند الاحناف .

---

(١) ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٦ .  
(٢) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابوار ج / ١ / ٤٤٠ ، ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٦ الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٠٣ .

الثانية :  
\_\_\_\_\_ ان يتم له ثمان عشرة سنة ، وهي اصح الروايات ، وارجحها  
عند الاحناف ، وذلك لقوله تعالى : " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى  
هي احسن حتى يبلغ اشده " . (١)

" واشهد الصبي ثمان عشر سنة هكذا قال ابن عباس ، والقتيبي ،  
وقيل اثنتان وعشرون سنة ، وفي قول عمر خمسى وعشرون سنة ، واقل  
ما قيل فيه ثمان عشرة سنة ، فوجب تعليق الحكم بـ \_\_\_\_\_  
للاحتياط " . (٢)

الثالثة :  
\_\_\_\_\_ ان يبلغ تسع عشرة سنة " قيل المراد ان يطمن في التاسعة  
عشوة ، فلا اختلاف بين الروايتين الثانية والثالثة ، لانه لا يتم له ثمانى  
عشوة سنة الا يطمن في التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية  
حقيقة ، لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة<sup>(٣)</sup>  
اما بلوغ الجارية عند الامام ابي حنيفة ، فحتى تستكمل سبع عشرة  
سنة ، وانما قصرت عن الفلام من ذلك بسنة واحدة " لان نشوء  
الاناث وادراكهن اسرع فزدنا في حق الفلام سنة لاشتغالها  
على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة ، فيقوى  
فيه . (٤)

---

(١) سورة الانعام ، اية رقم (١٥٢) .

(٢) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج / ٥ / ٢٠٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

ثالثاً :- ذهب المالكية في المشهور عنهم ، الى ان السن المعتبرة للبلوغ ثمان عشرة سنة ، ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى ، (١) ولم اعثر في الواقع على دليل في ذلك ، ولعلمهم انما رأوا ذلك على اعتبار ان اقل ما فسره بلوغ الاشد ، الوارد في الاية الكريمة : ثمان عشرة سنة ، فجب تعليق الحكم به للاحتياط ، كما قال ذلك الاحناف .

وللمالكية في السن المعتبرة للبلوغ ، اربع روايات اخرى ، عداما هو مشهور عنهم ، فقيل بان يتم له خمس عشرة سنة ، وقيل ست عشرة سنة ، وقيل سبع عشرة سنة ، وقيل تسع عشرة سنة . (٢)

ولعل الراجح من ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان السن المعتبرة للبلوغ سن الخامسة عشر في حق الذكر والانثى على حد سواء .  
وذالكما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : " عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانا ابن اربع عشرة سنة ، فلم يجزني في القتال ، ورضت عليه وانا ابن خمس عشرة سنة فأجازني " (٣) .

---

(١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج / ٥ / ٥٩ :

(٢) المرجع السابق .

(٣) هذا الحديث متفق عليه ، اخوجه الجماعة وزاد فيه البيهقي وابن حبان في صحيحه بعد قوله : " لم يجزني ولم يرنى بلغت " قوله : " فأجازني ورأني بلغت " وقد صحح هذه الزيادة ابن خزيمة ، انظر في هذا : الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٣٧٠ / ٣٧١ الضعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٣ / ٥٧ .

ففي اجازة النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر في القتال وهو ابن خمس عشرة سنة وهدم اجازته له في ذلك وهو ابن اربع عشرة سنة ، دليل على ان <sup>ابن</sup> الخمس عشرة مخاطب بأوامر الشرع ونواهيها ، ولا يخاطب بذلك الا البالغ .

واذا ثبت هذا ، فان السن لما كان معنى يحصل به البلوغ وهو معنى

يشارك فيه الذكر والانثى لم يكن هناك ما يمنع من ان يستويان فيه كالانزال .

والذي يظهر لي ان ادلة من يروى خلاف ذلك لا تقوم في مقابلة

ما ثبت عن الرسول عليه افضل الصلاة والتسليم من ان البلوغ يثبت عند تمام

الخامسة عشر . (١)

اما ما يختص بثبوت بلوغ الانثى دون الذكر ، فامران :

الامر الاول : الحيض ، فالحيض عند الفتاة امر يثبت به بلوغها باجماع العلماء كما

نقل ذلك عنهم ابن قدامة في كتابه المغنى (٢) ، وذلك لقوله عليه افضل

الصلاة والسلام : " لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار " (٣) .

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٤٦٦ - ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) هذا الحديث اخرجه ابوداود والترمذى في كتاب الصلاة وابن ماجه في كتاب الحيض وقال الترمذى حديث حسن ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحهما ، ورواه الحاكم في المستدرک في اثناء الصلاة وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه واطفه لسخلاف فيه على قتادة ، ثم اخرجه عن سعيد عن قتادة عن الحسن ، واليه اشار ابوداود في سننه ، ورواه احمد واسحاق بن راهويه ، وابوداود الطيالسي في مسانيدهم - انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١ / ٢٩٥ / ٢٩٦ .

فقدم قبول صلاة الحائض الا بخمار فدليل على انها اصحت بالحيف  
 في زمرة المخاطبين باحكام الشريعة الاسلامية ولا يخاطب بذلك الا بالسخ  
 لقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى  
 يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يبلغ " (١)

اما الامر الثاني : فهو الحمل ، حيث لا اعلم خلافا بين الفقهاء ايضا على اعتباره  
 امرا يثبت به بلوغ المرأة " لان الله تعالى اجري العادة ان الولد لا يخلق  
 الا من ماء الرجل والمرأة قال الله تعالى : " فلينظر الانسان ما خلقه خلقه  
 من ماء دافق ، يخرج من بين الصلب والترائب " (٢) قيل بالصلب للرجل ،  
 والترائب للمرأة ، فاذا حبلت المرأة ، كان ذلك دليلا على خروج الماء من  
ترائبها وخرجه دليل على بلوغها ، فيحكم به في الوقت الذي حصل الحبل  
 فيه " (٣) .

هذا هو معنى البلوغ ، وهذه علاماته عند كل من الذكر والانثى ، فهل  
 يعتبر شرطا للمحير فلا يصح عقد العارية الا ببلوغه ، ام ليس ذلك بشرط  
 فيكفي ان يكون المحير مميذا ، وقد اذن له في التصوف المالي من قبل وليه .

- 
- (١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ٨٨ من هذه الرسالة .  
 (٢) سورة الطارق - الايات رقم (٥) (٦) (٧) .  
 (٣) ابن قدامه - المغنى ج ٤ / ٣٤٦ ، المرغيناني - الهداية شرح  
 بداية المبتدى ج ٩ / ٢٧٠ مطبوع مع شرح فتح القدير ، والعناية وحاشية  
 سـ صدى ، مختص خليل ج ٢٢٩ ، الشيرازي - المهذب ج ١ / ٣٣٧ .

نجد للجابة على هذه التسلولات : ان للفقهاء قولين في هذه المسألة :

القول الاول : ان بلوغ الميعر شرط لصحة عقد العارية فلا يصح العقد بدون ذلك ، سواء كان الصبي ماذونا له بالتجارة ، او لم يؤذن له بذلك .  
والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .<sup>(١)</sup>

القول الثاني : ان البلوغ لا يعتبر شرطا لصحة عقد العارية ، بل يكفي ان يكون الميعر صبيا مميذا ، وقد اذن له في التجارة ، وذلك نظرا الى ان العارية من توابع التجارة ، فيملكها الصبي المميز بالاذن له بالتجارة ، والى هذا ذهب الاحناف .<sup>(٢)</sup>

والذي يظهر لي ان الراجح من القولين : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان البلوغ شرط لصحة عقد العارية ، فلا يكفي ان يكون الميعر مميذا ماذونا له بالتجارة وذلك نظرا الى ان الصبي محجور عليه لحفظ نفسه ، والمتبرع في عقد العارية لا يدخل في ملكه شيء ، يقابل ما خرج منه فلاحظ حينئذ للصبي في مثل هذا التصرف بلا شك ، وهذا بخلاف المعاوضة ، فانها لما كانت تقتضى ان يدخل في مقابل ما خرج من الملك شيء يعرض عنه ،

---

(١) محمد عيسى - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ١٦٩/٣ ، الشيرازي - المهذب ج ٣٧٠/١ ، ابن قدامه - المنى ج ١٦٦/٥ ، ج ١٦٦/٥ .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٨/٨ .

صح ذلك التصوف من الصبي المأذون له بالتجارة ، عند من يرى ذلك ،  
لانتفاء الضرر عن ماله حينئذ بما دخل فيه كعوض عما خرج منه ، فمراعاة لحظ  
الصبي في ماله ، منع من التبرع ، إذ ليس أضر على المال من ان يتصرف  
فيه بدون عوض ، على ان الحجر عليه ، انما كان للمحافظة على مصالحه  
العالية .

وما استدل به الاحناف من ان المارسة من توابع التجارة فيملكها  
الصبي المأذون له ، امر لا يظهر لي ، لان الاعارة تملك للمنفعة بخير عوض  
والحجر على الصبي انما كان لحظ نفسه ، فاذا مكن من انفاق ماله من  
غير عوض ، كان ذلك مخالفة لما من اجله وجب الحجر عليه ، وهو المحافظة  
على ماله من الضياع .

والله اعلم بالصواب .



## ثالثا - الرشد : دال

اختلف الفقهاء في المراد بالرشد ، هل هو الصلاح في الدين اى بمعنى عدم الفسق او هو الصلاح في المال ، الذى هو عدم السعة ، او هو الصلاح فيها ، اى في الدين والمال :  
الواقع ، ان للفقهاء في ذلك قولين :

القول الاول : ان المراد بالرشد : الصلاح في المال والقدرة على حسن التصرف فيه وان كان المتصرف بذلك فاسقا .

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والحنابلة وهو القول المعتمد عند المالكية واليه ذهب ابن جرير ، وابو اسحاق المروزي وهو الاظهر من مذهب الشافعي كما قال ذلك المطيعي ونسبه ابن قدامه والقرطبي الى عبد الله بن عباس رضى الله عنه كما نسبه القرطبي الى السدي والثوري والضحاك وسعيد بن جبير والشمسي . (١)

القول الثاني : ان المراد بالرشد الصلاح في الدين والمال معا فلا يكتفى الصلاح في احدهما عن الاخر .

والى هذا القول ذهب المدنيون من اصحاب مالك ، وهو الراجح عند

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ١٩٨ ،  
التسولي - البهجة في شرح التحفة ج ٢ / ٢٩٣ / ٢٩٤ ، ابن قدامه  
المعنى ج ٤ / ٣٥٠ / ٣٥١ .  
المرداوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٥ / ٣٢٢ ، الطيبري  
جامع البيان عن تاويل القرآن ج ٧ / ٥٧٦ / ٥٧٨ ، القرطبي - الجامع =

الشافعية واليه ذهب الحسن البصرى وابن المنذر <sup>وه</sup> وع قال ابن عقيل من الحنابلة . (١)

---

== لاحكام القرآن ج / ٣٧/٥ المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ٣٦٨/١٣ ، حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للاردبيلي ج / ٤٤١/١ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٦/١٠٧ . وما قاله المطيعي من ان هذا القول هو الاظهر من ذهب الامام الشافعي ، يرد عليه ما جاء في الروضة من انه وجه في المذهب وهو شان ضعيف ، انظر النووى - روضة الطالبين ج / ١٨١/٤ . والمراد بالصلاح في المال : عدم تبذيره واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع كما اشار الى ذلك البابرقي وقاضى زاده من الاحناف ، وغالب اقوال الفقهاء تدور حول هذا المعنى . انظر: البابرقي على الهداية ج / ٢٥٩/٩ ، قاضى زادة - نتائج الافكار ، في كشف الرموز والاسرار ج / ٢٥٩/٩ هذان الكتابان مطبوعان في كتاب واحد ومعهما الهداية وحاشية سعدى افندى . وانظر: الدردير - الشرح الصغير ج / ١٤٢/٢ مطبوع بهامش بلغة السالك ، الشيرازى - المذهب ج / ٣٣٨/١ النووى - روضة الطالبين ج / ١٨٠/٤ ، ابى البركات - المحرر ج / ٣٤٧/١ - ابن قدامه - المعنى ج / ٣٥٠/٤ .

---

(١) التسولى - البهجة في شرح التحفة ج / ٢٩٤/٢ ، الشيرازى - المذهب ج / ٣٣٨/١ النووى - روضة الطالبين ج / ١٨١/٤ ، ابن قدامه - المعنى ج / ٣٥٠/٤ المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ٣٦٨/١٣ ، المرادوى - الانصاف ==

وما استدل به اصحاب هذا القول ، قوله تعالى : " وابتلوا  
اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً ،

---

== في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٣٢٢ / ٥ ابن حميد - القيود  
الواردة على استعمال الملكية / ١٠٢ / ١٠٣ . والمراد بالصلاح في الدين  
عند القائلين به : " ان لا يفعل محرماً يبطل العدالة ، من ارتكاب كبيرة او  
اصرار على صغيرة ، اما ما يبطل المروءة ، كالاخلاق بتقاليد الناس واهداء تهم  
المباحة شرعاً فلا يسقط الرشيد ، قالوا : لان الاخلاق بالمروءة ، لا  
يحرم على المشهور " . انظر : ابن حميد - القيود الواردة على  
استعمال الملكية / ١٠٥ / ١٠٦ ، وانظر : المحلى - شرح منهاج الطالبين  
ج / ٢ / ٣٠١ وانظر حاشيتي القليوبي وغيره على الشرح المذكور وهما  
مطبوعتان معه في كتاب واحد . حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣ / ٣٤٠  
النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ١٨٠ الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٤٨ .  
ويجب التنبيه الى ان الشافعية ، وان كان المراد بالرشيد عندهم الصالح  
في الدين والمال معاً ، الا ان الرشيد بمعنى الصالح في الدين خاصة ،  
لا يعتبر شرطاً لصحة تصوف من بلغ صلاح الدين وماله ، ثم عاوده الصالح  
في الدين فقط ، حيث لا يحجز عليه عندهم بهذا السبب ، بخلاف  
ما اذا قارن عدم الصالح في الدين ، بالبلوغ ، فانه يحجز عليه ، لان الاصل  
بقاؤه ، فاذا زال الحجر بثبوت الصالح في الدين والمال بعد البلوغ فلا يعاد  
الحجر عليه بمعاودته للفسق دون السفه ، قالوا : لان الاطلاق من الحجر  
ثبت ولا اصل بقاؤه ، ولان السلف الصالح لم يحجروا على الفسقة ، ولان ==

فادفعوا اليهم اموالهم " (١) .

فقوله " رشدا " نكرة في سياق الشرط ، والنكرة في سياق الشرط ، تعم ، ومن هنا فالرشد الوارد في الآية الكريمة يعم الصالح في الدين والمال .

وهو يد هذا ما روى عن ابن عباس في معنى الرشد ، عند

تفسيره لهذه الآية حيث قال : الرشد : الحلم والعقل والوقار .

وهذه الصفات لا تتواجد في انسان مفسد لدينه اولماله ، فكان

من ضرورة ، توفر هذه الصفات فيه ، ان يكون مسلحا في الدين والمال معا . (٢) .

---

== الفسق لا يتحقق به اتلاف المال ، ولا عدم اتلافه بخلاف السفه فانه لو بلغ رشيدا ثم عاوده السفه فانه يحجر عليه لتحقق اتلاف المال بوجوده وبالتالي فالرشد بمعنى الصالح في المال شرط لصحة تصرف المحجور عليه بسبب السفه ، سواء كان الحجر عليه بعد البلوغ مباشرة او بعد ثبوت رشده ، ومعاذته للسفه .

انظر في هذا : الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج / ١ / ٤٤١ ، وانظر :

حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ، وهي مطبوعة معه في كتاب واحد .

---

(١) سورة النساء اية رقم (٦) .

(٢) المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ١٣ / ٣٦٨ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ١٦٦ ، ومعها حاشيتي الشرواني والعبادي ، ابن حميد القيود الواردة على استعمال الملكية / ١٠٣ / ١٠٤ .

ثم ان الفاسق غير رشيد بلا شك لان من تدنى في امور دينه  
وقصر فيها فقد وجد منه بذلك ما يمنع من الثقة به في حفظ ماله ورعايته وحسن  
التصرف فيه .

وذلك لانه لما منح افلده لدينه قبول قوله ، وثبوت الولاية  
له على غيره ، فكذلك يمنع من الثقة به في حسن ادارته لشئونه المالية ،  
وليس من شرط ذلك ان يعرف منه كذب او تبهير . (١)

ولعل القول الراجح من هذين القولين : ما ذهب اليه جمهور  
الفقهاء من ان المراد بالرشد الصالح في المال فقط .

وذلك ، لان الله سبحانه وتعالى ، قال : " فان آمنتم  
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم " . (٢)

فقوله : " رشدا " نكرة في سياق الاثبات فتخص ، لا نكرة  
في سياق الشرط فتعم .

ومن هنا ، فكل من احسن في ادارة ماله ورعايته ، واجاد التصرف  
فيه ، فقد تحقق منه رشد بلا شك .

ويؤيد هذا ما روى عن ابن عباس ، من ان المراد بالرشد هنا :  
الصالح في المال . ولان العدالة لا تعتبر في الرشد على الدوام فلا تعتبر  
في الابتداء كالزهد في الدنيا ، فمن بلغ مصلاحا لدينه وماله فمكن من ممتلكاته ،  
ثم فسق بعد ذلك ، فلا يحجر عليه ، باجماع الفقهاء ، كما نقل ذلك

(١) ابن قدامة - المعنى ج ٤ / ٣٥٠ .

(٢) سورة النساء اية رقم (٦) .

الطبرى عنهم . (١)

ثم ان الحجر على من لم يبلغ الرشد انما هو للمحافظة على ماله  
فاذا احسن التصرف فيه ، فقد اشتهه العدل ، فيرتفع عنه الحجر بذلك  
وان كان فاسقا ، لزوال ما من اجله كان الحجر عليه . (٢)  
واما استدلال الشافعية ومن معهم بقول ابن عباس : الرشد  
الحلم ، والعقل والوقار .

فيمكن ان يجاب عنه : بان ما قاله ابن عباس في المراد بمعنى الرشد  
لا يقتضى الصلاح في الدين وانما يستلزم الصلاح في المال ، لان سياق الاية  
في هذا الموضوع ، ويؤيد هذا ما روى عن ابن عباس نفسه : من ان الرشد :  
الصلاح في المال فقط . (٣)

واما قولهم : ان كلمة " رشدا " الواردة في الاية الكريمة نكرة  
في سياق الشرط ، فتعم ، امر قد لا يسلم به ، لان سياق الاية الكريمة  
كما قلنا ، في حفظ المال دون غيره ، فيحمل معنى الرشد على الصلاح  
فيه .

وقال الرازى في ذلك : " اما الرشد فمعلوم ، انه ليس المراد  
الرشد الذى لا تعلق له بصلاح المال بل لا بد ان يكون هذا مرادا  
لان المراد بالابتلاء في قوله : " وابتلوا اليتامى " هو ابتلائهم فيما يتعلق

- (١) الطبرى - جامع البيان عن تأويل القرآن ج ٧ / ٥٧٧ / ٥٧٨ ، القرطبي -  
الجامع لاحكام القرآن ج ٥ / ٣٧ ، ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٥١ ، ابن  
حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٧ / ١٠٨ .  
(٢) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٥١ .  
(٣) المراجع السابقة .

بمصلحة حفظ المال ثم قال سبحانه : " فان آنتم منهم رشدا " يجب ان يكون المراد : فان آنتم منه رشدا في حفظ المال وضبط مصالحه ، فان لم يكن المراد ذلك تفكك النظم ولم يبق للبعض تعلق بالبعض ، واذا ثبت هذا ، علمنا ان الشرط المعتبر في الاية هو : حصول الرشدا في رعاية مصالح المال " (١) .

واما قولهم : بان الفاسق غير رشيد فمسلم بالنسبة ، لدينه فقط اما بالنسبة لماله فغير مسلم لانه يحسن التصرف فيه ، ويجيد رعايته والحفاظ عليه فهو رشيد في ذلك اذن . وعدم رشدا الفاسق من جهة الدين فقط ، لا يوجب الحجر عليه في ماله ، لانتقاض ذلك بالكافر ، فهو بلا شك غير رشيد لكفره ، ومع هذا لم يحجر عليه التصرف في ماله لهذا السبب ولو كانت المدالة شرطا في الرشدا لزال بزوالها كحفظ المال " (٢) .

ولا يلزم من عدم الاعتداد بقول الفاسق ان لا يحجر عليه ، فان من يفرض في التقيد بالتقاليد والاعراف المباحة لا تقبل شهادته ، ولكن يدفع اليه ماله ، فليس كل من لا يقبل قوله يحجر عليه ، فلا يمكن من ماله . (٣) .

- 
- (١) الرازي - التفسير الكبير ج / ١٨٨ / ٩ / ١٨٩ ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٤ .  
(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٣٥١ / ٤ ، الزلمي - تبين الحقائق شرح كسر الدقائق ج / ١٩٨ / ٥ .  
(٣) المرجعين السابقين .

وهذا نصل الى ان الراجح في المراد بالرشد : الصلاح في المال وحسن التصرف فيه كما هو رأى جماهير الفقهاء .

وإذا ثبت هذا : فهل يعتبر الرشيد ، بمعنى الصلاح في المال شرطاً لصحة تبرع المحجور عليه بسبب السفه سواء كان التبرع تبرعاً بعين المال ، او بمنفتمته ، ام يكفي لصحته ان يكون المتبرع حراً بالغا عاقلاً ، ولا اعتبار بعد ذلك لكونه رشيداً او سفياً .

الواقع ، ان الفقهاء في ذلك فريقان :

الفريق الاول : يرى الحجر على السفه الذى لا يحسن حفظ ماله ، وبالتالى فالرشيد شرط لصحة تبرع المحجور عليه بسبب السفه ، عند علماء هذا الفريق ، ومثله : جماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، وابو يوسف ومحمد من اصحاب الامام ابي حنيفة ، وابن المنذر والقاسم بن محمد بن ابي بكر الصديق وغيرهم .

وقال ابن المنذر : " اكثر علماء الامصار من اهل الحجاز والمراق

والشام ومصر : يرون الحجر على كل منيع لعله صغيراً كان او كبيراً .

وقال الامام مالك : " لو غضب بالحناء ولم يؤمن منه رشيد لم

يدفع اليه ماله " .

وقال الطحاوى : " لم ار عن احد من الصحابة منع الحجر

عن الكبير ، ولا من التابعين ، الا ابراهيم النخعي وابن



سيرين " (١) .

اما الفريق الثاني : فيرى عدم الحجر على من لا يحسن حفظ ماله والتالي ه فهم يقولون باشتراط الرشيد لصحة عقد المارية ونحوها ه بل يصح العقد عندهم وان كان الماقد سفيها ه لا يحسن حفظ ماله ورعايته ومثل هذا الفريق : الامام ابو حنيفة ه وابن سيرين والنخعي وابن حزم الظاهري . (٢)

واستدل هو<sup>لا</sup> لرأيهم بادلة كثيرة من اقواها فيما يظهر لي ما يأتي :

٢ - قال الله تعالى : " ولا تاكلوا اسرافا ومدارا ان يكبروا " (٣) .  
قال الزيلعي من الاحناف في بيان وجه دلالة هذه الاية على ذلك : " المراد بالاية : الصغار ه لان معنى الاية والله اعلم ه لا تاكلوا اموالهم تبادرون كبرهم ه مخافة ان يكبروا ه فلا يكون للاولياء عليهم ولايئة

---

(١) الشاذلي - كفاية الطالب الرباني ج ٢/٢١٨ ه السيد الهكري - اعانة الطالبين لحل الفاظ فتح المصين ج ٣/١٢٨ ه الميهوتي - كشاف القناع عن متن الاقتناع ج ٣/٤٤٤/٤٤٥/٤٥٣ ج ٤/٦٣/٣٠٣ ه المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩/٢٥٩ ه الزيلعي - تبیین الحقائق شرح كز الدقائق ج ٥/١٩٢ ه مالك بن اعني - المدونة ج ٥/٢٢٠/٢٢١ ه ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٥/٤٦٥ ه ابن قدامة - المغنى ج ٤/٣٤٤ ه ابن حميد - التقييد الواردة على استعمال الملكية /٧٥ وما بعدها من صفحات .

(٢) البابرني - العناية شرح الهداية ج ٩/٢٥٩/٢٦٠ مطبوع مع نتائج الافكار والهداية وحاشية سعدى ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٨/٩٠/٩١ ابن قدامة - المغنى ج ٤/٣٥٢ ابن حزم - المحلى ج ٨/٢٢٨ وما بعدها من صفحات .

(٣) سورة النساء اية رقم (٦) .

بعد الكبر وهو البلوغ ، فتنزع الاموال من ايديهم بالكبر ، وهذا يشهد لمذهب  
ابي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر (١) هـ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان ليس كل من اصبح كبيراً  
يرتفع عنه الحجر ، بدليل ان الصغير المجنون لا يرتفع عنه الحجر اذا بلغ  
وهو لا يزال في جنونه ، كما يقع عليه الحجر اذا جن حال كبره ، وهذا لا خلاف  
فيه بين الفقهاء . (٢)

ب - قال الله تعالى : " لن تناولوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " (٣) .  
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما من يوم يصبح على المباد  
فيه ، الا ملكان ينزلان فيقول احدهما : اللهم اعط منفقا خلفا ، ويقول الاخر  
اللهم اعط ممسكا تلفا . (٤)

فدلت الاية والحديث على " ان كل احد مندوب الى فعل الخير والصدقة  
والمتق والنفقة في وجوه البر ليقى نفسه بذلك نار جهنم . . . . . والمبذرون مأمورون  
منهيون متودعون بالنار ، مندوبون موعودون بالجنة ، فقراء الى انقاذ انفسهم  
منها كقفر غيرهم سواء بسواء ، ولا مؤنة ، فلا يخرج من هذا الحكم الا من

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج / ٥ / ٣٩٣ .

(٢) ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية / ٨٠ .

(٣) سورة آل عمران - اية ٩٢ .

(٤) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي  
الله عنه في كتاب الزكاة باب المنفق والممسك . انظر - صحيح الامام مسلم

ج / ٣ / ٨٣ / ٨٤ .

أخرجه النص ، إلا المجنون ، ما دام في حال جنونه والذي لم يبلغ إلى ان -  
يبلغ " (١) فليس هناك ما يدل على إخراج المذنب من ذلك ، وإذا لم يكن  
خارجاً ، فقد ثبت عدم الحجر عليه بجميع الآيات والأحاديث التي تحدث على  
الانفاق والصدقة وفعل الخير وحينئذ لا يجوز الحجر عليه وله ان يتصرف في  
ماله بذلك وغيره ويمكن ان يناقش هذا : بان ادعاء ، ان ليس هناك ما يدل  
على إخراج السفه من عموم الأدلة الحاشية على الانفاق ، ادعاء يردّه قول الله  
تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (٢)

فقوله : أموالكم ، أي أموال السفهاء ، كما سيأتي بيان ذلك ،  
وهي هذا فقد أمرت الآية الكريمة بمنع السفهاء من التصرف بأموالهم حتى يزول  
عنهم السفه .

ج - ان السفه حو بالغ كامل العقل ، وكل من كان كذلك لا يحجر عليه  
كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقضا العقل ، ولهذا لم يكلفا  
فلا يمكن القياس عليهما . (٣)

ويمكن ان يناقش هذا : بان قياس غير الرشيد على الرشيد  
في صحة تصرفه وعدم الحجر عليه ، ربما كان قياساً مع الفارق ، وبيان ذلك :  
ان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه وابوحنيفة لا يخالف في ذلك

---

(١) ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٢٧٩ / ٢٨٠ بتصرف يسير .

(٢) سورة النساء آية رقم (٥) .

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ٥ / ١٩٣ .

فكذلك اذا حدث ، اوجب انتزاع المال ، بخلاف الرشيد فانه متى  
قارن البلوغ ، دفع ماله اليه . (١)

ومن هنا فالذى يظهر لي رجحان : ان رشيد الحجر عليه  
بسبب السفه شرط لصحة تبرعه سواء كان عارضة او غيره ، ومتى  
تخلف هذا الشرط فعقد التبرع فاسد لا اثر له ، كما ذهب الى ذلك  
جمهور الفقهاء ، ومن ادلتهم على هذا ما يأتي :

٢ - قال الله تعالى : " فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا  
او لا يستطيع ان يمل هو ، فاليمل وليه بالعدل " . (٢)  
وقال الله تعالى : " ولا توتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم  
قياما وارزقوهم فيها واكسوهم " (٣) .

ففي الايتين دليل على ثبوت الولاية ، والحجر على السفهاء ، حيث  
منعهم في الاية الاولى من التصرف وجعل ذلك لاولياهم ، وفي  
الاية الثانية اوجب الحجر عليهم في اموالهم ففزع الاولياء

من تمكينهم منها .

والمراد بقوله : " اموالكم " اي اموال السفهاء ، وانما اضيفت للاولياء  
لانهم القائمون عليها والمدبون لها ، والسفيه كما يفهم من تفسير اكثر الفقهاء  
لمعنى السفه هو : البذر المتلف لماله على خلاف مقتضى العقل والشرع .

(١) ابن قدامة - المعنى ج / ٤ / ٣٥٢ .

(٢) سورة البقرة اية رقم ٢٨٢ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٥) .

ويتفق هذا التفسير مع احد استخدامات لفظ السفه في اللغة العربية ،  
فقد استعمل في خفة النفس لنقصان العقل كما استخدم صفة للجاهل  
ومعلوم ان اتلاف المال على خلاف مقتضى العقل والشرع لا يتأتى الا ممن جهل  
وضعف عقله وادراكه وساء تصرفه وتدبيره وتهصره بعواقب الامور . (١)

وقضى هذا الاستدلال : بان المراد بالسفهاء في الايتين  
السابقتين ، صفار السن ، والمجانين لا كل من لا يحسن الحفاظ على  
ماله .

وذلك نظرا الى ان السفه في لغة العرب يطلق ويراد به احد ثلاثة

معان لا رابع لها .

المعنى الاول : الكفر .

والمعنى الثاني : البذاءة والسب باللسان .

- 
- (١) السرخسي - المسوط ج / ٢٤ / ١٥٧ ، البابرتي - شرح المناياة  
على الهداية ج / ٩ / ٢٥٩ وما بعدها من صفحات ، مطبوع مع تكملة فتح القدير  
والهداية وحاشية سمدي ، ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٣٤٣ / ٣٤٤ ،  
الكلبي - سراج السالك شرح اسهل المسالك ج / ٢ / ١٥١ ، الدردير -  
الشرح الصغير ج / ٢ / ١٣٧ / ١٤٢ ومعه بلغة السالك ، التسولي - البهجة  
في شرح التحفة ج / ٢ / ٢٩٣ / ٢٩٤ ، المحلى - شرح منهاج الطالبين  
ومعه حاشيتي القليوبي وعميرة ج / ٢ / ٣٠١ / ٣٠٢ ، الشربيني - الاقناع في  
حل الفاظ ابي شجاع ومعه حاشيته البيجرمي ج / ٣ / ٦٨ / ٦٩ الاردبيلي -  
الانوار لاعمال الابراج / ١ / ٤٤١ ، الانصاري - شرح المنهج ومعه حاشية =

والمعنى الثالث : " عدم العقل ، الرافع للمخاطبة كالمجانين والصبيان فقط ، وهو لا " هم المقصودون في الايتين السابقتين باجماع الفقهاء .

اما المعنى الاول والثاني فليسوا بمقصودين في الايتين السابقتين بلا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، وعلى هذا فليس هناك ما يدل على ان المراد بالسفه في الايتين السابقتين عدم الصلاح في المال ، لا لغة ولا شرعا " (١)

ثم ان الضمير في قوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء اموالكم " يجوز ان يكون راجعا الى المخاطبين بذلك دون السفهاء ، عليه فيكون المراد : " نهى الازواج عن دفع الاموال الى النساء " وجعل التصرف اليهم كما كانت العرب تفعله " . (٢)

ويمكن ان يجاب على هذه المناقشة : بان السفه ، كما ورد في معاجم اللغة العربية : كلمة تطلق ويراد بها في بعض استعمالاتها : الخفة والطيش ، والجهل واضطراب الرأي .

قال ابن الاثير : " السفه في الاصل : الخفة والطيش ، وسفه فلان رايه ، اذا كان مضطربا لا استقامة له ، والسفه الجاهل " . (٣)

---

للجمل ج / ٣ / ٣٤٢ ، النووى - روضة الطالبين ج / ٤ / ١٨٠ وما بعدها من صفحات ، البهوتى كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٤٤٥ ، البهوتى - شرح منتهى الارادات ج / ٢ / ٢٩٠ / ٢٩١ / ٢٩٤ الفيروزى - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٨٥ مادة ( سفه ) .

- 
- (١) ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٢٨٧ مسألة رقم ( ١٣٩٤ ) بتصرف .
  - (٢) السرخسى - المبسوط ج / ٢٤ / ١٦١ .
  - (٣) ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاثار ج / ٢ / ١٦٧ ، وانظر : الزيات - المعجم الوسيط ج / ١ / ٤٣٦ / ٤٣٧ مادة ( سفه ) .

وقال الفيروزبادي : " السفه ٠٠٠ خفة الحلم او نقيضه او الجهل (١)

والى قريب من هذا المعنى اللغوي ذهب اكثر الفقهاء في تفسير معنى

السفه في الاصطلاح وباراتهم في ذلك متقاربة :

وعرفه البابرني من الاحناف : " بانه خفة تعترى الانسان فتحمله

على العمل بخلاف موجب حكم الشرع والعقل مع قيام العقل ، وقد غلب

في عرف الفقهاء على تهذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع " (٢) .

وعرفه الدرديري من المالكية بانه : " التهذير ٠٠٠ بصرف المال في

مقصية كخمر وقمار ٠٠٠ او بصرفه في معاملة من بيع او شراء بخبن فاحش

خارج عن العادة بلا مصلحة تترتب عليه ، بأن يكون شأنه ذلك من غير

مبالاة او صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة عقله في ما كلفه

ومشرويه ومركوبه ونحو ذلك او باتلافه هدرًا " (٣) .

وعرفه الشربيني من الشافعية : " بانه المذر لماله كأن يرميه

في بحر او نحوه ، او يضعه باحتمال غبن فاحش في معاملة او بصرفه في

محرم " (٤) .

وعرفه المحلي من الشافعية : " بانه سوء التصرف " (٥) .

---

(١) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / ٢٨٥ / ٤ / مادة ( سفه ) .

(٢) البابرني - شرح المنية على الهداية ج / ٢٥٩ / ٩ .

(٣) الدرديري الشرح الصغير ج / ١٤٢ / ٢ ، مطبوع بهامش بلغة السالك للصاوي .

(٤) الشربيني - الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ٦٨ / ٣ / ٦٩ مطبوع

بهامش حاشية البيجرمي .

(٥) المحلي : شرح منهاج الطالبين ج / ٣٠٢ / ٢ مطبوع بهامش حاشيتي

القليوبي وعميره .

وقال ابن حجر : " السفه هو الذي يضيع المال ويفسده لسوء  
تدبيره " (١) .

وقال البعلبي من الحنابلة : " السفه ضعيف العقل وسوء  
التصرف وسمى سفيها لخفه عقله " (٢) .

والواقع ، ان من ضعف عقله تأتي منه التذير على خلاف مقتضى  
العقل والشرع فيكون تفسير البعلبي للسفه على هذا ، مطابقا لتفسير  
بقية الفقهاء في المعنى .

وهذا الذي اوردته من كلام الفقهاء حول تعريف السفه ، ينتج ان  
اكثر الفقهاء يقصدون بالسفه : تذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع  
اوسوء التصرف والتدبير في الجملة ، كما يفهم ذلك من عباراتهم السابقة .  
وهذا التفسير مطابق الى حد كبير لاحد استخدامات لفظ السفه في  
اللغة العربية وهو خفة النفس لنقصان العقل واضطرابه وعدم استقامته كما سبق  
بيان ذلك ، ان لا يتأتى تذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع ، او  
سوء التصرف والتدبير الا من ضعف عقله وادراكه .

وبالتالي ، فلنا ان نقول : بان السفه تصور في العقل ينتج عنه سوء  
في التصرف والتدبير ، ولا نكون بذلك مخالفين لما سبق عن جمهور الفقهاء ،  
من ان السفه التذير اوسوء التصرف والتدبير ، للزوم هذه الصفة لمضطرب  
العقل والادراك .

---

(١) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ٥ / ٤٦٥ .

(٢) البعلبي - المطلع / ٢٢٨ .



وإذا ثبت ما أورده من معاجم اللغة العربية بوقوع قول أكثر الفقهاء :  
ان السفه قصور في العقل ينتج عنه سوء في التصرف والتدبير ، كان السفه  
حينئذ شاملا للمجنون الذي فقد عقله ، والصبي الذي عنده بعض الادراك ،  
والكبيو الذي ضعف عقله وساء تصرفه وتدبيره .

ومن هنا فان قصر هذا اللفظ على المجنون والصبي مع دخول غيرهما  
فيه ، امر لا يخلو من نظر فاذا جاز ان يطلق على المجانين والصبيان سفهاء -  
لدخولهم في معنى هذا اللفظ ، فما الذي يمنع من دخول الكبير ، الذي  
ضعف عقله في معناه مع عدم وجود ما يمنع من دخوله . (١)

ويؤيد هذا ، ان أكثر المفسرين ، ذكروا ان السفه الذي ورد ذكره  
في القرآن الكريم صفة للكبار ، ليس المراد به الكفر ، وانما المراد به ضعف  
العقل والادراك والخفة في الاحلام والصد والاعراض عن التدبير ، وانما وصف  
الكار بذلك تشبيها لهم وتنقيصا لآخلاقهم وعقولهم ، وهذا ما بيده وواضحا  
من سياق اغلب الآيات التي ذكرت ذلك ، ومنها قوله تعالى : " واذا قيل  
لهم آمنوا كما آمن الناس قالوا : انؤمن كما آمن السفهاء الا انهم هم  
السفهاء " (٢) .

واما قول المخالفين لرأى الجمهور : بانه يجوز ان يكون الضمير في

---

(١) ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية / ٩٢ / ٩١ .

(٢) المرجع السابق ٩١ ، وانظر : تفسير الرازي ج ٢ / ٦٨ ، ج ٤ / ٩١ ،

تفسير ابن كثير ج ١ / ٨٩ ، تفسير الالوسي ج ١ / ١٤٤ / ١٤٥ ، ج ٢ /

٢ ج ٢٩ / ٨٥ تفسير النسفي ج ٤ / ٢٩٩ .

قوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء اموالكم " راجع الى المخاطبين ، فيكون المراد : نهى الأزواج عن دفع الاموال الى النساء ، وجعل التصرف اليهـم كما كانت العرب تفعل ذلك .

فيمكن ان يجاب عنه من وجهين :

الوجه الاول : " ان الذى عليه اكثر العلماء ، ان الاموال هنا للسفهاء ، وانما اضيفت الى اولئاهم ، لان الاهتمام بها مضافا اليهـم ، وكذلك للاشارة الى ان حسن تدبير المال وحفظه واستعماله في الوجوه النافعة يعود بالخير على المجتمع كله ، كما ان فساد ، والبطرفيه يورث الى هلاك الامة كلها " (١) .

والوجه الثاني : لا يسلم ان المراد بالسفهاء في الاية الكريمة : النساء " لان العرب انما تقول في النساء سفاه او سفهيات لانه الاكثر في جمع فعيلة " فلو كان المراد بهـم النساء لجمعت على ذلك والقراآن عربى نـزل بلفظ العرب . (٢)

ب - قال الله تعالى : " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهـم اموالهم " (٣) .  
قال ابن قدامة في توجيه هذه الاية : " علق الله سبحانه وتعالى دفع اموال اليتام على شرطين ، البلوغ ، والرشد ، والحكم المعلق على

(١) ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٢ .

(٢) القوطي - الجامع لاحكام القراآن ج / ٥ / ٢٨ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٦) .

شرطين ، لا يثبت بهما : (١)

ج - " عن ابي ابن مالك رضى الله عنه : ان رجلا (٢) كان يبتاع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي عقدته ضعف (٣) فأتى اهله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف ، فنهاه ، فقال الرجل : يا نبي الله انى لا اصبر عن البيع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان كنت غير تارك للبيع ، فقل :

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٤٤ / ٣٠

(٢) الرجل الذى ورد ذكره في الحديث هو : حبان بن منقذ الانصارى ، وفي رواية هو منقذ بن عمرو ، وكان حبان رضى الله عنه قد ضرب على راسه فسي الجاهلية فشح حتى بلغت شجته المأومة ، وهي ما تسمى بام الدماغ ، فكان لهذه الشجة اثر على لسانه وهقله ، وبالتالي ساء تصرفه وتدبيره لعله فكتر غنه وانخداعه فيما يبيع ويشترى ، فارشده النبي صلى الله عليه وسلم الى قول : لا خلابه عند البيع والشراء ليكون له بقولها الخيار ، فكان يقول اذا بايع : لا خذابه ، لا خذابه ، وبالذال ، ويريد لا خلابه .  
انظر : ابن حزم - المحلى ج ٨ / ٢٩٥ ، ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٥ / ٢٤١ ، والنووى - المجموع شرح المذهب ج ٩ / ١٨٩ / ١٩٠ ، ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية ٩٣ الفوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٥ / ٢٨٢ / ٢٨٨ ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ٦ / ٧ / ٨٠

(٣) قوله : " في عقدته ضعف " اى في رايه ونظره في مصالح نفسه ضعف ، وجاء في رواية ابن اسحاق : " ونقصت عقله " انظر : ابن الاثير - جامع الاصول ج ١ / ٤٩٤ ، والنووى - المجموع شرح المذهب ج ٩ / ٢٠٣ ، ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية ٩٤ .

هاء وهاء ولا خلا به " (١) .

وزاد ابن اسحاق في روايته : ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها  
ثلاث ليال فان رضيت فأمسك وان سخطت فارده ، فكان اذا اشترى شيئا  
ف قيل له انك غبت فيه رجع به ، فيشهد له الرجل من الصحابة ، بان النبي  
صلى الله عليه وسلم قد جعل له الخيار ثلاثا فيرد له دراهمه " (٢) .

فدل الحديث الشريف على مشروعية الحجر على من لا يحسن حفظ  
ماله لضعف عقله اوسوء تدبيره او عدم تبصره بمواقب الامور ، حيث اجاب النبي  
عليه افضل الصلاة والسلام اهل هذا الرجل الى ما طلبوه من الحجر عليه في ماله ،  
انه لو لم يكن الحجر على من هو في مثل وضعه واردا ، لما اجابهم الرسول  
صلى الله عليه وسلم الى ذلك .

الا ان الرجل لما شك من عدم قدرته على ترك البيع ، اجاز له  
النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع ويشترى ، وان يقول حال البيع والشراء  
لا خلا به ، مشروطا بذلك الخيار لنفسه وثلاثة ايام . (٣)

---

(١) قوله : "هاء وهاء" هو ان يقول كل واحد من المتبايعين : (هاء)  
فيعطيه ما في يده " انظر : ابن الاثير - جامع الاصول ج ١/١١ / ٤٩٥ ،  
ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٤  
وقوله : " لا خلا به " اي الخداع ، فالخلا به ، الخداع بالقول اللطيف ،  
انظر : ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاشترج ج ١/١ / ٣٠٩ مادة  
( خلب ) .

(٢) قال النووي في تخرجه هذا الحديث : " هذا الحديث حسن رواه البيهقي  
بهذا اللفظ باسناد حسن وكذلك رواه ابن ماجه باسناد حسن ، وكذا رواه البخاري =

ويمكن ان يناقش هذا : بان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجر  
على حبان بن منقذ حينما طلب اهله ذلك لكثرة ما يخدع في البيع ، وانما قال  
له : اذا بايعت فقل لا خلافة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتمتها ثلاث ليال  
ولو كان الحجر على من هو في مثل وضعه مشهورا لحجر عليه .  
وعلى فرض انه قد حجر عليه ، فقد فك ذلك عنه عندما اخبره ،  
بانه لا يصبر عن البيع .  
ولا احد ممن يقول بالحجر على السفه يرى ارتفاع الحجر بادعاء  
عدم الصبر على البيع . (١)

---

== في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو باسناد صحيح الى محمد بن اسحاق  
وهو صاحب المغازي ، والاكثرون وثقوه ، وانما عابوا عليه التدليس ، وقد قال  
في روايته حدثني نافع ، والدلس اذا قال : حدثني او اخبرني او سمعت  
ونحوها من الالفاظ المصححة بالسمع احتج به عند الجماهير ، وهو مذاهب  
البخاري ومسلم وسائر المحدثين وجمهور من يعتمدونه ، وانما يتركون حديث  
الدلس ما قال فيه ( عن ) .

انظر : النجاشي - المجموع ج ٢٠٣/٩ ، الشوكاني - نيل الاوطار ج ٥ /  
٢٨٨/٢٨٧ ، الزيلعي - نصب الراية ج ٨/٧/٦/٤ ، الصنعاني - سبيل  
السلام ج ٣٥/٣ ، ابن الاثير - جامع الاصول ج ٤٩٤/١ ، ابن حجر - فتح  
الباري ج ٥/٢٤٠/٢٤١ ، و الباجي - المنتقى ج ١٠٨/٥ ، ابن حميد  
القيود الواردة على استعمال الملكية / ٩٤/٩٣ .

(٣) السرخسي - البسوط ج ١٥٧/٢٤ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح  
صحيح البخاري ج ٢٤٢/٥ ، ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية /  
٩٥/٩٤/٩٣

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ١٩٤/٥ ، السرخسي -  
البسوط ج ١٦١/٢٤ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٢٤٢/٢٤١/٥ .

ويمكن ان يجاب عن هذه المناقشة : بان النبي صلى الله عليه وسلم ه نهى حبان عن البيع والشراء حينما طلب أهله ذلك ، وهذا بحد ذاته دليل على مشروعية الحجر على من هو في مثل وضعه ان لولم يكن ذلك مشروعا لما نهاه الرسول صلى الله عليه وسلم عن البيع .

الا ان حبان لما شكك من عدم قدرته على ترك البيع اجاز له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك خاصة ه وخوفا من ضياع ماله عليه ، امره باشتراط الخيار ، بقوله لا خلا به .

وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجر عليه لشخصه ه ليحقق عدم غبنه بقوله لا خلا به ، امر لا يدل على منع الحجر على السفيه ه لان صحة تصرف حبان مع ثبوت الخيار له بقوله لا خلا به ، شي خاص بحبان لا عموم له ، ومو يد هذا ما جاء في بعض طرق حديث حبان السابق عند الدار قطني ، قال : " كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا ضريير البصر ، وكان قد سفع في رأسه مأومة ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم له الخيار فيما يشتري ثلاثة ايام ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلا به " (١) .

---

(١) هذا الحديث اخرجه الدار قطني في سننه واخرجه الحاكم في المستدرک من حديث محمد ابن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ، وله طرق اخرى بالفاظ متقاربة ، انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ٦ / ٧ / ٨ الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٥ / ٢٨٧ / ٢٨٨ .

فدل سياق الحديث ، على ان هذه الحادثة حادثة عين لا عموم لها . (١)

د - " روى ان عبدالله بن جعفر كان يقنى ماله في الجهاد والضياقات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة الف ، فبلغ ذلك على بن ابي طالب فقال : لآتين عثمان ، ولا سألنه ان يحجر عليه ، فاهتم بذلك عبدالله ، وجاء الى الزبير فأخبره بذلك ، فقال : اشركي فيها ، فأشركه ، ثم جاء على الى عثمان رضى الله عنهما ، فسأله لان يحجر عليه ، فقال : كيف احجر على رجل شريكه الزبير ، وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته ، انه لا نجن في تصرفه " (٢) .

فهذا اتفاق من الصحابة رضوان الله عليهم على مشروعية الحجر على المبتدع ، الذي لا يحسن حفظ ماله ، وهي قصة يشتهر بمثلها ولم يخالفها احد في عصرهم ، كما قال ذلك ابن قدامة ، فتكون اجماعا (٣) .

---

(١) الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٢٨٧ / ٢٨٨

٢٨٩ ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٥ .

(٢) " هذه القصة رواها الشافعي عن محمد بن الحسن بن ابي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن ابيه ، واخرجها ايضا البيهقي وقال : يقال ان ابا يوسف تفرد به وليس كذلك . ثم اخرجها من طريق الزهري المدني القاضي عن هشام نحوه ، ورواها ابو عبيدة في كتاب الاموال عن عفان ابن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن سرحان عن ابن سيرين "

انظر في هذا : الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٣٦٧ وانظر - الزيلعي - تبليغ الحقائق شرح كمر الدقائق ج / ٥ / ١٩٢ / ١٩٣ =

ونوقش هذا الدليل : بان عثمان رضى الله عنه لم يحجر على عبدالله بن جعفر حينما طلب علي منه ذلك ، فلو كان الصحابة رضوان الله عليهم مجتمعين على مشروعية الحجر على المضيق لماله لحجر عثمان عليه ، ولمحا حاول عبدالله بن جعفر دفع ذلك بمعاونة الزبير ، (١)

ويمكن ان يجاب عن هذه المناقشة : بان عدم حجر عثمان على عبدالله بن جعفر ، لا يدل على انه لا يرى مشروعية الحجر على السفيه المضيق لماله ، وانما يدل على ان السفيه لم يتحقق في تصرف عبدالله ابن جعفر عنده .

ودل لهذا الامر ، ان عثمان رضى الله عنه لم يقل : كيف احجر على مسلم بالغ ، حتى يمكن ان يقال : بان الرشيد لا يعتبر شرطا لصحة التصرف عند عثمان رضى الله عنه ، وانما قال : كيف احجر على رجل شريكه الزبير ، فكان قوله هذا نفيًا للسفيه عن تصرف عبدالله بن جعفر ،

---

== (٣) ابن قدامه - المنقح ج / ٣٥٢/٤ ، السرخسي - المبسوط ج / ١٥٨/١٥٧/٢٤ ،

البيهقي - السنن الكبرى ج / ٦١/٦ ، الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٣٦٨/٣٦٧/٥ ،

ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٧ .

---

(١) ابن حزم - المحلى ج / ٢٩٢/٢٩١/٨ ، ابن التركمانى - الجوهر النقى على البيهقي ج / ٦٢/٦ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج / ١٩٤/٥ ، الشوكاني - نيل الاوطار ج / ٣٦٨/٣٦٧/٥ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٧/٩٨/٩٧ .



لما عرف به الزبير من الكياسة في التجارة ، لا دليلا على ان عثمان لا يسرى  
الحجر على السفه . (١)

هذه اهم ادلة الفريقين في هذه المسألة ، والذي يظهر  
من خلال استعراض ادلة الجمهور ان الراجح فيما ذهبوا اليه ، وعليه فان  
رشد المحجور عليه بسبب السفه شرط لصحة تبرعه ، سواء اكان التبرع  
عارية او غيره ، ومتى تخلف هذا الشوط ، فالعقد فاسد لا اثر له .

والله تعالى اعلم .

---

(١) انظر المرجعين الاخيرين مع المراجع السابقة .

## رابعا : الاختيار

للاختيار عند الفقهاء معنيان :

المعنى الأول : ان الاختيار عبارة عن التمكن من ترجيح فعل الشيء أو

تركه " (١)

والى هذا ذهب الاحناف فقالوا : "حقيقة الاختيار هو : القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخره فان استقل الفاعل فى قصده فاختياره صحيح ، والا فاسد" (١)

وعلى هذا فالاختيار عند الاحناف أم من الرضا ، لأن الرضا : عبارة عن الرغبة فى الفعل والاطمئنان اليه والارتياح له ، ولا يلزم من قيام الانسان بالفعل مختارا ، أى متمكنا من عدمه ، أن يكون راغبا فيه مرتاحا له ، كمن يقاتل دفاعا عن نفسه لا رغبة فى القتال . وعلى هذا فوجود الاختيار عند الاحنافه لا يستلزم وجود الرضا ، الا أن وجود الرضا عندهم يستلزم وجود الاختيار .

المعنى الثانى : ان الاختيار عبارة عن القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح .

وعلى هذا المعنى ، فالرضا والاختيار متلازمان ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن الرضا كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

---

١ - الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ١ / ٣٦٦ ، فقرة رقم ( ١٨٤ )  
٢ - صدو الشريعة - التوضيح فى شرح التنقيح ج ٢ / ١٩٦ ، وانظر - علاء الدين البخارى - كشف الاسرار عن أصول البزدوى ج ٤ / ٣٨٣ ، الخضرى - أصول الفقه / ١٣٢

والذي يفهم من كلام جمهور الفقهاء ، من المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والشيعة **الزيدية** الزيدين وابن حزم الاندلسي انهم يقصدون بالاختيار هذا المعنى . (١) بدليل أنهم قد جعلوا الاختيار في مقابلة الاكراه ، ويفهم من هذا ، ان المكروه عندهم لا اختيار له ، خلافا للاحنافه القائلين بأن الاكراه يعدم الرضا دون الاختيار . وعلى هذا فلا يتأتى لنا أن نقول بأن الاختيار لا وجود له مع الاكراه الا اذا كان معناه ما أسلفنا ، من أنه القصد الى فعل الشيء عن رغبة وارتياح . (٢)

وإذا تبين بهذا معنى الاختيار عند الفقهاء ، فلا يخفى حينئذ ، ان وجود الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح عند العاقد ، يستلزم وجود الاختيار بمعنى التمكن من ترجيح فعل الشيء على تركه .

وإذا كان الامر كذلك ، فهل يعتبر الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح شرطاً لصحة عقد العارية أم لا .

الواقع أن للفقهاء في ذلك تفصيلاً ، سأحاول بيانه فيما يلي :-

أولاً :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، والامام أبو حنيفة ،

---

١ - الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٩٨ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٤ / ٨٧ ، الشربيني - الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ومعه حاشية البيهقي ج / ٣ / ١٣٢ ، البهوتي - منتهى الارادات ج / ٢ / ١٤١ ، المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٤ / ٢٩١ / ٢٩٢ ، ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٣٢٩ مسألة رقم (١٤٠٣) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ١٤٩ .

ج / ٤ / ٦٢ .

٢ - المراجع السابقة .

وصاحبه أبو يوسف ومحمد ابن الحسن ، والشيعه الزيدية ، وابن حزم الظاهري ، السى  
أن الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح شرط لصحة عقد المعاوضة . (١)  
الا أنهم اختلفوا فى حكم العقد عند تخلف هذا الشرط بالاكراه ، هل يعتبر حينئذ  
عقدا باطلا لا أثر له ، أم يعتبر فاسدا يثبت به الملك بالقبض ، ولهم فى ذلك قولان :

١ - انظر المراجع السابقة ، وانظر أيضا ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ / ١٥٥ / ١٩٦ ،  
الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٩ / ٣٠٤ ، حاشية الرطلى أسنى  
المطالب شى ورضى الطالب / ج ٢ / ٦ ، السيد البكرى - فتح المعين مع اعانه  
الطالبين ج ٣ / ٧ ، الانصارى - تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى ج ٢ / ٣٩١ ،  
ابن حزم - المحلى ج ٨ / ٣٢٩ مسألة رقم " ١٤٠٣ " ، المرتضى - البحر الزخار  
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٦ / ١٠٠ ولعل ما يحسن التنبيه اليه أمران :-

### الأمر الأول

: ان الاختيار بهذا المعنى وان اعتبره المالكية شرطا لصحة عقد  
التبرعات الا أن ذلك غير مطرد عندهم فى جميع العقود ، فتقود المعاوضات صحيحة  
عندهم خلافا للجمهور الا أنها غير لازمة ، ولا تلزم الا بالاجازة من المكره بعد زوال  
الاكراه عنه ، ومعنى هذا أن الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة ورضا وارتياح  
شرط للزوم عقود المعاوضات . لا شرط لصحتها .

ولعلمهم انما فرقوا بين عقود التبرعات والمعاوضات فى ذلك نظرا الى أن عقود  
التبرعات اتفاق للمال بدون عوض وانفاقه على هذا الوجه مضره محضة ، على صاحب  
المال فى ماله ، فاحتمال أن يكون العقد فى صالح المكره على التبرع أمر مستبعد ، واذا  
انتفى هذا الاحتمال ، فلا معنى للحقوق الاجازة لهذا العقد .

بخلاف عقد المعاوضة ، فانه لما كان مترددا بين مصلحة العاقد وعدمها صح العقد =

وتوقف لزومه على أجازته بعد زوال الاكراه عنه ، اذ ربما كان العقد نسي  
صالح المكره ، وفي وقوع العقد باطلا تفويت له هذه المصلحة .

أما في عقود التبرعات فلا يرد مثل هذا الاحتمال لتمحض مصلحتها  
على مال المتبرع . ومن هنا ، قال المالكية يصح بيع الفضولي دون تبرعه  
مطلين لذلك بمثل هذا التعليل حيث قال الصاوي : فهبة الفضولي  
وصدقته باطلة بخلافه فانه صحيح وان كان غير لازم . . . والفرق  
بين بيع الفضولي وهبته أن بيعه في نظير عرض يعود على المالك بخلاف  
هبته وصدقته وكل ما ليس فيه معاوضة كعتقه ووقفه ، فلا تصح هذه  
الاشياء ولو أجازها المالك " انظر : الصاوي - بلفظة السالك لا قرب المسالك  
ج / ٢ / ٣١٣ .

### الأمر الثاني

: ان عقد العارية عند الشافعية قد يعتبر صحيحا مع الاكراه

وذلك عندما يكون الاكراه عليه بحق أي كأن تكون الاعارة واجبة على المعير  
لمن تأكد اضطراره اليها ، فاذا امتنع عن الاعارة أجبر عليها ويكون العقد

صحيحا لوجوب انجاء المضطر .

واذا أكره المعير على الاعارة فهل تجب أجره المثل : قولان عند الشافعية  
أظهرهما وجوب الأجرة جمعا بين الحقين .

ولم أجد لغير الشافعية من الفقهاء نصا صريحا في هذه المسألة ، الا أنه قد سبق أن

أن العارية عند جمهور الفقهاء ، قد يعرض لها ما يجعلها واجبة ، ومن هنا فلا يبعد

أن يكون الامر عندهم في هذه المسألة كالامر عند الشافعية ، لأن من ترك واجبا

بدون عذر ، وجب اجباره على الاتيان به في الجطة ، كما هو مسلم به عند عامة المسلمين .

انظر : حاشية البيجوري ج / ٣ / ١٢٩ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣ / ٤٥٢ / ٥٣

٤٥٣ حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٠ / ٩١ ، وانظر : ص من هذه الرسالة .

القول الأول : ان عقد العارية مع الاكراه عقد باطل باطل لا أثر له .

والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وابن عزم الظاهري والشيعة الزيدية . (١)

القول الثاني : ان التصرف الذى يحتتمل الفسخ تصرف يقسده الاكراه ولا يبطله ، فاذا

كان هذا التصرف عقدا فهو مع الاكراه عقد فاسد يثبت به الملك بالقبض ، ويصح بالاجازة من المكره بعد زوال الاكراه عنه . (٢) والى هذا ذهب الاحناف .

ولما كان عقد العارية مندرجا تحت ضابط ما يحتتمل الفسخ من التصرفات ، لتأثيره بالهزل وتوقفه على الرضا وكونه فوق هذا كله عقدا غير لازم ، فان انعدام الرضا فيه بسبب الاكراه مفسد له لا يبطله ، وعلى هذا فيمكن تصحيحه بالاجازة من المكره بعد زوال الاكراه عنه ، كما فى سائر التصرفات المحتملة للفسخ . (٣)

وهذا راجع الى الى أن الاحناف يفرقون بين الباطل والفاسد من العقود ، خلافا

للجمهور القائلين : بأن الفاسد مرادف لمعنى الباطل .

فالعقد عند الاحناف ينقسم من حيث الصحة وعدمها الى ثلاثة أقسام . :

صحيح وهو : ما شرع بأصله ووصفه .

وفاسد وهو : ما شرع بأصله دون وصفه

وباطل وهو : ما لم يشرع بأصله ولا وصفه .

(١) المراجع السابقة

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج / ٩ / ٤٥٠٣ ، الحصكفى - الدر المختار

شرح تنوير الابصار ج / ٥ / ٨١ / ٨٢ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين .

(٣) المرجعين السابقين .

وقد سبق بيان ذلك بشيء من التفصيل في الباب الأول . (١)  
والقاعدة عند الاحناف ان العقد اذا كانت ماهيته وسائر مقوماته سالمة من الخلل ،  
دون الصفة الملازمة فالعقد فاسد لا باطل ، وحكمه ان الملك يثبت بانشاءه على  
هذه الصفة بالقبض ، وان كان ملكا ناتجا عن عقد يجب فسخه وفقا للفساد .

وعقد المكره عقد صدر من أهله مضافا الى محله ، والرضا ، صفة ملازمة للعقد ،  
فلا يوجب تخلفه بطلان العقد ، وانما يوجب فساد . (٢)

ولقد سبق بيان بعض أدلتهم على ذلك عند الكلام على أقسام العقد في الباب الأول  
من هذه الرسالة ، ولقد ظهر لي هناك ، أن العقد اذا فقد صفته الملازمة له ، فهو  
عقد باطل لا أثر له ، فلا داعي لاعادة ذلك (٣)

### ثانيا

— ذهب الامام زفر من الاحناف الى أن تصرف المكره اذا كان تصرفا قابلا  
للفسخ فهو تصرف صحيح موقوف على اجازة المكره بعد زوال الاكراه عنه . (٤)  
والدليل عنده على ذلك هو : نفاذ العقد باجازه المكره من المتعاقدين عند زوال لا  
الاكراه عنه ، وهذا دليل توقف العقد لانفساده ، ان لو كان فاسدا لما صح بالاجازة ،  
لأن العقد الفاسد يفسخ فسخا ولا يجاز اجازة .

والذي عليه العمل عند الاحناف هو قول الامام أبي حنيفة وصاحبيه . لأن صحة  
الاجازة التي اعتبرها الامام زفر علامة على أن العقد صحيح موقوفا لا فاسد ، انما جاز  
أن تلحق عقد المكره مع فساده عند الائمة الثلاثة : أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد  
بن الحسن ، لأن فساده لحق المبد فيزول هذا الفساد باجازه ورضاه ، اما ما عدا

١١- انظر ص من هذه الرسالة

٢- الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٨٢/٥ / ١٨٣

٣- انظر ص من هذه الرسالة

٤- الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ١ / ٤٥٠٣

عقد المكره فلا تلحقه الاجازة لأن نفاذه لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك ،  
فلا يزول برضا العبد (١)

والذى يظهر لى رجحانه أن العقد مع الاكراه عقد باطل لا أثر له كما هو رأى  
جمهور الفقهاء لما سبق فى الباب الأول (٢) ، ولما يأتى :-

أ - قال الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراضى منكم " (٣)  
وقال تعالى : فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً " (٤)

حيث دلت الآية الأولى على أن الرضا شرط لصحة عقود المعاوضات ، وعلى هذا

فاشترطه فى عقود التبرعات اولى بالاعتبار .

لان الرضا اذا كان شرطاً لصحة عقد المعاوضة مع ان كل واحد من المتعاقدين فيه ،  
يخرج من ملكه مال ويدخل فيه عوض عنه ، فلان يعتبر شرط فى عقد التبرع ، وهو عقد  
يخرج به المال من ملك المتبرع ولا يدخل فى مقابله ما يعرض عنه ، لاولى بالاعتبار واخرى .  
اما الآية الثانية " فدللت على ان الرضا شرط لصحة تبرع الزوجة لزوجها بشىء  
من صداقها حيث علق سبحانه وتعالى جواز الاكل من الصداق بطيب النفس تعليق  
الجزاء بشرطه ، فقال : " فان طبن لكم - الآية " .

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) سورة النساء ، آية رقم (٢٩)

(٤) سورة النساء ، آية رقم (٤)



وانا كان طيب النفس شرطا لجواز الاكل من الصداق ، فكذلك سائر التبرعات  
بالطلة المنصوصة التي دل عليها القرآن " . (١)

ويؤكد هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام : " لا يحل مال امرئ مسلم  
الا بطيب نفسه " . (٢)

حيث دل الحديث الشريف ، على ان الانسان مالم يأذن باستعمال ماله  
او استهلاكه عن رها وارتياح تام ، فلا يحل ذلك .

ولما كان الاكراه معدوما للرضا ، والرضا شرط لصحة العقد كما هو واضح من  
النصوص السابقة من الكتاب والسنة ، كان اكل مال الغير بواسطة الاكراه على التعاقد  
اكلا للمال بالباطل لعدم وجود الرضا ، وذلك منهي عنه شرعا بما سبق من الكتاب  
والسنة ، والنهي عن الشيء لعينه او لصفته الملازمة له يقتضي البطلان ، كما سبق  
بيان ذلك ، وعلى هذا فيكون العقد مع الاكراه باطلا لا اثر له . (٣)

---

(١) ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ / ١٥٥ بتصرف .

(٢) " هذا الحديث رواه ابو يعلى وابو مرة من حديث ابي حمزة الرقاشي عن  
عمه ، وثقة ابو داود ، وضعفه ابن معين ، وله شاهد من حديث عمرو بن شيرين  
رواه احمد ورجاله ثقات ، وله شاهد آخر من حديث ابي حميد الساعدي رواه احمد  
والبراز ورجال الجميع رجال الصحيح " .

انظر : الهيثمي - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٤ / ١٢٢ ، السلقيني  
حاشية تحقيق المراد بان النهي يقتضي الفساد / ٢٠٥ ، الشوكاني - نيل الاوطار

من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ٦٢ .

(٣) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

ب : قال الله تعالى : " الامن اكره وطلبه مطمئن بالايمان " . (١)  
قال الشافعي رحمه الله : " ولا كفر احكام فلما وضعها الله تعالى عن المكروه  
سقطت احكام الاكراه عن القول كله ، لان الاعظم اذا سقط عن الناس سقط ما هو  
اصغر منه " . (٢)

ويؤيد هذا قوله عليه افضل الصلاة والتسليم : " وضع عن امتي الخطايا  
والنسيان وما استكروها عليه " . (٣)

حيث دل الحديث الشريف ، على ان ما اكره عليه الانسان يكون موضوعا عنه  
حكمه واثمه وعينه ، الا بدليل يدل على عدم سقوطه ، ووضعه ، وليس بين ايد ينسأ  
ما يدل على ذلك من الشريعة . (٤) والله تعالى اعلم بالصواب .

- 
- (١) انظر : سورة النحل ، آية رقم (١٠٦) .  
(٢) ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٣ / ٣٣٣ / ٣٣٤ .  
(٣) " هذا الحديث حسن اخرجه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم  
في مستدركه عن ابن عباس بلفظ : " ان الله قد وضع عن امتي - الحديث " واخرجه  
الطبراني والدارقطني من حديثه بلفظ : " تجاوز " بدل " وضع " واخرجه في  
الاوسط من حديث ابن عمر وعقبه بن عامر ، بلفظ " وضع عن امتي - الحديث " .  
واسناد حديث ابن عمر صحيح ، وله شواهد كثيرة قوية تفضي بالحديث الى الصحة  
انظر : السيوطي - الاشباه والنظائر / ١٨٧ / ١٨٨ ، الشوكاني - نيل الاوطار  
من احاديث سيد الاخير ج ٧ / ٢٢ .  
(٤) السرخي - المبسوط ج ٢٤ / ٥٦ ، النووي - المجموع شرح المهذب  
ج ٩ / ١٦١ .

دل

خامسا : كون المعير مالكا لما يعيره او مختصا به او مأذونا له بالاعارة :  
اختلف العلماء في اشتراط ملك المنفعة ، او الاختصاص بالعين المعارة ، او  
الاذن من قبل المالك او المختص ، لصحة عقد العارية ، ولهم في ذلك قولان :  
القول الاول : يعتبر لصحة عقد العارية ، ان يكون المعير مالكا لمنفعة العارية  
او مختصا بها ، او مأذونا له بالاعارة من قبل المالك او المختص ، فما لم يتوفر للمعير  
احد هذه الامور فاعارته باطلة .

والى هذا القول ، ذهب المالكية ، وهو اصح القولين عند الشافعية والحنابلة  
واليه ذهب ابو ثور وابن المنذر ، وظاهر ما ذهب اليه الشيعة الزيدية . (١)

---

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ / ٣٩٠ وانظر ايضا : حاشية  
الدسوقي عليه وهي مطبوعة معه في كتاب واحد ، النفراوى - الفواكه الدوانى على  
رسالة ابي زيد القيروانى ج ٢ / ٢٣٥ ، الرطى - غاية البيان شرح زيد ابى  
رسلان / ٢١٤ ، النووى - المجموع شرح المذهب ج ٩ / ٢٦١ ، الانصارى - اسنى  
المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج ٤ / ٦٣ / ٧٢ ، ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٠ / ٥٧٧ ، المرتضى - البحر الزخار  
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٤ / ٢٩٢ ج ٥ / ١٢٦ .

ذكر الانصارى من الشافعية " انه يرد على قيد ملك المنفعة ، صحة اعارة الكلب  
للصيد مع انه لا يملك وصحة اعارة الاضحية والهدى المنذورين مع خروجها عن ملك  
المعير ، وصحة اعارة الامام مال بيت المال من ارض وغيرها ، مع انه ليس مالكا .

ويجاب عن ذلك : بان هذه الامور ليست عارية حقيقة بل شبيهة بها ، وانهم  
ارادوا هنا ما يحم الاختصاص بها والتصرف فيها ، لا بطريق الاباحة ، وعلى هذا  
لا يرد ما عليه العمل من اعارة الصوفى والفقهاء سكنهما بالرباط والمدرسة وما فى  
معناها ، انظر : الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ .

القول الثاني : لا يعتبر لصحة عقد المعاينة ان يكون المعير مالكا لما يعيريه  
ولا مختصا به ، ولا مأذونا له بالاعارة من المالك او المختص ، حيث تصح من  
الفضولي ، وهو من يتصرف في حق غيره بدون اذن شرعي ، وتعتبر موقوفة على  
اجازة مالك المنفعة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، فقد جاء في تنوير الابصار : " من يتصرف  
في حق غيره بغير اذن شرعي ، كل تصرف صدر منه وله مجيز حال وقوعه ، انعقد  
موقفا " . (١)

واعارة مال الغير بدون اذنه ، تصرف في حق الغير بدون اذن شرعي ، فيدخل  
تحت حكم ما جاء في كتاب تنوير الابصار ، وعلى هذا ، فيكون انشاء الفضولي لعقد  
المعاينة ، صحيحا موقفا ، على اجازة المالك او المختص ، ويؤيد هذا ، ما جاء في  
حاشية ابن عابدين ، من قوله : " والظاهر من فروعهم ان كل ما صح التوكيل به  
اذا باشره الفضولي ، يتوقف " (٢) والاعارة يصح التوكيل بها عندهم ، وعند  
جماهير الفقهاء بلا خلاف اعلمه . (٣)

والى اعتبار العقد موقفا في هذه المسألة ، ذهب الشافعية ، والحنابلة  
ايضا ، على احد القولين عندهم ، الا انه قول مرجوح ، والراجح ما سبق قبل قليل .

- 
- (١) التمر تاشي - تنوير الابصار وجامع البحار ج / ٤ / ١٣٥ ما بوع مع شرحه  
الدر المختار وحاشية ابن عابدين على الشرح المذكور .  
(٢) ابن عابدين - رد المختار على الدر المختار ج / ٤ / ١٣٥ .  
(٣) الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج / ٢ / ١٣٨ .

والى هذا القول ايضا ، ذهب المالكية فى عقود المعارضات دون التبرعات (١)  
ولقد سبق قبل قليل بيان وجه تفريقهم بين المعارضات والتبرعات فى ذلك . (٢)  
والاصل عند الاحناف ومن معهم فى صحة عقد الفضولى : " ماروى عن النبى  
صلى الله عليه وسلم ، انه دفع ديناراً الى حكيم ابن حزام رضى الله عنه ، وامره  
ان يشتري له اضية ، فاشترى شاتين ثم باع احدهما ، وجاء بدينار وشاة الى  
النبى صلى الله عليه وسلم ، فدعا له بالبركة فقال عليه الصلاة والسلام : بارك الله  
فى صفقة يمينك " . (٣)

---

(١) النووى - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ٢٥٩ ، ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٠ /  
٥٧٧ ، الصاوى - بلغة السالك لا قرب المسالك ج / ٢ / ٣١٣ ، حاشية الدسوقى على  
الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ / ٣٩٠ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) هذا الحديث رواه الترمذى وقال : لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب ابن  
ابى ثابت لم يسمع عندى من حكيم ولا بى داود نحوه من حديث ابى حصين عن شيخ  
من اهل المدينة عن حكيم .

وعلى هذا فحديث الترمذى منقطع الاسناد لعدم سماع حبیب من حكيم ، واما  
حديث ابو داود ، ففى اسناده مجهول .

وروى فى الباب حديث اخر عن عروة ابن ابى الجمعد البارقى رضى الله عنه ، وقد  
نسبت القصة فى هذا الحديث للحكيم بن حزام ، وروى هذا الحديث احمد وابو  
داود والترمذى وابن ماجه وفى اسناده سعيد بن زيد ، وهو اخو حماد وقد اختلف  
فيه عن ابى لبيد لمارة بن زيار ، وقيل انه مجهول ، الا ان الحافظ قال : وثقة ابن سعد  
وقال حرب : سمعت احمد يثنى عليه ، وقال فى التقريب انه ناصب جلد ، قال المنذرى

يتبع

فحكيم بن حزام ، لم يكن مأثور بشراء الشاة الثانية ولا ببيعها ، ولو لم ينعقد تصرفه لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولا نكر عليه لان الباطل ينكسر ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم ، اقره على ذلك ، ودعى له بالخير والبركة فدل هذا الامر على صحة العقد . (١)

ولما استقر هذا الحكم عندهم في البيع ، عدوه الى سائر التصرفات " التي تقبل الانابة " في حق الغير بدون اذن شرعى ، اذا كان لها مجيز حال التصرف ولا فرق فكلها تصرفات في حقوق تقبل الانابة ولها من يجيزها ، ويدل لذلك ما سبق قبل قليل عن التمر تاشى وابن عابد بن . (٢)

---

==== والنوى ، اسناده صحيح لمجيئه من وجهين . وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينه ، عن شبيب بن غرقد ، سمعت الحى يحدثون عن عروة ، ورواه الشافعى عن ابن عيينه ، وقال : ان صح قلت به ونقل المزنى عنه انه ليس بثابت عنده ، قال البيهقى انما ضعفه لان الحى غير معروفين وقال فى موضع آخر هو مرسل لان شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروه ، وانما سمعه من الحى ، قال الرافعى هو مرسل ، قال الحافظ : الصواب انه متصل فى اسناده مبهم ، وقال الخطابى : ان الخبرين معا غير متصلين لان فى احدهما وهو خبر حكيم رجلا مجهولا لا يدري من هو ، وفى خبر عروة : ان الحى حدثوه ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقسم به الحجة " ، الشوكانى - نيل الاوطار ج ٦ / ٥ / ٦ بتصرف يسير .

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٦ / ٣٠٢٠ / ٣٠٢١ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

ويمكن ان يجاب عن هذا الاستدلال بما جاب به الشافعية حيث قال في  
المجموع : " واما حديث حكيم ، فاجاب اصحابنا عنه بجوابين ؛  
احدهما ؛ انه حديث ضعيف اما اسناح بن داود ففيه شخص مجهول ، واما  
اسناح الترمذي ففيه انقطاع بين حديث ابي ثابت وحكيم بن حزام .

والجواب الثاني ؛ على فرض ان الحديث صحيح ، فهو محمول على انه كان  
وكيلا للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة ، يدل عليه ؛ انه باع الشاة وسلمها  
واشترى ، وعند المخالف لا يجوز التسليم ، الا باذن مالكة ، ولا يجوز عند ابي  
حنيفة شراء الثانية موقوفا على الاجازة (١) .

وعلى ان لو سلمنا ، بان عقود المعاوضات هنا صحيحة موقوفة على اجازة المالك  
لانسلم ذلك في عقود التبرعات ، ومنها العارية كما هو رأى المالكية ، لان عقود  
المعاوضات اذا جاز لنا ، ان نقول بانها صحيحة موقوفة عند تخلف شرط المالك ،  
فذلك لاحتمال ان يكون العقد في صالح المالك ، فيجيزه ، او غير ذلك فلا يجيزه .  
اما عقود التبرعات فانفاق للمال بدون عوض ، وانفاقه على هذا الوجه مضمرة  
محضة على صاحب المال في ماله ، فاحتمال ان يكون العقد في صالحه امر مستبعد  
وانما انتفى هذا الاحتمال فلا فائدة من اعتبار عقد التبرع هنا عقدا صحيحا موقوفا  
على اجازة المالك . (٢)

- 
- (١) النووى - المجموع شرح المذهب ج ٢٩٣/٩/ بشىء من التصرف .  
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٣/٣٨٨/٣٨٩ ، الصاوى  
بلغفة المسالك لا قرب المسالك الى مذاهب الامام مالك ج ٣١٣/٢/٠

ومن هنا فالذى يظهر لى رجحانه ، ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة فـسى  
اصح الروايتين عنهم والمالكية فى عقود التبرعات .

وذلك نظرا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " لا طلاق الا فيما  
تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك ، ولا وفاقا ندرالا فيما تملك " (١)  
وقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : " لا تتبع ماليس عندك (٢) " اى مالا  
تملكه لانه ، ذكر جوابا له حين سأل ، انه يبيع الشئ ، ثم يمضى فيشره ويسلمه (٣)

(١) قال النووى فى تخريج هذا الحديث : " حديث حسن او صحيح ، رواه ابو  
داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة باسانيد حسنة ، ومجموعها يرتفع  
عن كونه حسنا ويقتضى انه صحيح ، وقال الترمذى : هو حديث حسن .

وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده : " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسل  
عتاب بن اسيد الى اهل مكة ان يبلغهم عنى اربع خصال ؛ انه لا يصح شرطان فى  
بيع ، ولا بيع وسلف ولا تبيع مالا تملك ، ولا ربح مالا تضمن " رواه الترمذى والنسائى  
وابن ماجه باسانيد صحيحة . " النووى - المجموع شرح المهبذ ج / ٩ / ٢٦٣ ،  
الشوكانى - نيل الاوار ج / ٥ / ٢٥٣ ،

(٢) هذا الحديث ، اخرجه الخمسة ، وابن حبان فى صحيحه ، وقال الترمذى  
حسن صحيح ، وقد روى من غير وجه عن حكيم - وفى بعض طرقه عبد الله بن عصمه  
زعم عبد الحق انه ضعيف ، ولم يتحققه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم انه مجهول  
قال الحافظ : وهو جرح مردود ، قد روى عنه ذلك ثلاثة كما فى التلخيص وقد  
احتج به النسائى " الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٢٥٢

• ٢٥٣ /

(٣) ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ١٥٥ •



وقد دل الحديثان السابقان على عدم صحة التصرف فيما لا ملك للانسان فيه حيث نفى في الحديث الاول وقوع التصرف فيما لا يملكه الانسان ، ونفى في الحديث الثاني <sup>عن التصرف</sup> فيما لا يملكه الانسان ، ونفى وقوع التصرف والنهي عنه ، دليل على عدم صحته عند عدم توفر شرط الملك للمتصرف .

والحديثان وان كانا نصا في نوع معين من التصرفات ، الا ان هذا الحكم لما نص عليه في تصرفات قولية تقبل الانابة ، جاز ان يطرد في جميع العقود التي تقبلها ومنها عقد العارية ، كما صرح بذلك الشافعية ، والحنابلة . (١)

وعلى هذا فما لم يكن المعير مالكا للمعين المعارة او مالكا لمنفعتها ، او مختصا بالمعين ، او مأذون له بالاعارة من المالك او المختص ، فالعارية حنث باطللة لا اثر لها . والله تعالى اعلم .

سادسا : كون المعير حرا ، او مأذونا بالاعارة :

سبق ان الفقهاء في اشتراط الملك ، فريقان :

فريق يرى : ان ملك المعير للمعين المعارة او لمنفعتها او اختصاصه بالمعين او الاذن من المالك او المختص شرط لصحة عقد العارية .

والفريق الثاني : لا يرى ذلك شرطا لصحتها ، حيث اعتبر الاعارة من الفضولي صحيحة موقوفة على اجازة المالك . (٢)

---

(١) النووي - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ٢٥٩ / ٢٦٠ / ٢٦١ ، ابن تيمية

- الفتاوى ج / ٢٠ / ٥٧٧ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

وعلى هذا ، فالفريق الاول : يرى ان المعير اذا لم يكن حرا ، او مأذونا له  
بالاعارة من قبل سيده ، فالعارية غير صحيحة ، وذلك نظرا لما استقر عندهم من  
اشتراط الملك او الاذن من المالك لصحة التصرف المالي ، والعبد المحجور عليه  
اذا تصرف بالاعارة ، فانما يتصرف في ملك غيره ، ان هو وما ملك لسيده ، فلا يصح  
تصرفه كالفضولي .

والى هذا ذهب المالكية والشافعية ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة  
وابو ثور وابن المنذر والشيعة الزيدية . (١)

واما الفريق الثاني : فظاهر ما ذهبوا اليه ، ان اعارة العبد المحجور عليه  
عندهم ، صحيحة موقوفة وذلك نظرا لما استقر عندهم من عدم اشتراط الملك  
او الاذن من المالك لصحة التصرف المالي .

ولما كان العبد المحجور عليه ، اذا تصرف في مال سيده ، فانما يتصرف في  
مال غيره بدون اذنه ان هو وما ملك لسيده كان تصرفه فيما يظهر ، كتصرف الفضولي  
بجلمع ان كل واحد منهما يتصرف في ملك غيره بدون اذن او ولاية ، وعلى هذا

---

(١) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٧ ،  
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥١٩ ، النووي - المجموع شرح المذهب  
ج / ٩ / ٢٥٩ / ٢٦٠ / ٢٦١ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٣ ،  
ج / ٣ / ٤٥٨ ، ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٦ ، ج / ٤ / ١٥٤ / ١٥٥ / ١٨٧ ،  
المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٤ / ٢٩٢ .

يعتبر تصرف العبد حينئذ صحيحا موقوفا على اجازة السيد ، كالفضولي ، وهذا  
ظاهر ما ذهب اليه الاحناف . (١)

ولقد سبق ان اشرت الى بعض ادلة الفريقين ، عند الكلام على اشتراط الملك  
وبينت ان الراجح فيما ظهر لي : عدم صحة عقد العارية ، اذا كان المعير غير  
مالك للعين المعارة او مالكا لمنفعتها ، او مختصا بالعين ، او مأذونا له  
بذلك . (٢)

ولهذا ، فالذي يظهر لي هنا ، عدم صحة اعارة العبد مالم يأذن له بذلك  
سيده ، لعدم ملكيته لما يعير ، فصار كالفضولي في عدم صحة ما ينشؤه من عقود .  
وانا تبين هذا ، فان الفريقين السابقين من الفقهاء ، وان اتفقوا على صحة  
اعارة العبد باذن سيده ، الا انهم اختلفوا في اعارة العبد المأذون له في التجارة  
هل تصح منه الاعارة بمجرد الاذن له بالتجارة ، ام لا تصح منه الا باذن خاص  
بالاعارة .

الواقع ، ان للفقهاء في ذلك قولين :

القول الاول : لا تصح الاعارة من العبد بمجرد الاذن له بالتجارة ، ولا فرق في  
ذلك بين ما قل او اكثر عرفا ، بل لا بد من اذن السيد له بخصوص الاعارة .

---

(١) التمر تاشي - تنوير الابصار وجامع البحار ج ٤ / ١٣٥ مطبوع مع شرحه  
الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق  
ج ٥ / ١٩١ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية ، واليه ذهب بعض المالكية ، كعبد الرحمن بن القاسم والدسوقي ، وهو ظاهر قول الامام مالك ، وبه قال صاحب النهاية ووصفه بأنه الاظهر . (١)

القول الثاني : تصح اعادة العبد المأذون له بالتجارة ، لما قل عرفنا ، استئلافاً للتجارة وان لم يأذن له سيده صراحة ، لان الاعارة من توابع التجارة فيملكها بالاذن له في التجارة .

والى هذا القول ، ذهب الاحناف والحنابلة ، وبعض المالكية ، ومنهم الدردير والخرشي . (٢)

---

(١) حاشية الشرقاوى على تحفه الطلاب ج ١١/٢ ، الرافعى - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١٢٣/٩ ، الامام مالك - المدونة ج ١٧١/١٧٠/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢٧٤/٣ ، البهوتى - كشاف القناع عن متين الاقتاع ج ٤٦٠/٣ . ابن قدامة - المغنى ج ٥١/٦ .

(٢) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٨/٨ ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ١٠٦/٨ ، محمد آل حسين - الزوائد ج ٤٥٠/١ ، البهوتى - شرح منتهى الارادات ج ٢٩٩/٢ ، الروض المربع ج ٩٩/٢ ، كشاف القناع عن متن الاقتاع ج ٤٦٠/٣ ، ابى البركات - المحرر ج ٣٤٨/١ .

الدردير - الشرح الصغير ومعه بلغة السالك ج ٢٠٥/٢ ، شرح الخرشي

على مختصر سيدى خليل ج ١٢١/٦ .

والراجع فيما يظهر لي هو القول الاول ، وذلك نظرا ، الى ان صحة التبرع  
تعتمد الملك والعبد لا يملك شيئا ، فاذا تبرع <sup>فقد تبرع</sup> من مال سيده ، وفي اعتبار تبرعه  
صحيحا اضرار بالسيد من جهة ، ومخالفة لما استقر ، من اشتراط الملك لصحة  
التبرع من جهة اخرى .

والعارية نوع من انواع التبرع ، فلم تصح من المأذون له بالتجارة ككأحه . (١)  
ثم ان المأذون له بالتجارة انما يحق له ان يتصرف في حدود ما اذن له فيها  
وهو التجارة فقط اما التبرع فليس من التجارة ، ولا يحتاج اليه كخير المأذون سواء  
اكان تبرعا بالمنفعة او العين . (٢)  
والله تعالى اعلم .

سابقا : كون المعير صحيحا عند اعارته لما هو اكثر من ثلث ماله :

اذا كانت قيمة منافع العين المعارة اكثر من ثلث مال المعير ، فهل يشترط لصحة  
اعارة الزائد عن الثلث ، ان لا يكون المعير مريضا مرض الموت ، ام ان ذلك لا يعتبر  
شرطا لصحة اعارة فيما زاد .

بموجب الفرض

- 
- (١) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ١١/٢ ، الرافعي - فتح العزيز  
شرح الوجيز ج ١٢٣/٩ ، الامام مالك - المدونة ج ١٧٠/٦ ، حاشية  
الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢٧٤/٣ ، البهوتي - كشاف القناع عن مقنن  
الاقناع ج ٤٦٠/٣ ، ابن قدامة - المغنى ج ٥١/٦ .  
(٢) المراجع السابقة .

بمقتضى هذا الرأى  
علم من لزوم العارض  
واللازم - بحوث العصر

الواقع ان الفقهاء اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال :

القول الاول : ان اعارة المريض مرض الموت / <sup>بمقتضى</sup> تخرج من ثلث ماله ، وما زاد على  
الثلث فموقوف على اجازة الوثة ، وعلى هذا فلا يشترط لصحة الاعارة فى الزائد عن  
الثلث ، ان لا يكون المعير مريضا مرض الموت ، بل يعتبر ما زاد صحيحا موقوفا على  
اجازة الوثة .

والى هذا القول ذهب الشافعية فى احد القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب  
اليه الحنابلة . (١)

القول الثانى : ان اعارة المريض مرض الموت تخرج من جميع ماله ، وبناء على  
هذا ، فلا يشترط فى صحة اعارة ما زاد عن الثلث ، ولا فى نفاذها ، ان يكون المعير  
مريضا مرض الموت ، حيث يعتبر عقد العارية فيما زاد على الثلث صحيحا نافذا .  
والى هذا القول ، ذهب الاحناف (٢) ، وذلك نظرا الى ان المنافع لا تعتبر  
اموالا متقومة الا ضمن عقد الايجار " لان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمسك  
والتمول صيانة الشيء " وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع وان امكن الانتفاع بهما

- 
- (١) الانصارى - شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٤ / ٥٣ ، الاردبيلي  
- الانوار لاعمال الابرار ج / ٢ / ٢٨ ، الشيرازى - المهذب ج / ١ / ٤٥٧ ، حاشية  
الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٧٦ ، ابو البركات - المحرر ج / ١ / ٣٧٧ ،  
البيهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٣٢٣ / ٣٢٨ / ٣٣٩ / ٣٤٠ .  
(٢) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٣٤ ، ابن نجيم  
- الاشباه والنظائر / ٢٩٤ ، السرخى - المبسوط ج / ١١ / ٧٩ .

لكونها مما لا يمكن حيازته ، لأنها اعراض تتجدد بتجدد اوقاتها ، وتحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فكلما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول " (١) وانما لم تعتبر المنافع اموالاً ، فلا تعلق لحق الضمائم والورثة بها ، لان حق الضمائم والورثة انما يتعلق بالاموال دون غيرها وعلى هذا فاعارة ما زاد على الثلث ، صحيح نافذ من جميع المال ، لعدم تعلق حق الورثة به . (٢)

القول الثالث : ان اعارة المريض مرض الموت تخرج من ثلث ماله ، وما زاد على الثلث فباطل وعلى هذا فيشترط لصحة الاعارة في الزائد عن الثلث ، ان لا يكون المصير مريضاً مرض الموت ، والى هذا القول ذهب المالكية ، وهو ظاهر احد القولين عند الشافعية . (٣)

---

(١) انظر المراجع السابقة ، وانظر ، سليمان محمد - ضمان العتقات فسى الفقه الاسلامى ، ج ١/٦١ ، السرخى - المبسوط ج ١١/٧٩ ، بشىء من التصرف .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر ، الخفيف - المنافع / ١١٢ ، الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٩٣/٩٤ .

(٣) حاشية المدوى على شرح الخرشي ج ٦/١٢١ مطبوع بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل ، الشيرازى - المهذب ج ١/٤٥٧ ، حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٢/٧٦ .

وذلك نظرا الى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعد بن ابى وقاص عن الوصية بما زاد على الثلث (١) ، والنهى يقتضى الفساد ، والتبرع فى مرض الموت

يأخذ حكم الوصية فيما زاد على الثلث عند جمهور الفقهاء . (٢)

ولعل الراجح من هذه الاقوال الثلاثة القول الاول ، أى ان عقد العارية ممن

المريض مرض الموت صحيح فيما زاد عن الثلث الا انه موقوف على اجازة الورثة .

وذلك ان تصرف المريض بالاعارة تصرف صدر من اهله فى محله وانما منح ممن

التبرع بالزائد عن الثلث لتعلق حق الورثة فى طله وليس فى الحكم بصحة تصرفه

انماة لحقهم طالما انه موقوف على اجازتهم قياسا على بيع ما ثبت فيه حق الشفعة (٣) .

(١) قال الزيلعى فى تخريج هذا الحديث : " اخرجہ الاثمة الستة فى كتبهم عن سعد بن ابى وقاص قال : قلت : يا رسول الله ، ان لى مالا كثيرا ، وانما ترثنى ابنتى أفأوضى بمالى كله ؟ قال : لا ، قال : فبالثلثين ؟ قال : لا ، قال : فبالثلث قال : بالثلث كثير ، ان صدقتك من مالك صدقة ، وان نفقتك على عيالك صدقة وان ماتا كل امراتك من مالك صدقة ، وانك ان تدع اهلك بخير او قال بعيش خير من ان تدعهم يتكفون الناس ، ا هـ بلفظ مسلم ورواه البخارى فى سبعة مواضع من كتابه منها كتاب المغازى والفرائض والوصايا " .

انظر - الزيلعى - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ٤٠١ .

(٢) الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٤٥٧ ، حاشية الشرفاوى ج / ٢ / ٧٦ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٣٢٣ / ٣٢٨ ، الزيلعى - تبين الحقائق

ج / ٦ / ١٩٦ .

(٣) الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٤٥٧ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن

الاقناع ج / ٤ / ٣٢٢ / ٣٢٣ / ٣٢٤ / ٣٢٨ / ٣٣٩ / ٣٤٠ .



ونهى النبي صلى الله عليه وسلم لسعد عن التبرع بما زاد على الثلث انما هو  
لحق الورثة ، بدليل ما جاء في اخر الحديث ، " انك ان تذر ورثتك اغنياً ، خير من  
ان تدعهم يتكفون الناس " وما كان كذلك ، فهو صحيح موقوف على اجازة الورثة  
قياسا على الوصية لو ارث ، فان النهى فيها ايضا انما كان مراعاة لحق الورثة ، وقد  
جعلها النبي صلى الله عليه وسلم موقوفة على اجازتهم حيث قال : " لا وصية لسوارث  
الا ان تجيز الورثة " . (١)

(١) المرجعين السابقين .

وهذا الحديث اخرجه الدارقطني في سننه من خديث عمرو بن شعيب عن ابيه  
عن جده وفي سنده ، سهل بن عمار ، كذبه الحاكم .  
واخرجه ابن عدى في الكامل ، عن حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن ابيه  
عن جده الا انه لم يذكر فيه : " الا ان تجيز الورثة " ولين حبيبا هذا ، وقال ارجو  
انه مستقيم الرواية .

ولهذا الحديث شاهد اخرجه الدارقطني ايضا في سننه في الفرائض ، عن  
يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال  
لا تجوز الوصية لو ارث الا ان يشاء الورثة ، قال ابن القطان : ويونس بن راشد  
قاضي خراسان قال ابو زرع : لا بأس به ، وقال البخاري : كان مرجئا ، اهـ وكان  
الحديث عنده حسن ، واخرجه الدارقطني ايضا عن عطاء عن ابن عباس مرفوعا ، وعطاء  
الخراساني لم يدرك بن عباس قال عبد الحق في احكامه : وقد وصله يونس بن راشد  
فرواه عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس .

انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ٤٠٤ .

والذى يظهر ان المنفعة مال متقوم ، كما هو رأى الجمهور خلافا للاحناف  
" لان اطلاق لفظ المال عليها احق من اطلاقه على العين ، لانها لا تسمى مالا  
الا باشتمالها على المنافع ، ولا تقصد وتقوم الا لها ، ولذلك لا يصح بيع العين  
بدون المنفعة ..... وفي اجازة الشريعة لصعد الاجارة ، دليل بان المنفعة  
موجودة متقومة فى ذاتها ، فيدفع فى مقابلتها الاجر كما يدفع الثمن فى مقابلة  
العين فى عقد البيع . (١)

وقال فضيلة الشيخ على الخفيف : " وفى رأى ان التطريف الشرعية يجب ان  
تستتبط من الاحكام التى جاء بها الشرع ، وليس فيما جاء عن الشارع حكم يقتضى  
ان المنافع غير متقومة او انها ليست بمال ، فكان لذلك تعريف الشافعية للمال بما  
لا يقتضى ان تتوافر الحيازة فيه ، اصح وادق ، وكان لذلك شاملا للمنافع ومتقوما  
مع جميع الاحكام . (٢) ا هـ

وبهذا نصل الى ان المريض مرض الموت متى اعار عينا قيمة منافعتها اكثر من ثلث  
ماله ، صح ونفذ ما كان فى حدود الثلث ، واما الزائد فموقوف على اجازة الورثة  
لتعلق حقهم به ، وعلى هذا يشترط لصحة اعادة ما زاد عن الثلث : ان لا يكون  
المعير مريضا مرض الموت ، بل يعتبر صحيحا موقوفا على اجازة الورثة . والله  
تعالى اعلم .

---

(١) سليمان محمد - ضماز المتلفات فى الفقه الاسلامي ج / ١ / ٦٢ ، الزنجاني

- تخرىج الفروع على الاصول / ١١١ .

(٢) على الخفيف - المنافع / ١٠٥ .

د

ثامنا : عدم الحجز على المعير بسبب الدين :

يطلق الحجز في اللغة العربية ويؤاد به المنع ، قال الفيروز باذى : الحجز  
مثلة المنع كالحجران : (١)

اما في اصطلاح الفقهاء " فقد اختلفت الاجتهادات المذهبية في تعريفه  
فعرفه كل مذهب ، على حسب ما يدخل تحته في اجتهاده ، وما يخرج منه ، صورا  
واشخاصا وان كانوا قد اتفقوا على انه : منع من التصرف في الامور المالية" (٢) .  
ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط عدم الحجز على المعير لصحة عقد العارية  
ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : يشترط عدم الحجز على المعير بسبب الدين ليعتبر عقد العارية  
صحيحا ، ومعنى هذا ، ان العارية <sup>عقد</sup> مع الحجز على المعير ، باطل لا اثر له .  
والى هذا القول ذهب المالكية ، والحنابلة ، وهو اصح القولين عند الشافعية (٣)

- 
- (١) الفيروز باذى - التاموس المحيط ج / ٢ / ٤ .  
(٢) ابن حميد - القيود الواردة على استحصال الملكية / ٧٥ وانظر : الزيلعي  
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ١٩٠ ، حدود ابن عرفة مع شرحها / ٣٣٣  
الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤ / ٣٤٢ ، الجرجاني - التصريفات  
٧٢ / .  
(٣) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٧ ،  
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥١٩ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٤ /  
٣٣٠ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٤٢٣ ، البهوتي - منتهى  
الارادات ج / ٢ / ٣٩٢ .

القول الثاني : لا يشترط عدم الحجر على المعير بسبب الدين لصحة عقد العارية  
وعلى هذا ، فالاعارة في هذه الحال صحيحة نافذة ، ولا يقدر فيها كون المعير  
محجوز عليه بسبب الدين .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف سواء منهم القائلون بمشروعية الحجر على  
المديون في ماله ، او القائلون منهم بعدم مشروعيته . (١)  
وذلك نظرا الى ان العارية تبرع بالمنفعة ، والمنافع لا تعتبر عند الاحناف  
اموالا متقومة الا ضمن عقد الايجار كما سبق بيان ذلك قبل قليل (٢) ، وحقوق  
الدائنين لا تتعلق الا باموال المدين دون غيرها .

ومن هنا فالذي يظهر ان عقد العارية من المحجوز عليه بسبب الدين ، عقد  
صحيح نافذ عند الاحناف ، لتصرفه في منفعة العين دون ذاتها ، ولا حق للفرمان  
في المنفعة ، وذلك كتصرف المريض مرض الموت في المنفعة ، حيث اجازوا له اعارة  
ما زاد على الثلث لعدم مالية المنافع ، ولو كانت مالا لما جازت الا من الثلث لتعلق  
حق الورثة بها حنفا . (٣) حينئذ

---

(١) السرخي - المبسوط ج / ١١ / ٧٩ ، ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٢٩٤ ،  
ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٥ / ٩٥ ، الخفيف - احكام  
المعاملات الشرعية / ٩٣ / ٩٤ الخفيف - المنافع / ١١٢ / ١١٣ ، ابن نجيم - البحر  
الرائق ج / ٨ / ٩٤ ، داماد افندي - مجمع الانهر ج / ٣ / ٤٥٢ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

القول الثالث : ان تصرف المحجوز عليه بسبب الدين صحيح موقوف على اجازة الفرما  
وعلى هذا فلا يعتبر عدم الحجز شرطا لصحة التصرف ، وانما هو شرط لنفاذه فقط .  
وظاهر هذا القول ان العارية كذلك ، لانها تصرف في المال ، والى هذا  
ذهب الشيعة الزيدية وهو احد القولين عن الشافعية ، الا ان الاظهر عندهم  
خلافه . (١)

ومما استدلوا به على ذلك ان المديون المحجوز عليه مكلف ، والحجز عليه  
انما كان لحق الفرما ، فلا يمنع صحة التصرف في المال ، اعتبارا بالمريض ممرض  
الموت اذا تبرع بما يزيد على الثلث او تبرع لوارث ، حيث يصح التبرع ويبقى موقوفا  
على اجازة الورثة كما هو رأى الجمهور ولا فرق فكلاهما ممنوع من التصرف المالى  
لحق غيره . (٢)

ولعل الراجح في هذه المسألة ، ان عدم الحجز على المعير بسبب الدين  
شرط لصحة عقد العارية ، فبدونه يعتبر العقد باطلا لا اثر له ، كما هو القول  
الاول .

وذلك ، لان الحجز على المديون ، ثبت بحكم حاكم ، فلا يصح تبرعه بشئ  
من ماله كالسفيه . (٣)

---

(١) المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٦ / ٩٠ / الشيرازي

- المهذب ج ١ / ٣٢٨ .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٣٠ ، الشيرازي - المهذب ج ١ / ٣٢٨ .

"ويخالف الميراث مرض الموت ، لان الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله الا بعد الموت

وههنا حقوق الضمان تعلق بماله في الحال ، فلم يصح فيه كالمرهون". (١)  
ولقد سبق ان اشرت ، ان الراجح الذي عليه جمهور الفقهاء ، كون المنافع  
اموالا يمكن تقويمها سواء اكانت ضمن عقد الايجار او لم تكن ضمنه ، فلا داعي  
لاعادة ذلك . (٢)

واذا ثبت هذا : فان عدم الحجر على المعير بسبب الدين ، شرط لصحة  
عقد العارية ، فاذا تخلف هذا الشرط ، كان العقد باطلا لا اثر له ، والله اعلم .  
وبانتهاء الكلام على هذا الشرط ، نأتى الى ختام المبحث الاول من هذا  
الفصل ، وقد كان في الشروط المغيرة في المعير ، فارجوان اكون ممن وفق في  
دراسة مسائل هذا المبحث ، والله المستعان ، والحمد لله رب العالمين .

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٣٠ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

## المبحث الثاني : الشروط المعتبرة في المستعير

يشترط في المستعير شروط متعددة ، يجب توافرها ليعتبر العقد صحيحا منتجا لاثره : وهو ملك المنفعة بخير عوض ، الا ان تلك الشروط منها ما هو متفق عليه بين جماهير الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه بينهم .  
وما تجدر الاشارة اليه ، ان بعض الفقهاء اقتصروا على ذكر شرط واحد للمستعير فقط : وهو اهليته للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة (١) ، والبعض الاخر زاد شرطا وهو : تعيين المستعير ، وآخرون ذكروا اكثر من ذلك ، فاشتروا في المستعير ان يكون عاقلا بالغنا راشيدا علاوة على ما ذكره غيرهم .

وقد لا يدل ، اجمال البعض ، لما ذكره البعض الاخر من الفقهاء في كتاب المعارية على عدم اعتبار ذلك شرطا ، ان ربما اهلوه لانهم ذكروا فيما سبق ما يستدل على اعتباره ، فلم يعيدوا ذكره في كتاب المعارية ، تحاشيا للتكرار والاطالة ، وهذا ما يستفح ان شاء الله من خلال عرض هذه الشروط عند الفقهاء وهي كما يلي :

---

(١) يقصد بعض الفقهاء كالمالكية والحنابلة باهلية المستعير للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة : ان يكون المستعير ممن يجوز له استخدام العين المعارة . كما ان كان كانت العين المعارة مصحفا مثلا ، فيشترط حنثا ان يكون المستعير مسلما ، لعدم جواز اعارة المصحف للكافر ، فهو غير مؤهل للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة حنثا .

انظر : الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ ، البهوتي - كشاف القناع

عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٦٣ .

اولا : كون المستعير عاقلا بالغا رشيدا :  
لم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء تصريحاً باشتراط العقل والبلوغ  
والرشد في المستعير لصحة عقد الاعارة ، او عدم اشتراط ذلك في كتاب العارية  
معداً فقهاء الشافعية . حيث صرحوا في اكثر كتبهم ان لم يكن كسها باشتراط ذلك  
فاشترطوا في المستعير ان يكون ، عاقلا بالغا . (١)

وذلك نظرا الى ان الصبي والمجنون وان كانا اهلا للتبرع عليهما والاحسان  
اليهما لكنهما ليسا اهلا لانشاء العقود ، ولا للتصرف في الاموال .  
وعلى هذا فلا ضمان عليهما ان اخذا مال رشيد باذنه على سبيل العارية  
فتلف سواء اتمد يا عليه او لم يتعد يا . (٢)

واما اشتراط الرشد ، فللشافعية فيه قولان :

القول الاول : ان ائصاف المستعير بالرشد شرط لصحة عقد العارية .  
والى هذا القول ذهب زكريا الانصارى ، والاردبيلي ، والخطيب الشربيني  
والبيجرى وهو ظاهر قول السيد البكرى . (٣)

- 
- (١) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩١ ، الاردبيلي - الانوار  
لاعمال الابرار ومعه حاشيتى الحاج ابراهيم ، والكشرى ج / ١ / ٥٢٠ ، الشربيني  
- الاقتناع فى حل الفاظ ابي شجاع ومعه حاشية البيجرى ج / ٢ / ١٣٣ .  
(٢) المراجع السابقة .  
(٣) الانصارى - شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٣ / ٤٥٤ ، الاردبيلسى  
- الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٠ ، الشربيني - الاقتناع ومعه حاشية البيجرى  
ج / ٣ / ١٣٣ السيد البكرى - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ج / ٣ / ١٢٧



القول الثاني : ان اتصاف المستعير بالرشد ، لا يعتبر شرطا لصحة عقد العارية ، فتصح الاعارة من السفه .

والى هذا ذهب ، سليمان الجمل ، والاسنوى والشهاب الرملى ، والماوردى وذلك قياسا على صحة قبوله للهبة . (١)

ولعل القول الاول هو القول الراجح ، اى ان رشد المستعير شرط لصحة عقد العارية . لما سيأتى من ان العارية عند الشافعية مضمونة بكل حال على الاصح اى سواء اطلقت بتعد المستعير او تقصيره ام تلفت بافة سماوية ونحو ذلك .

ولما كان السفه <sup>محمورا</sup> محجوزا عليه التصرف فى ماله ، كان الحكم بصحة تصرفه بالاستعارة <sup>الزاهية</sup> الزاهية له بضمانها من ماله ، فيما لو تلفت .

ولان السفه ناقص العقل والادراك ، فلا يؤمن منه تضييع العين المصاراة واتلافها كالصبي والمجنون ، واتلاف الاموال فى الجطة منهى عنه شرعا .

وتفارق الهبة العارية ، فى ان الهبة لا تشمل على التزام بالضمان ، فلو تلفت فى يد الموهوب له لم يجب عليه ضمانها بخلاف العارية ، فهى مضمونة عند الشافعية على الاصح مطلقا .

وانا اثبت هذا فان الشافعية ، قد استثنوا ، من عدم صحة استعارة الصبي والمجنون والسفه ، صحتها منهم بعقد وليهم ، اذا لم تكن العارية مضمونة ، كما اذا كانت الاستعارة من مستأجر اجارة صحيحة . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشربيني - الاقتاع فى حل الفاظ ابى شجاع ومعه حاشية البيجرى ج / ٣

١٣٣ / الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٧ .

وذلك نظرا الى ان المستأجر عند هم غير ضامن مالم يتمدد<sup>ل</sup>، والمستعير منه كوكيله في استيفاء المنفعة ، فيكون مثله في ذلك ، ومن هنا جازت استعارة الصبي والمجنون والسفيه بعقد وليهم ، لانتهاء الضرر عنهم في اموالهم بانتفاء الضمان. (١) هذا رأى الشافعية في اشتراط العقل والبلوغ والرشد ، بالنسبة للمستعير كما فصلوه في كتبهم في باب العارية .

اما بقية الفقهاء ، فكما قلت سابقا ، باني لم اجد فيما اطلمت عليه من كتبهم نصا صريحا في باب العارية يدل على اشتراط ذلك ، او عدم اشتراطه . وسأحاول فيما يلي تلخيص هذا الشرط عند بقية الفقهاء ، في غير كتاب العارية على اجد في كلامهم ، على العقود المشابهة لعقد العارية او غيرها ، ما يدل على اشتراط ذلك او عدم اشتراطه ، بادئا بالاحناف اولا فالمالكية ، فالحنابلة .

#### ١ - الاحناف :

ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ؛ ان المستعير يشترط فيه لصحة عقد العارية ان يكون عاقلا اما البلوغ ، فظاهر مذهبهم ايضا ؛ عدم اعتباره شرطا لصحة العقد بل يكفي ان يكون المستعير سبيا مأذونا له بالتجارة ، لتصح منه الاستعارة . ولعل مما يدل على اشتراط العقل دون البلوغ عندهم ، انهم اشترطوا لصحة الوديعة ان يكون المودع ، بالفتح ، عاقلا ، ولم يشترطوا فيه البلوغ ، وقد علموا الاشتراط العقل : باحكام عقد الوديعة : لزوم حفظ الصين المودعة ، ومن لا عقل له لا يكون من اهل الحفظ ، وعلموا لعدم اشتراط البلوغ ، بان الصبي المأذون له من اهل حفظ الاموال ، فتصح منه الوديعة .

(١) انظر المرجعين السابقين ، وانظر : حاشية البيجرمي على الاقناع ج / ٣ / ١٣٣

والذى يظهر ، ان العارية عندهم كذلك ، لانها كالوديعة في لزوم حفظ محل العقد ان هي امانة عند الاحناف ، لاتضمن الا بالتعدى فيها كالوديعة .  
ولما كان المجنون ، والصبي المحجور عليه ، ليسا اهلا لحفظ المال ، وقد اعتبر ذلك سببا لعدم صحة ايداعهم ، فالظاهر ان العارية كذلك لنفس السبب ولا فرق فكلا العقدين يلزم بهما حفظ محل التعاقد ، وضمانه عند التعدى . (١)  
ويؤيد هذا ما ذكره علماء مجلة الاحكام العدلية حيث قالوا : " يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين " .

قال شارح المجلة على حيدر : " يشترط في صحة الاعارة كون المعير والمستعير عاقلين كما يشترط ذلك في كل عقد كالبيع والاجارة والايداع ، اما كون المعير والمستعير بالغين فليس بشرط في صحة الاعارة ، كما كان الحكم على هذا المنوال في الوديعة " . (٢)

ولا يخفى ان علماء المجلة ، وشارحيها من كبار فقهاء الاحناف في الدولة العثمانية ، وقد فهموا من اشتراط ذلك في الوديعة ، اشتراطه في العارية .  
وبناء على هذا ، فالذى يظهر ، ان اتصاف المستعير بالعقل شرط لصحة عقد العارية عند الاحناف ، اما البلوغ فلا يعتبر شرطا عندهم ، حيث تصح من المأذون له في التجارة لان الاستمارة من توابعها .

---

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٨١ ، نظام -

الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٣٨ .

(٢) على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٠١ / ٣٠٢ مادة

رقم (٨٠٩) .

واما السفه ، فلا يعتبر عند الامام ابي حنيفة سببا للحجر ، وبالتالي فلا يعتبر  
الرشد عنده شرطا لصحة التصرف ، وعليه فتصح الاستعارة من السفه .  
ولقد سبق ان فصلت القول في الحجر على السفه ، عند الكلام على اشتراط  
الرشد <sup>بالسفة</sup> بالنية للمعير ، وبينت هناك ان الرشد شرط لصحة التصرف ، فلا داعى  
لاعادة ذلك . (١)

واما الامان ابو يوسف ومحمد بن الحسن ، فيريان الحجر على السفه ، ولم  
اجد نفا صريحا يجعلنى اجزم ، بان الحجر عليه يعتبر مانعا من صحة استعارته  
عندهم ، كما اعتبروا ذلك مانعا من صحة اعارته ، على ما سبق بيانه . (٢)  
الا ان السفه ، لما كان ممن لا يحسن حفظ العين المارة في الخالب ، لمدم  
تقديره لعواقب الامور ، فيحتمل والله اعلم ان القول فيه كالقول في الصبي المحجور  
عليه عندهم ، فلا تصح منه الاستعارة . والله اعلم .

## ٢ - المالكية :

واما المالكية ، فقد وجدت ما يدل على اشتراط الرشد لصحة التملك بواسطة  
الاسباب القولية عندهم ، وذلك في كتاب الفروق للقرافي .  
والذى يفهم من اشتراط الرشد ، ان البلوغ والعقل شرط ايضا من باب اولى  
ولما كان عقد العارية سبب قولى لتملك منفعة العين المارة ، كان داخل تحت  
ما جاء في كتاب الفروق ، ومن هنا فالذى يظهر ان ذلك شرط فيها عندهم كسائر

(١) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

الاسباب القولية فيعتبر في المستعير لصحة عقد العارية حنثا ان يكون عاقلا بالغنا رشيدا ثم ان القراني قد صرح باشتراط ذلك في الهبة ، والعارية اشبهة العقود بالهبة ان كل منهما تمليك للمال بغير عوض ، ولا فرق ، الا ان احدهما تمليك للمنفعة ، والاخر تمليك للمعين ، وعلى هذا ، فلا يبعد اشتراط ذلك في العارية كما اشترط في الهبة ، بل ربما كانت العارية اولى بذلك ، لانها مضمونة عند المالكية بالتعدي ، ومن ضعف ادراكه وساء تقديره لعواقب الامور ، لا يؤمن منه التعدي على العين المعارة بالاتلاف ، وفي اعتبار العقد صحيحا ، الزام له بما يقتضيه حكم العقد من الضمان عند تعديه . (١)

### ٣ - الخنابلة :

واما الخنابلة ، فالظاهر انهم يتفقون مع الشافعية ايضا في اشتراط ، العقل والبلوغ والرشد لصحة الاستعارة ، ان قد صرحوا في كتاب الهبة ، باشتراط ذلك في الموهوب له ، فلا يصح عقد الهبة عندهم ، متى ما كان الموهوب له مجنوناً او صبيا او سفيا ، لانتهاء اهلية التصرف ، فتعليقهم لعدم صحة الهبة هنا بانتفاء اهلية التصرف فيه اشارة الى عدم صحة تصرف من اتصف بذلك مطلقا ، سواء تصرف في ماله بالهبة او العارية ونحوهما من التصرفات ، او قبل ذلك من غيره لان قبول العارية ونحوها من العقود نوع من التصرف .

---

(١) القراني - الفروق ج / ٨ / ٢٠٤ ، الفرق رقم (٣٥) ، الدردير - الشرح الصغير ومعه بلغة السالك ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ .

ثم ان هذا الحكم اذا كان ثابتا في الهبة عندهم مع انها غير محض بالنسبة للموهوب له ، فان العارية فيما يظهر لى اولى بهذا الحكم ، لانها مضمونة عندهم على الاصح بكل حال سواء اتعدى فيها المستعير او لم يتعدى ، كما سيأتى بيان ذلك ان شاء الله . (١)

ومن هنا فالذى يظهر ان مآلوه في الهبة معتبر في العارية ايضا ، والله اعلم بالصواب .

ثانيا : كون المستعير معيناً :

يشترط لصحة عقد العارية : ان يكون المستعير معيناً ، فلو فرش احد الناس بساطا لمن يجلس عليه ، فلا يعتبر تصرفه هذا اعارة وانما اباحة لضعفة البساط . ولو قال المعير لشخصين : اعرت هذه السيارة لاحدكما ، لم تصح الاعارة لأى واحد منهما ، لعدم تعيين المستعير .

فلو استعمل احدهما او كلاهما السيارة ، اعتبر ذلك غصبا ، فيجب في هذه الحال جميع ما يجب في العين المفقودة من ضمان ، كما سيأتى بيان ذلك فى الباب الخامس من هذه الرسالة .

وهذا بخلاف ما اذا خيرهما في التخصيص بان قال : اعرت هذه السيارة لمن شاء منكما فاخذها ، احدهما ، صح عقد العارية حينئذ .

---

(١) البيهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٠ / ٧١ / ٣٠١ /

وكذلك ، اذا اعارهما جميعا ، فقال : اعرتكما هذه السيارة ، حيث  
يعتبر العقد صحيحا ويكون كل واحد منهما مستعيرا في نوبته .

وجميع ما سبق منصوص عليه عند الشافعية في كتاب العارية ، ولم اجد لغيرهم  
في ذلك ، كلاما " . (١)

والذى يظهر ان احدا لا يخالف في ذلك ، لان العارية عقد ، ولا يتصور قيام  
العقد دون وجود احد طرفيه ، ولا يمكن اعتبار الطرف الاخر للعقد موجودا مع  
عدم تعيينه .

ثالثا : كون المستعير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة : هو  
اشترط الفقهاء لصحة عقد العارية ، ان يكون المستعير من اهل للتبرع عليه  
بمنفعة العين المعارة ، ولهم في ذلك تفصيل اذكره فيما يلي :

١ - اشترط المالكية والحنابلة لصحة عقد العارية ، ان يكون المستعير اهلا  
للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة ، فلا تصح اعارة مصحف لكافر او عبد مسلم لخدمة

---

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ، ومعه حاشيتي الحاج ابراهيم  
والكشري ج / ١ / ٢٥٠ ، حاشية الرطبي الكبير على اسنى المطالب شرح روض  
المطالب ج / ٢ / ٣٢٥ وحاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٢ ، الرطبي -  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج / ٥ / ١١٧ .

ذى لما فى ذلك من اهانة للمصحف الشريف، واذلال للمسلم . (١)

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، حيث قالوا بعدم صحة اعارة الجارية للاستمتاع بها وفى قولهم هذا اشارة الى ان المستعير ما لم يكن مؤهلا لاستيفاء منفعة العين المعارة ، بان تكون مباحة له شرعا ، فان عقد العارية لا يصح منه . (٢)

ويؤيد هذا ، ان القاعدة عندهم ، ان ما حرم اخذه حرم اعطاؤه ، فاذا حرم على المستعير استيفاء منفعة عين ما ، حرم على المعير اعطاؤها له ، وبالتالى فلا يكون مؤهلا للتبرع عليه بتلك المنفعة ، وعليه فلا يصح عقد العارية ، لان المنفعة هنا محرمة شرعا ، وكون المنفعة المقصودة من العين ، محرمة شرعا ، امر يوجب فساد العقد كما اوجب ذلك عندهم فساد عقد الاجارة ، فلا تصلح الاجارة على المعاصى ، كالنياحة والزمر ونحو ذلك عندهم . (٣)

- 
- (١) الدردير - الشرح الصغير ومعه بلفحة السالك ج / ٢ / ٢٠٦ ، شرح  
الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٢ ، النفراوى - الفواكة الدوانسى  
ج / ٢ / ٢٣٥ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٦٣ ، ابن مفلح -  
المبدع فى شرح المقنع ج / ٥ / ١٣٧ .
- (٢) ابن عابدين - قررة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٣ .
- (٣) امين نجيم - الاشباه والنظائر / ١٥٨ ، الحصكفى - الدر المختار شرح  
تنوير الابصار ومعه حاشية ابن عابدين ج / ٥ / ٣٤ .



٢ - ذهب الشافعية في اصح القولين عنهم ، الى عدم صحة اعارة الجارية للاستمتاع بها ، او لخدمة اعزب وهى شابة جميلة ، وكذا اعارة المصحف لكافر او السلاح لحربي .

وظاهر ما ذهبوا اليه هنا ، انهم يتفقون مع الجمهور في ان المستصير بالمسلم يكن مؤملا للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة ، فان العارية باطلة لا اثر لها .  
الا انهم يخالفون للمالكية ، والحنابلة في اعارة العبد المسلم لخدمة كافر حيث يصح عندهم عقد العارية لذلك مع الكراهة .

غير اني وجدتهم يعتبرون الكراهة في انشاء عقد العارية للخدمة ، اما نفس خدمة المسلم للكافر فحرام عندهم ، بلا خلاف بينهم كما ذكر ذلك القليوبي .  
وعلى هذا فمتى اعير العبد المسلم لخدمة كافر ، فان العارية وان صحت مع الكراهة ، الا ان الكافر لا يمكن من استخدام المسلم ، بل يوءر بازالة الطك عنه لتحريم ذلك .

ولعل الفائدة عند الشافعية من اعتبار العقد هنا صحيحا ، مع ان خدمة المسلم للكافر محرمة عندهم ، نظرا لما اشار اليه الشيراطسى ، من انه لا يلزم من القول بصحة اعارة العبد المسلم لخدمة كافر ، جعله تحت يده ، وخدمته له لجواز ان يعيره لمسلم باذن المالك ، او يستنيب مسلما في استخدامه ، فيما تعود منفعته عليه .

وفي قول مرجوح عند الشافعية ، كما ذكر ذلك القليوبي ، تصح اعارة المصحف والعبد المسلم لكافر ، والجارية لخدمة الاعزب ، والسلاح لحربي ، مع ثبوت الحرمة .

وظاهر هذا القول ، ان كون المستحير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة لا يعتبر شرطا لصحة عقد العارية ، بل يعتبر العقد صحيحا مع ثبوت الحرمة في ذلك .

وهذا مخالف لما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، ولعل الصواب خلافه ، لان تلك المنافع محرمة شرعا ، فلم تصح اعارتها ، كما لم تصح اعارة الامة للوطء . (١)  
والخلاصة ان ظاهر اصح القولين عن الشافعية ، موافق لما ذهب اليه المالكية والحنابلة من ان المستحير ، يشترط فيه لصحة عقد العارية ، ان يكون اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة ، الا في اعارة العبد المسلم لخدمة الكافر فتصح عندهم مع الكرامة .

ولعل الراجح انها لا تصح ، كما هو رأى المالكية والحنابلة وظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، نظرا الى ان خدمة المسلم للكافر محرمة شرعا لما في ذلك من اذلال للمسلم ، واهانة له ، وقد قال الله تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٢) وقال عز وجل : " ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين " (٣) .

- 
- (١) انظر : المحلى - شرح منهاج الطالبين ، ومعه حاشيتي القليوبي وعميرة ج / ٣ / ١٨ ، وانظر : حاشية القليوبي ج / ٣ / ١٨ / ١٩ .  
(٢) سورة النساء ، آية رقم (١٤١) .  
(٣) سورة المنافقين ، آية رقم (٨) .  
وانظر : محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٩ .

ثم ان خدمة العبد المسلم للكافر ، كخدمة الامة الجميلة للاعزب في ان منفعة كل منهما محرمة على المستعير ، فخدمة المسلم للكافر محرمة صيانة له عن الازلال وخدمة الجارية للاعزب محرمة لاحتمال الوقوع في الفاحشة ، وقد اوجب تحريم المنفعة في اعارة الجارية لخدمة الاعزب ، عدم صحة عقد العارية عند الشافعية في اصح القولين عنهم كما ذكر ذلك القليوبي (١) ، فكان يجب ان يترتب على تحريم المنفعة في اعارة العبد المسلم لخدمة الكافر ، عدم صحة العقد ، ولا فرق ، فالعلمة واحدة .

والله تعالى اعلم .

رابعا : قبض المستعير للعين المصاراة :

اشترط فقهاء الاحناف لثبوت ملك المنفعة للمستعير ، ان يقبض العين المصاراة ويعطون لذلك ، بان عقد العارية عقد تبرع فلا يفيد الملك بنفسه بدون القبض وذلك قياسا على الهبة بجامع ان كلاً منهما تبرع ، ولا فرق ، غاية ما هنالك ان الهبة تبرع بالعين ، والعارية تبرع بالمنفعة . (٢)

والذى يظهر ان فقهاء الشافعية والحنابلة ، لا يخالفون في اعتبار ، قبض المستعير للعين المصاراة لثبوت حق الانتفاع له ، واستيفاء المنفعة لثبوت ملكها .

---

(١) انظر : حاشية القليوبي على شرح منهاج الطالبين المحلى ج/٣/١٨/١٩  
(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج/٨/٣٨٩٨ ، نظام -  
الفتاوى الهندية ج/٤/٣٦٣ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام  
ج/٢/٣٠٣ مادة رقم (٨١٠) .

لان العارية عندهم كما سبق في الباب الثاني من هذه الرسالة : عقد جائز يشتمل على اياحة المنفعة (١) .

فكونها عقد جائز ، تقتضى ان لا يثبت للمستعير حق الانتفاع بالعين المعارة قبل قبضها ، اذ لو ثبت له حق الانتفاع قبل قبض العين ، لالزم العين بتسليم العين المعارة ، وهذا يناهى جواز عقد العارية عندهم .

وكون العارية عندهم : اياحة المنفعة ، يقتضى ان لا يثبت ملك المستعير للمنفعة الا بعد استيفائها ، اذ قد سبق في الباب الثاني من هذه الرسالة ان المباح له ، يملك ما يبيع ، بحوزه ، او استهلاكه ، عند اكثر الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة .

والواقع ، ان المنفعة عرضية لاتبقى وقتين ، فاذا ابيحت فلا تملك الا يقبضها وقبضا  
انما يكون باستيفائها . (٢)

وهذا يتضح فيما ظهر لى ، ان القبض شرط لثبوت حق الانتفاع ، وملك المنفعة في ظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة .

اما الملكية : فقد سبق في الباب الثاني من هذه الرسالة ، ان العارية عندهم : تملك منفعة مؤقتة بخير عوض . وسيأتى في الباب الرابع : ان العارية

---

(١) انظر : ص ( ) وانظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

عندهم : عقد لازم في العارية المؤقتة بآجل او عمل ، بلا خلاف بينهم في ذلك وعلى خلاف بينهم في لزوم قدر ما تعار لمثله في العارية المطلقة ، اذا كانت العارية ارضا للفرس او البناء ، ولم يحصل بعد (١) .

والذي يظهر من كون عقد العارية عندهم : عقدا لازما يشتمل على تطبيقك المنفعة ، ان حق الانتفاع بالعين المعارة وملك المنفعة للمستعير ، ثابت قبيل القبض ، كما هو الامر عندهم في عقد الهبة ، ويؤيد هذا ، ان القاعدة عندهم ان من الزم نفسه معروفا فقد لزمه . (٢)

وسياتى ان شاء الله في الباب الرابع ، بيان ان الاصل في العارية الجواز لا اللزوم كما هو رأى جمهور الفقهاء . (٣)

ومن هنا فالذي يظهر لى في هذه المسألة : ان القبض شرط لثبوت ملك منفعة العين المعارة ، كما هو رأى الاحناف ، وظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة والله تعالى اعلم .

وبهذا نأتى الى ختام ما ذكره الفقهاء في كتاب العارية ، من الشروط المعتبرة في المستعير لصحة عقد العارية ، وثبوت اثره ، فارجو ان اكون من وفق في عرض ذلك ودراسته ، والله المستعان .

---

(١) انظر : ص ( ) و ( ) من هذه الرسالة .

(٢) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ .

(٣) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

المبحث الثالث : في الشروط المحتبرة في العين المماره

علمنا أن لحد العارية مقومات أربعة لا يقوم بدونها ، هي : الصيغة ، والممير ، والمستعير ، واليمين المماره .

ولقد ذكرت فيما سبق : أن لكل واحد من هذه المقومات ، شروطا وأحكاما عند الفقهاء ، انتهت بفضل الله من الكلام على معظمها .

وفي هذا المبحث سأحاول ايضاح الشروط المحتبرة في العين المماره رعد الفقهاء ، وبعض ما يتعلق بذلك من أحكام ، وهي كما يلي :-

أولا : كون منفعة اليمين المماره مباحه شرعا

يشترط لصحة عقد العارية أن تكون منفعة العين المماره مباحه شرعا ، فما لم تكن المنفعة كذلك ، فعقد العارية باطل لا أثر له .

وذلك نظرا الى أن عقد العارية لا يبيع ، الا ما أباحه الشرع ، فلا تصح اعارة الجارية للاستمتاع بها ، ولا آلات اللهو المحرم كالغناء ، والزمر ونحوهما ، ولا آنية الذهب والفضة ونحو ذلك مما هو محرم شرعا .

والى هذا ذهب المالكية والحنابلة والشافعية . (١) وهو ظاهر ما ذهب اليه

- 
- ١ - النفراوى - الفواكه الدوانى ج / ٢ / ٢٣٥ ، حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٢ ، الجعلى - سراج المسالك شرح أسهل المسالك ج / ٢ / ١٦٧
  - البليهى - السلسيل فى معرفة الدليل ج / ٢ / ١١٣ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج / ٤ / ٦٣ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع ، ج / ٥ / ١٣٧ / ١٣٨ ، الانصارى - شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٣ / ٤٥٥ ، الاردبيلى - الاتولاعمال الابراج / ١ / ٥٢٠ ، حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الفزرى ج / ٢ / ٩

الاحنافه اذ قد اشترطوا في صحة عقد العارية ، أن تكون العين قابلة للانتفاع بها  
ومثلوا للمعين التي لا تعتبر قابلة للانتفاع ، بالجارسة تعار للوطء ونحوه ، وعللوا لذلك  
بأن الاباحة لا تجرى في الفروج . وفي هذا اشارة ، الى أن منفعة العين المعمارة ،  
ما لم تكن مباحة شرعا ، فلا تعتبر العين قابلة للانتفاع بها ، ويؤيد هذا عدم  
صحة عقد الاجارة عندهم اذا كانت المنفعة المقنود عليها معصية ، والممارسة  
أولى بهذا الحكم ، لانها مبررة وارفاق ولا تكون المبررة والارفاق فيما حرم الله  
سبحانه وتعالى . (١)

### ثانيا : كون العين المعمارة ذات منفعة مقصورة :

اشترط الشافعية في صحة عقد العارية ، أن تكون العين المعمارة ، ذات  
منفعة مقصورة يمكن الانتفاع بها حال العقد ، فلا يصح اعارة ما لا ينفع فيه ، كالدابة  
الزمنة أو الصغيرة التي لا يمكن الانتفاع بها خلال مدة العقد ، أن كان مقيدا  
بمدة معينة ، لا يتوقع خلالها الانتفاع بها .

أما اذا كانت العين المعمارة ما يتوقع الانتفاع به مستقبلا كالدابة الصغيرة ،  
وكان عقد العارية مطلقا أو مقيدا بمدة يمكن الانتفاع بالدابة خلالها ، فيعتبر  
العقد حينئذ جائزا صحيحا . (٢)

١ - ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٧٣ ، وانظر : حاشية  
ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الابصار ج / ٥ / ٣٤ ، ابن نجيم - الاشباه  
والنظائر / ١٥٨ .

٢ - الشرييني - الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ج / ٣ / ١٣٠ ، الرملی - غاية البيان  
شرح زيدا بن رسلان / ٢١٤ ، لانصاری - أمنى المطالب شرح روض الطالب  
ج / ٢ / ٣٢٥ ، حاشية الشرقاوی على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٠

ولعل الشافعية انما اشترطوا ذلك لصحة عقد العارية ، نظرا الى أن المقصود من عقد العارية ، هو استيفاء المستمير لمنفعة العين المعاراة ، فما لم تكن للعين المعاراة منفعة مقصودة ، فلا فائدة من انشاء عقد العارية .

ثم ان محل العقد في العارية هو المنفعة ، فاذا كانت العين المعاراة مما لا يشتمل علي منفعة تقصد بالاعارة أو الاجارة ، اعتبر محل التعاقد غير موجود حينئذ .

والمحل هو أحد أركان العقد ومقوماته ، التي لا يتصور وجود العقد بدون أحدها فاذا تخلف بطل العقد .

وما ذهب اليه الشافعية هنا ، هو ظاهر ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من الاحناف والمالكية والحنابلة .

حيث صرح الاحناف والمالكية ، بأن العارية : تملك منفعة بخير عوض ، وصرح الحنابلة بأنها : اباحة منفعة . فالمنفعة اذن هي محل التعاقد في عقد العارية عندهم . وفي هذا اشارة ، الى أن العين المعاراة ، ما لم تكن ذات منفعة مقصودة ، فالعقد باطل لا أثر له ، لتخلف أحد مقومات العقد ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن العقد متى ما تخلف أحد مقوماته ، فهو عقد باطل لا أثر له . (١)

والله أعلم .



ثالثا : بقاء العين المعارة بعد الانتفاع بها

لا خلاف فيما أعلم بين الفقهاء في أن العين المعارة ، يشترط فيها ليعتبر التعاقد على منفعتها اعارة : أن تكون مما ينتفع به مع بقاء عينه بعد الانتفاع ، وذلك كالدور ، والسيارات والدواب ، والثياب والكتب ونحوها .

بخلاف ما تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد لأول مرة ، كالنقود والاطعمة ونحوها . اذ المناسب لذلك عقد القرض ، لا عقد العارية ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار أدراعا ، وذكر اعارة دلوها وفحلها ، وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان ، فيثبت الحكم في هذه الاشياء ، وما عداها مقيس عليها ، اذا كان في معناها مما ينتفع به مع بقاء عينه " (١)

ولأن عقد العارية تملك المنفعة المال دون عينه ، فلا يرد هذا العقد على ما تستهلك عينه بالانتفاع به لأول مرة كالطعام ، اذ لو صح ذلك لكان تملك للمعين لا للمنفعة فقط . (٢)

---

(١) ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٧ ، سبق تخرجه هذه الاحاديث ، انظر الصفحات من هذه الرسالة .

(٢) المريناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ١٣ / ١٤ مطبوع مع تكملة فتح القدير والمعناية وحاشية سعدى ، النزلمى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٧ / ٨٨ ، السمرقندي - تحفة الفقهاء ج / ٣ / ٢٤٤ / ٢٤٥ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، النفراوى - الفواكه الدواني ج / ٢ / ٢٣٥ ، الشاذلى - كفاية الطالب الربانى ج / ٢ / ٢١٨ / ٢١٩ مطبوع بها شرح حاشية المدوى ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٠ ، الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٠ ، حاشية الجمل على شرح المنهاج ج / ٣ / ٤٥٤ ، البليهي - السلسبيل في معرفة الدليل ج / ٢ / ١١٢ ، ≡

ولقد استثنى الفقهاء من عدم صحة اعادة ما تستهلك عينه بالانتفاع لأول مرة صحته اعارقه متى ما عين غرضا آخر لا يؤول الى استهلاك عينه ، كما لو استعاروا الدراهم والدنانير للوزن أو ليعاير عليها ، أو للتزين بها ونحو ذلك . (١)

وإذا تبين هذا ، فما هو الحكم فيما اذا أعار ما تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد ، وأطلق العقد دون أن يعين انتفاعا لاستهلاكه معه العين المعارة ، هل يعتبر هذا التصرف اعادة فاسدة أو قرضا ؟

الواقع أن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، ولهم في هذه المسألة خمسة أقوال

القول الأول : ان اعادة ما تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد لأول مرة ، تصرف لا يعتبر عارية بل قرضا ، الا اذا عين المتعاقدان عرضا آخر لا يؤول الى استهلاك العين المعارة . والى هذا القول ذهب الاحناف والمالكية ، والحنابلة ، والشيعة الزيدية . (٢)

القول الثاني : ان المتعاقدين ان لم يعينا منفعة لا يؤول استيفائها الى استهلاك العين المعارة من أول مرة ، فالمقد حينئذ عقد عارية فاسد ، لا قرضا . ولما كانت العارية الصحيحة مضمونة ، وللفاسد حكم الصحيح في الضمان ، كانت العارية هنا مضمونة ، وان كانت فاسدة .

والى هذا القول ذهب الشافعية في أصح الأقوال عندهم .

---

٣ البيهقي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٣ ، المرتضى - البحر الزخار الجامع للمذاهب علماء الامصار ج / ٥ / ١٢٦

١ - انظر المراجع السابقة

٢ - انظر : المراجع السابقة .

واستثنى الاردبيلي منهم ، اعتبار العقد هنا قرضا ، في حال ، ما اذا شاع التعبير  
بلفظ الاعارة عن القرض كما شاع ذلك في الحجاز . (١)

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى أن لفظ الاعارة هنا صريح ظاهر في  
اعارة ما ينتفع به مع بقاء عينه في الشرع والعرفه واستعماله فيما يستهلك بالانتفاع به  
لا يدل على ارادة عقد القرض ، لا شرعا ، ولا عرفا ، فلم يعتبر هذا التصرف قرضا ،  
وانما عارة فاسدة ، لتخلف شرط صحتها ، فاذا قام عرفيين الناسه على ارادة هذا  
اللفظ للتعبير عن القرض ، كان هذا التصرف قرضا ، لأن المعروف عرفا كالشروط شرعا .

القول الثالث : ان هذا التصرف لا يعتبر عارية ، صحيحة ولا باطلة ، وبالتالي

فلا ضمان لما وقع على سبيل الاعارة ، مما تستهلك عينه بالانتفاع به ، لأن ذلك قبض  
لمال الغير باذنه لا لمنفعته ، فيكون أمانة .

والى هذا القول ذهب الشافعية في أحد الاقوال عنهم ، وهو قول مرجوح ، كما  
يبدو ذلك من تعبيرهم عنه بقبيل . (٢)

القول الرابع : ان كانت العين المعارة دراهم أو دنانير ، فالعارية صحيحة

وان لم يمن المميز ، انتفاعا لا تستهلك معه أعيانها ، لأن الدراهم والدنانير ونحوهما  
ما يصلح للتزين به والضرب على طبعه ، بخلاف غيرها ما لا يصلح الانتفاع به مطلقا ،

---

١ - الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ - الرافعي - فتح

المعيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١١ / ٢١٢ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٢٦ /

٤٢٧ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج / ١ / ٥٢٠

٢ - المراجع السابقة .

الا باستهلاك عيسنة .

والى هذا القول ذهب الشافعية ، فى احدى الاقوال عنهم ، وهو قول مرجوح عندهم  
كما أشار الى ذلك النووى والرافعى وغيرهما . (١)

القول الخامس : ان هذا التصرف ، اباحة للعين ، فاذا قال المالك : أعرتك هذا

الطعام أو هذه الدنانير ، دون أن يعين له نوع الانتفاع ، كان قوله هذا ، اذنا  
بالاباحة فلا يجب على الآخذ ضمان ذلك .

والى هذا القول ذهب ابن عقيل من الحنابلة ، الا أنه لم يجز بذلك . (٢)  
ولعله انما رأى ذلك نظرا الى أن العارية على الاصح عند الحنابلة : اباحة للمنفعة ،  
ولا منفعة للطعام والدنانير وما شاكلها فى العادة ، الا باستهلاكها ، فيكون المراد  
اباحة نفع هذه الاعيان باستهلاكها ، وفى الاباحة لا يجب على المباح له ضمان باستهلاك  
ما ابيع له ، كما سبق بيان ذلك فى الباب الثانى من هذه الرسالة . (٣)

والذى يظهر أن الراجع من الاقوال السابقة : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من  
أن اعارة ما تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد لأول مرة ، لا يعتبر اعارة ، بل قرضا ،  
الا اذا عين المتعاقدان غرضا آخر لا يؤدى الى استهلاك العين المعارة .  
وذلك نظرا " الى أن الاعارة تمليك المنفعة ، كما سبق بيان ذلك فى الباب الثانى (٣)  
ولا يمكن الانتفاع بالطعام والدنانير ونحوهما الا باستهلاك عينها ، فكانت اعارة هذين  
الاشياء تمليكا للعين اقتضاء ، وتمليك العين اما بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما  
لكونه متيقنا به ، إذ أنه أقل ضررا على المعطى ، لانه يوجب رد المثل ، وما هو  
أقل ضررا فهو ثابت يقينا .

١ - المراجع السابقة

٢ - البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٦٢

٣ - انظر ص

من هذه الرسالة

من هذه الرسالة

٤ - ص

ولأن من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ، وقد عجز عن الرد ، فأقيم رد المشل  
مقامه . (١)

ولان العبرة أيضا في العقود للمعاني ، لا للالفاظ والمباني ، ولفظ الاعارة ،  
فيما تستهلك عينة بالانتفاع لأول مرة ، ظاهر في معنى القرض ، فيكون هذا التصرف  
قرضا تغليباً للمعنى . (٢)

وما يلحق بهذا الشرط ، صورتان ذكرهما الاحناف ولم أجد لغيرهم ذكرا لها :

الصورة الأولى : اذا قال الميعر : أعرتك هذه القصعة من الشريد ، فأخذها  
المستعير وأكلها ، وكانت بينهما مباشرة ومسامحة ، فلا يعتبر ذلك قرضا ، ولا عارية ،  
وانما اباحة للطعام ، فلا يكلف الاكل برد مثله . (٣)

وهذه الصورة قريبة مما سبق عن ابن عقيل من الحنابلة . (٤)

الصورة الثانية : " اذا استعار شخص من آخر رقعة يرقع بها قميصه ، أو خشبه  
يدخلها في بناء ، أو آجرة ، فهو ضامن ، لأن هذا ليس بعارية ، بل هو قرض ، وهذا  
اذا لم يقل لاردها عليك ، اما اذا قال : لاردها عليك فهو عارية . " (٥)

١ - البابرتي - شرح العناية على الهداية ج ١٣/٩ بشي \* من التصرفه وانظر الزيلعي

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/٨٧/٨٨ ، داماد أفندي - مجمع

الانهر شرح ملتقى الإبحر ج ٢/٣٤٦ ، على حيدر - درر الحكام ، شرح مجلة

الاحكام ج ٢/٣٠٠/٣٠١ مادة رقم (٨٠٨)

٢ - ابن عابدين - قره عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٣٨٣

٢ - ابن قدامة - المعنى ج ٥/١٦٧ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٦٣

الدردير - الشرح الصغير ومعه بلغة المسالك ج ٢/٢٠٦

٤ - انظر : من هذه الرسالة .

٥ - ابن عابدين - قره عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٣٨٣

وعلى هذا ، فهاتان صورتان مستثنيتان ، مما سبق عن الاحناف  
وإذا تبين أن اعارة ما تستهلك عينه بالانتفاع لأول مرة ، قرض الا اذا عينت  
منفعة لا تستهلك معها العين ، فما هو حكم اعارة العين لاستفادة عين ؟  
الواقع أن اعارة العين ، لاستفادة عين ، اعارة صحيحة ، وذلك كاعارة الشاة  
لشرب لبنها ، والشجرة لأخذ ثمرها ونحو ذلك .  
وهذا اللون من الاعارة ، وان كان تمليك عين وحكم الاعارة ظاهر في تمليك  
المنفعة دون العين ، الا أن ذلك محدود من المنافع عرفا وعادة فيلحق بها .  
والى هذا ذهب الاحناف والمالكية والشافعية ، والحنابلة ، والحنابلة ، وابن تيمية . (١)  
وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة ، حيث أجازوا استئجار المرأة لرضاعة  
الاطفال ، ولبن المرأة عين لا منفعة عرضية وقد جازت الاجارة عليه ، فتجوز الاعارة  
لذلك أيضا ، لأن كل ما جازت اجارته عندهم ، جازت اعارته ، ومن هنا  
قالوا : بأن حكم المستعير في استيفاء المنفعة كحكم المستأجر . (٢)

- 
- ١ - الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٩٩ / ٣٩٠٠ ، النفراوى -  
الفواكه الدواني ج ٢ / ٢٣٥ ، الرملى - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان ٢١٥ ،  
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ٥٢١ ، المراوى - الانصافى معرفة  
الراجح من الخلاف ج ٦ / ١٠٢ .  
٢ - ابن قدامة - المنقى ج ٥ / ٣٦٧ / ٣٦٨ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن  
الافتاح ج ٤ / ٦٩ / ٧٠ ، ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٠ / ٥١٤

رابعاً : كون العين المعارة معينة :

إذا قال الممير : أعرتك إحدى سياراتي ، فلم يمين أحدهما للاعارة ،  
فهو يعتبر عقد العارة صحيحاً أم أن عدم تعيين العين المعارة يوجب  
فساد العقد : ج

الواقع أن الفقهاء اختلفوا في ذلك على قولين :-

القول الأول : ان تعيين العين المعارة شرط لصحة عقد العارة ،

فإذا قال الممير أعرتك إحدى سيارتي الموجودتين بجوار المنزل ، ولم  
يحدد أحدهما للاعارة ، فالعقد فاسد ، ولو أخذ الممير إحدى السيارتين  
لكان في حكم الغاصب ، وذلك نظراً إلى أن جهالة العين قد تؤدي بالمتعاقدين  
إلى المنازعة ، بخلاف جهالة المنفعة في عقد العارة ، وكل جهالة تؤدي إلى  
ذلك ، فلا يعتبر العقد معها صحيحاً منتجاً لأثره ، وإن كان غير لازم . والس  
هذا القول ، ذهب الأحناف في أحد القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب إليه  
الحنابلة ، إذ قد صرحوا بأن جهالة العين الموهوبة ، يوجب فساد عقد الهبة ،  
والظاهر أن العارة كذلك عندهم ، لشبهتها بالهبة من حيث ، ان كلا منهما  
عقد تبرع بالمال ، غاية ما هنالك أن أحدهما تبرع بالمنفعة والآخر تبرع بالعين ،  
ومن هنا نجد البهوتى من الحنابلة لا يجد حرجاً في قياس بعض مسائل العارة  
على بعض مسائل الهبة . (١) .

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٢ / ٣٨٣ / ٣٨٤ ،

نظام الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٨ ، البهوتى - كشف القناع عن متن القناع ج / ٤ / ٣٠٥ ،

هذا ولقد استثنى الاحناف من ذلك ، ما اذا خير المعير المستعير في التخصيص  
كما اذا قال : أعرتك أى سيارتى أردت ، حيث يعتبر العقد عندهم صحيحا  
منتجا لاثره . (١)

ولعلمهم ، انما استثنوا ذلك نظرا الى أن عدم التعيين هنا لا يفضى الى  
المنازعة بين المتعاقدين ، ان قد اسند المعير للمستعير تعيين العين المعارة  
فخيره في ذلك ، فيتعين بتعيينه ، ولعل الحنابلة لا يخالفون في ذلك ، لرضا المعير  
بما سيعينه المستعير للاعارة .

القول الثانى : ان تعيين العين المعار لا يعتبر شرطا لصحة عقد العارية

وذلك نظرا الى أن العارية عقد تبرع غير لازم ، فلا تؤثر فيه الجهالة والغرر  
بخلاف العقود اللازمة كالاجارة ونحوها .

والى هذا ذهب الاحناف فى أحد القولين عنهم فى ذلك ، واليه ذهب الشافعية

وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، حيث ذكر القرافى منهم : ان ما كان احسانا  
صرفا ، لا يقصد به تنمية المال ، فان الجهالة والغرر ، لا يؤثران فيه ،  
والعارية احسان لا يقصد به تنمية المال ، فلا تؤثر فى صحته جهالة العين  
عندهم ، بناء على هذا الضابط . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج / ٨ / ٣٨٣ / ٣٨٤ مطبوع مع تكملة  
رد المحتار ، الانصارى - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٧ ، الرملى  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٠ ، القرافى - الفرق ج / ١ / ١٥١ ،  
الفرق رقم (٢٤)



ولعل الراجع من القولين السابقين ، القول الأول ، نظرا لما سبق ، من أن جهالة العين تؤدي الى المنازعة ، وكل جهالة أدت الى ذلك ، فلا يعتبر المقدم معها صحيحا منتجا لأثره . وكون العارية عقد تبرع غير لازم ، أمر لا تنتفي به المنازعة كما صرح بذلك الاحناف وانما تنتفي به المنازعة من جراء جهالة المنفعة فقط ، فالجهالة التي لا تؤدي الى المنازعة في العارية هي جهالة المنفعة دون العين ، ومن هنا صحت العارية عند الفقهاء مع جهالة منافعها لعدم لزومها .  
والله تعالى أعلم بالصواب .

خامسا : كون جهة الانتفاع بالعين الممارة معينة عرفا أو نصا :

أما أن تكون العين الممارة ، ذات منافع متعددة ، كالارض تكون للفرس أو البناء أو الزراعة أو ما الى ذلك .  
وأما أن تكون ذا منفعة واحدة معينة عرفا ، كالبساط ، والكرسي يقصدان للجلوس عليهما فقط في عرف الناس وعاداتهم .  
ولا أعلم خلافا بين الفقهاء في أن العين الممارة ، اذا كانت مما ينتفع به في مجال واحد فقط كالبساط ونحوه ، فلا يشترط في صحة الاعارة ، أن يعين المعير جهة الانتفاع بها صراحة ، لتعيين ذلك عن طريق المرفوع العادة ، فاذا قال المعير أعرتك هذا البساط ، صح المقدم ، وان لم يعين نوع الانتفاع به . (٢)

- ١- ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٣ / ٣٨٤
- ٢- انظر : ص من هذه الرسالة وانظر : الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ١ / ٥٢١ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٠ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٠ ، القرافي - الفروق ج ١ / ١٥٠ / ١٥١ الفروق رقم (٢٤) .

أما اذا كانت منافع العين المارة متعددة ، فللفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : ان تعيين نوع الانتفاع بالعين المارة هنا ، لا يعتبر شرطا لصحة عقد المارة ، فلو قال المعير : أعرتك هذه الارض ، دون أن يعين نوع الانتفاع بها صح العقد ، وكان للمستعير أن يستخدمها في جميع ما هي مهيئة له عرفا وعادة .  
والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان تعيين نوع الانتفاع بالعين المارة شرط لصحة عقد المارة الا اذا خير المعير المستعير في استيفاء أى منفعة أراد ، من منافع العين المارة ، حيث يصح عقد المارة ويكون له حق الانتفاع بها ، فيما هو معتاد بين الناس .  
والى هذا القول ذهب الشافعية ، وفي قول مرجوح عندهم ، ان عقد المارة لا يعتبر صحيحا ، وان خير المعير المستعير . (٢)

وسأتى بيان أدلة هذين القولين ، وبيان الراجح منهما ، عند الكلام على الاطلاق والتقييد من حيث المنفعة في الباب الرابع من هذه الرسالة ، وسأوضح هناك ان شاء الله ، أن الراجح من القولين السابقين القول الأول ، والله أعلم .  
وبانتهاء الكلام على هذه المسألة ، يكون قد انتهينا بفضل الله من الكلام على الشروط المعتمدة في العين المارة ، فأرجو أن أكون قد وفقت في بحث ذلك ودراسته .

- 
- ١ - انظر ص من هذه الرسالة ، وانظر : المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١٣/١٢/٩ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير ، والعناية ، وحاشية سعدى محمد عليش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٤٩٦/٣ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٧٠/٤ ، النووى - منهاج الطالبين ومعه حاشيتي القليوبي وعميرة ج ٢١/٣
- ٢ - انظر ص من هذه الرسالة وانظر المراجع السابقة للشافعية والحنبلة .

## (١٥) البحث الرابع : واجب المستعير تجاه العين المعارة

لعل من المناسب بعد أن تبيننا أركان عقد العارية ، وما يعتبر فيها من شروط أن نبين الأمور التي يجب على المستعير تجاه العين المعارة عند الفقهاء ، وهي ترجع إلى أمرين ، أحدهما متفق عليه ، والثاني مختلف فيه وهما : -  
الأمر الأول : عدم الاعتداء على العين المعارة ، والتقصير في حفظها .

يجب على المستعير أن يهتم بحفظ العين المعارة والعناية بها ، كما يهتم بملكه ، فلا يتعدى عليها ولا يقصر في حفظها ، وذلك نظرا إلى أنها مال محترم مملوك للخير أخذه لينتفع به ثم ليرده بعد ذلك (١) وما كان هذا شأنه وجب حفظه والعناية به ، ولهذا أوجبت الشريعة الإسلامية على المستعير ضمان العين المعارة ، إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها ، بل إن بعض الفقهاء ، كالحنابلة والشافعية : يرون أن العارية مضمونة مطلقا ، فإذا تلفت في يد المستعير وجب عليه ضمانها ، سواء أكان التلف بتعمد منه ، أو بآفة سماوية . (٢) ثم إن حفظ المال وعدم الاعتداء عليه مطلب من مطالب الشريعة الإسلامية ، ومن هنا أوجبت على الناس حفظ أموالهم والعناية بها ، فنهت عن الإسراف والتبذير ، ودعت إلى حماية الأموال من السفهاء ، والمبيلان ، والمجانين . (٣)

---

(١) انظر ص  
٢ - انظر ص  
(٢) انظر : ص  
من هذه الرسالة  
" "

فاذا كان الانسان مطالباً بالحفاظ على ماله وعدم التعدى عليه ، فمطالبتة  
بالحفاظ على اموال الغير وعدم الاعتداء عليها أولى وأحرى ، اذ لا ولاية له على  
مال الغير . ثم ان الميعر متفضل على المستعير محسن اليه بما بذله له ، من  
الكرمة ، والطباع الفاضلة ، التي دعت اليها الشريعة الاسلامية ، وأمرت بها ، وسنت  
من الاحكام ما يحافظ عليها ، ويضمن استمرارها بين الافراد والمجتمعات . وعلى  
هذا فيجب على المستعير أن يحفظ العين المارة ، بما يحفظ به مثلها ، وأن يستخدمها  
في الغرض الذي أخذها لأجله . دون أن يتجاوز عرف الناس في الاستخدام . فاذا  
عين الميعر نوعاً من أنواع الانتفاع بالمارة فلا يجوز له حينئذ أن يتعدى ذلك  
التعيين الى ما هو أكثر ضرراً ، بل ان بعض الفقهاء تشدد في هذا الأمر كالامام  
زفر من الاحناف مثلاً ، حيث يرى أن الميعير اذا عين نوع الانتفاع ، فلا يجوز  
للمستعير ينئذ أن يخالف هذا التعيين ، ولو الى مثل ما عينه الميعر أو أخف منه ، كما  
سيأتى بيان ذلك ان شاء الله عند الكلام على الاطلاق والتقييد في الباب الرابع من  
هذه الرسالة . (١)

وخلاصة القول : ان عقد المارة ، يعطى المستعير الحق في استخدام العين  
المارة في الغرض الذي استعارها من أجله ، على أن لا يتعدى عليها أو يقصر في  
حفظها ، ولا لأفلم خلافاً بين الفقهاء في ذلك .  
والتقصير في حفظ العين المارة ، يكون في كل تصرف تعارف الناس على اعتباره اهمالاً  
للعين المارة ، كتعارف الناس على أن من الاهمال ، ترك زجاج نوافذ السيارة مفتوحاً

عند مفادرتها ، والسير بها دون مراقبة زيوتها ، أو ترك مفاتيحها <sup>عليها</sup> ونحو ذلك . والاعتداء على العين المعارة يكون في جميع ما يخالف أحكام عقد العارية ، ومثال ذلك أن من أحكام العارية ، عدم جواز تأجير العين المعارة الا باذن المعيّر ، فاذا أجرها المستعير بدون اذنه فهو متعد بذلك ، وهكذا فكلما خالف المستعير حكما من أحكام عقد العارية كان بذلك متعديا .

### الأمر الثاني / الاتفاق على العين المعارة

اختلف الفقهاء في نفقة العين المعارة هل تجب على المعيّر أو على المستعير ،

وفيما يلي تفصيل أقوالهم في ذلك :

أولا : ذهب المالكية ، والى أن النفقة ان كانت ما يحتاج الى جهد حال الإنفاق على

العين المعارة ، فيجب على المستعير القيام بهذا الجهد . أما قيمة ما ينفق عليها فلمهم فيه أربعة أقوال :

القول الأول : تجب قيمة النفقة على المعيّر ، والى هذا القول ، ذهب الشافعية

وأبو المعالي وصاحب كتاب الرعاية من الحنابلة ، وهو أحد الاقوال عند أبي العباس

الحنبلي ، تخريجا على أحد الأوجه ، في نفقة الجارية الموصى بمنفعتها عند الحنابلة (١)

١ - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٩ هـ محمد عيش - شرح

منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٥٠٣ هـ الدردير - الشرح الكبير ومعه

حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩٦ هـ الانصاري - اسنى الطالب شرح رض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩

ابن تيمية - الاختيارات الفقهية / ١٥٩ .

القول الثاني : تجب نفقة المين الممارسة على المستعير والى هذا القول ،

(١) يشدد عليه (١) ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأن العارية ، تملك منفعة بخير عوض ، أو إباحة منفعة على خلاف بين الفقهاء في ذلك سبق بيانه ، فالعارية على كلا القولين ، تبرع بالمنفعة ومن مقتضى التبرع ، أن لا يدفع المتبرع له عوضا عما تبرع له به . وعلى هذا ، فلا تجب على المستعير نفقة المين الممارسة ، لأنها لو كانت على المستعير لكان العقد اجارة لا عقد عارية خاصة وأن النفقة قد تزيد في بعض الاحيان عن الاجرة ، أبان غلاء الاسعار وارتفاعها ، فتخرج العارية حينئذ عن المعروف الى الكراء . (٢)

القول الثالث : ان نفقة المين الممارسة في عارية الليلة والليلتين ونحوهما ،

على المعير وأما فيما زاد عن ذلك فعلى المستعير . (٣)

القول الرابع : ان نفقتها في عارية الليلة والليلتين على المستعير ، وفيما

زاد على ذلك على المعير . (٤)

ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المالكية تعليلا للقولين الثالث والرابع ، حتى يمكن مناقشته ، ولعلمهم انما أهملوا التحليل لهما ، نظرا لرجحان القول الأول عندهم ، ومن ذكر ترجيح القول الأول منهم : السلموني ، والعدوي ، والدسوقي ، والصاوي . (٥)

١- انظر المراجع السابقة

٢- انظر المراجع السابقة

٣- شرح الرقاني على مختصر العلامة خليل ج / ١٣٦/٦

٤- محمد عيش- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٥٠٣/٣

٥- حاشية العدوي على شرح الخرشي ج / ١٢٩/٦ مطبوع بهادش شرح الخرشي حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣/٣٩٦ ، الصاوي - بلغة المسالك لأقرب المسالك ج / ٢/٢٠٨

ثانيا : ذهب الاحناف الى <sup>ان</sup> نفقة العين المعارة نوعان : نوع يستهلك في الحال كالاكل والشرب للدابة ونحوها ، ونوع لا يستهلك الا بعد فترة معينة كاللبسة للخدم والعبيد ونحو ذلك ، فما كان مما يستهلك في الحال ، فيجب على المستعير ، وما كان مما لا يستهلك الا بعد فترة معينة ، فيجب على المعير . (١)

وفي التعليل لهذا القول يقول ابن عابدين : " قالوا : علف الدابة على المستعير ، لأن نفعها له فنفقتها عليه . . . . وكذا نفقة العبد . . . . أما كسوته فعلى المعير ، لأن المارية غير لازمة ، وللمعير الرجوع عنها في كل حين فكان زمنها غير مستطيل عادة ، والكسوة تكون في الزمن المستطيل ، ألا يرى أنه شرط في ثوب الكسوة في كفارة اليمين ، ان يمكن بقاؤه ثلاثة أشهر فصاعدا ، والمنافع تحدث في كل آن ، وتتجدد في آن غير آن ، وبقاؤه غير لازم ، وأن ذكر لها مدة ، فلولزمت المارية بقدرها لخرجت عن موضوعها ، ولو صح رجوعها لتضرر المستعير بذهاب كسوته من حصول انتفاعه . اهـ " (٢)

ويمكن أن يناقش استدلال الاحناف على وجوب النفقة التي تستهلك في الحال على

المستعير بما نوقش به القول الثاني ، من الاقوال المروية عن المالكية .

والذي يظهر مما سبق أن المالكية ومن معهم من الفقهاء في القول الأول ، لا يفرقون بين النفقة التي تستهلك في الحال ، والتي لا تستهلك الا بعد فترة ، كما يفرق بينهما الاحناف وعلى هذا ، فالذي يظهر أنهم لا يخالفون الاحناف على هذا القول .

---

١ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٤ ، نظام الفتاوى

الهندية ج / ٤ / ٣٧٢ ، وامادا أفندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٥١

٢ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٨٤

في وجوب النفقة التي لا تستهلك في الحال كالملابس ونحوها ، على المعير ، وانما يخالفونهم في النفقة التي تستهلك في الحال فقط ، فالأحناف يقولون بوجوبها على المستعير والمالكية ومن معهم في القول الأول ، يقولون بوجوبها على المعير .

ثالثا : قال القاضي ابو علي النسفي ، حاكيا عن استاذة : ان المستعير

لا يجبر على الانفاق على العارية ، لانه لا لزوم في العارية ، ولكن يقال للمستعير انت احق بالمنافع فان شئت فانفق ليحصل لك المنفعة ، وان شئت فخل يدك عنه اما ان يجبر على الانفاق فلا <sup>(١)</sup> . ومؤدى هذا القول كما يظهر ، ان نفقة العين المعاراة على المستعير دون المعير ، الا انه لا يجبر على ذلك ، وانما يخير بين الانفاق واستيفاء المنفعة ، او ترك العين المعاراة . وعلى هذا فيمكن ان يناقش هذا القول بما نقض به القول الثاني من الاقوال المروية عن المالكية والذي يظهر والله اعلم ان نفقة العين المعاراة ما يجب على المعير دون المستعير كما هو القول الاول من الاقوال المروية عن المالكية ، وذلك نظرا الى ان النفقة من حقوق الملك ، فتجب على المعير دون المستعير ، لانه المالك للعين المعاراة ثم ان النفقة لو كانت على المستعير ، لكان ذلك كراء ، وعلى ان النفقة ربما اصبحت اكثر من الكراء في زمن الفلأ فينتفى المحروف بذلك ويصير العقد عقد كراء لا عقد عارية <sup>(٢)</sup> . والله اعلم .

وبالانتهاء من هذا المبحث اكون قد انتهيت من الباب الثالث ، فارجو

ان اكون ممن وفق في بحث مسأله ودراستها . والله المستعان .

---

( ١ ) نظام - الفتاوى الهندية ( ٤ : ٣٧٢ ) .

( ٢ ) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ( ٢ : ٣٢٩ ) ، محمد عيش

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ( ٣ : ٥٠٣ ) .



## الباب الرابع : تقسيم العارية من حيث الصيغة : د

### الفصل الاول : تقسيم العارية من حيث الصيغة الى مطلقة ومقيدة :

- المبحث الاول : في الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان .
- المبحث الثاني : في الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة .
- المبحث الثالث : في الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة .
- المبحث الرابع : في الاطلاق والتقييد من حيث جميع الوجوه  
او بعضها .
- المبحث الخامس : في ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد  
من أحكام .
- المبحث السادس : في التصرفات التي يملكها المستعير في العين  
المعارة .

### الفصل الثاني : تقسيم العارية من حيث الصيغة الى جائزة ولازمة :

- المبحث الاول : في العارية الجائزة من جانب المعتبر  
والمستعير .
- المبحث الثاني : في العارية اللازمة من جانب المعتبر  
والمستعير .
- المبحث الثالث : في العارية اللازمة من جانب المعتبر  
والمستعير او العكس .
- المبحث الرابع : في خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة حال  
لزوم عقد العارية .

الفصل الاول : تقسيم العارية من حيث الصيغة الى مطلقة ومقيدة :

تقسم العارية بهذا الاعتبار الى قسمين ، مطلقة ومقيدة ثم ان كلا من الاطلاق والتقييد اما ان يكون من حيث زمن الاعارة ومدتها ، او من حيث مكان استعمالها ، او من حيث المنتفع بها او من حيث نوع المنفعة التي يستوفيه المستعير ، او من حيث جميع هذه الالوجه او بعضها دون البعض الاخر .

وقبل ان نبين موقف الفقهاء من هذا التقسيم ، يجب ان اشير الى ان العارية مهما كانت مطلقة فان اطلاقها لا يتعدى ، ما تعارف الناس عليه من حيث زمن الاستعمال او مكانه ، او تعيين المنتفع او نوع المنفعة ، فلا يمتنع اطلاقها ، ان يقوم المستعير باستيفاء المنفعة ، كيفما شاء دون قيد او شرط وانما يجب عليه ان يستوفى المنفعة في حدود ما تعارف عليه الناس واصطلحوا عليه ، فمهما كانت العارية مطلقة فهي مقيدة من حيث العرف ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك ، انظرالما تقرر عندهم من ان المعروف عرفا ، كالمشروط شرعا . (١)

---

(١) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج/٤ / ٥٠٤ ، ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٩٩ وما بعدها ، الكاشاني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٠ ، شرح الخرشني على مختصر سيدي خليل ج/٦ / ١٢٥ وما بعدها ، الدردير - الشرح الكبير ج/٣ / ٣٩٣ وما بعدها مطبوع مع هاشية الدسوقي محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج/٣ / ٤٩٦ . هاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج/٣ / ٢١ ، الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج/٥ / ١٢٨ ، هاشية الشبرايطبي على نهاية المحتاج ج/٥ / ١٢٨ المرادوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج/٦ / ١١٢ ، ابن عبد الوهاب هاشية المقنع ج/٢ / ٢٢٨ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج/٤ / ٧٠ .

واذا اتضح هذا فان موقف الفقهاء ، تجاه هذا التقسيم الذي ذكرناه  
للعارية ، يحتاج الى تفصيل ، سأحاول ايضاحه في المباحث التالية .  
المبحث الاول : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان

اولا :- الاطلاق والتقييد من حيث الزمان :  
للاطلاق والتقييد من حيث الزمان وجهان :

الوجه الاول : الاطلاق والتقييد من حيث مدة الاعارة ، ووقت استعمالها ، فاذا  
قال المعيّر : اعرتك سيارتي ، بهذا الاطلاق ، دون ان يحدد لذلك مدة معينة  
كشهر ونحوه ، او يحدد وقتا خاصا للاستعمالها كالليل او النهار ، او ساعات  
محدودة منهما ، فالعارية حينئذ مطلقة ، من حيث مدة الاعارة ووقت استعمالها .

اما اذا قال المعيّر : اعرتك سيارتي شهرا ، لتستعملها في النهار  
فقط ، فالعارية حينئذ مقيدة من حيث مدة الاعارة ، ووقت استعمالها .

الوجه الثاني : الاطلاق والتقييد من حيث مدة الاعارة دون وقت استعمالها - او  
العكس .

فاذا قال المعيّر : اعرتك سيارتي شهرا ، فهي مقيدة من حيث مدة  
الاعارة ، وهي الشهر ، مطلقة من حيث وقت الاستعمال ، حيث لم يحدد مسن  
الشهر ساعات معينة للاستعمال .

اما اذا قال المعيّر : اعرتك سيارتي لتستخدمها في النهار فقط ، دون  
ان يحدد مدة معينة للاعارة كشهر ونحوه ، فهي اعارة مطلقة من حيث المدة ، مقيدة  
من حيث وقت الاستعمال ، لتحديده لذلك ، بالنهار فقط .

ولا اعلم خلافا بين الفقهاء ، في ان المعير اذا اطلق عقد العارية من حيث الزمان ، فلم يحدد مدة معينة للاعارة ، او وقتا خاصا ، لاستعمال العين المعارة فان للمستعير حينئذ ، الحق في ان يستعمل ، العارية بناء على هذا الاطلاق الى ما شاء الله ، ما لم يرجع المعير عن العارية او يفسخ عقدها ، كما يحق له ان يستخدمها في اى وقت اراد ، على ان لا ينافى استعمالها في ذلك عرف الناس واصطلاحهم .

كما لا اعلم خلافا بين الفقهاء ، في ان المعير ، اذا قيد عقد العارية من حيث الزمان ، فحدد مدة للاعارة ووقتا معينيا للاستعمال او وقت الاستعمال دون مدة الاعارة او العكس ، فليس للمستعير في سائر الاحوال حينئذ ان يتجاوز تقييد المعير في ذلك ، اطلاقا . وذلك نظرا الى ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف في حدود المباح فاذا اطلق المعير عقد العارية او قيده من حيث الزمان ، جاز للمستعير التصرف في المنفعة ، على الوجه الذى اجازه المعير ، لان المعير هو صاحب الحق في العين المعارة والمستعير يتصرف في ملكه ، فلا يحق له ذلك التصرف الا على الوجه الذى اذن له فيه ، من تقييد او اطلاق . ( ١ )

---

( ١ ) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٦ ، المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ١٢ / ١٣ مطبوع مع تكملة فتح القدير والعناية وحاشية سعدى ، على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣١٢ وما بعدها ، مادة ( ٨١٦ ) الكاسانى - بدائع الصنائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ / ٣٩٠٢ ، الجعلى - سراج السلك شرح اسهل المسالك ج / ٢ / ١٦٨ حاشية الفدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٣ / ٣٤٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٥ / ١٢٦ ، المحلى - شرح منهاج الطالبين =

ثانيا - الاطلاق او التقييد من حيث المكان :

اما الاطلاق والتقييد من حيث المكان فالامر فيه عند الفقهاء كالامر في الاطلاق والتقييد من حيث الزمان في الجملة ، اذ لا اعلم خلافا بينهم في ان المعير اذا اطلق عقد العارية من حيث المكان ، فقال : اعرتك هذه السيارة ، كان للمستعير بناء على هذا الاطلاق ، ان يستخدم هذه السيارة في اي مكان شاء ، دون ان يتجاوز في ذلك عرف الناس واصطلاحهم ، وذلك لما اشارت اليه سابقا من ان العارية مهما كانت مطلقة فهي مقيدة بالعرف المصطلح عليه بين الناس ، فكل ما قيده العرف فهو مستثنى من الاطلاق .

اما اذا عين المعير ، مكان الانتفاع ، بان قال : اعرتك هذه السيارة لتمتدحها في المدينة فقط ، او لتشافر عليها الى الطائف فقط ، فليس للمستعير حينئذ ان يتعدى هذا القيد ، بخلاف اعلمه بين الفقهاء . وذلك نظرا لما سبق قبل قليل ، من ان المستعير ، لا يملك استيفاء منفعة العين المعارة ، الا من جهة المعير لانه صاحب الحق فيها ، ومن هنا فلا يحق له استيفاء تلك المنفعة الا على الوجه الذي اذن له فيه من تقييد او اطلاق . (٢)

---

= وانظر حاشية القليوبي عليه ج / ٣ / ٢١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي ومبهره ، الشربيني - الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ١ / ٣٠٥ الرملی - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٤ وما بعدها ، ابن قادمة - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ / ١٧٠ البهوتي - منتهى الارادات ج / ٢ / ٣٩٥ وما بعدها وكشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٦ / ٦٨ .

---

(١) المراجع السابقة .

إذا تبين هذا ، فيحسن بي ، ان اشير هنا الى مسالتين تتعلقان بهذا

المبحث :

المسألة الاولى : في حكم المخالفة للتقييد من حيث المكان . الى ما هو

مسئول للتقييد او اخف . تبين قبل قليل ، ان المستعير لا يملك ان يتمدى بتقييد المعير للمعيرة ، من حيث المكان ، بلا خلاف اعلمه بين الفقهاء في ذلك .

وعليه فهل يجوز للمستعير ، ان يخالف تقييد المعير من حيث المكان

الى ما هو مساو للتقييد او اخف منه ، وذلك كما اذا عار شخص سيارته الى بلدة تبعد سبعين كيلومترا فهل يجوز للمستعير ان يذهب بها الى بلدة اخرى تبعد نفس المسافة وتتساوى مهما ، في حوزة الطريق وسهولته او الى ما هو اقرب من تلك المدينة واسهل طريقا .

الواقع ان المعير ، اما ان يقيد المعيرة من حيث المكان وينهى في نفس

الوقت عن المخالفة ، الى ما هو مساو للتقييد او اخف ضررا منه ، واما ان لا ينهى عن ذلك .

فان نهى عن المخالفة لتقييد من حيث المكان ، الى ما هو مساو ،

فظاهر ما ذهب اليه عظماء الفقهاء المذاهب معدم جواز المخالفة حينئذ ، وان لم يكن للنهى عن ذلك فائدة ظاهرة .

وذلك نظرا الى ان الحق في العين المعارة ، للمالكها ، وهو المعير

فجاز ما اذن فيه واعتبر ما نهى عنه " (١) اما ان قيد المعير المعيرة من

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح

كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام =

حيث المكان ، ولم ينهى <sup>س</sup> في نفس الوقت عن مخالفة القيد الى ما هو مساو لـ  
او اخف ضررا منه ، فلفقها في ذلك ، قولان :

القول الاول : ان المخالفة الى ما هو مساو للقيد او اخف منه ، جائزة شرعا ، والى هذا ذهب المالكية في احد القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه كل من الشافعية والحنابلة والذي يبدو ان للاحناف رواية في هذا القول ، لما سيأتي في القول الثاني . (١)

القول الثاني : عدم جواز مخالفة التقييد من حيث المكان وان كانت المخالفة الى ما هو مساو للقيد او اخف منه ضررا ، والى هذا ذهب المالكية في احد القولين عنهم ، وهو القول المعتمد عندهم كما ذكر ذلك الدسوقي .

---

= ج / ٢ / ٣٢٢ وما بعدها ، مادة ( ٨٢٠ ) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ محمد علي ش شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٧ / ٤٩٤ النوري المنهاج ج / ٢ / ٢٦٨ مطبوع مع شرحه من غنى المحتاج للشرييني وانظر ما قاله الشرييني في ذلك ايضا من نفس الصفحة ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٠ ، ابن قدامة - المعنى ج / ٥ / ١٦٩ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٢ .

---

(١) الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٣ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، وانظر حاشية الدسوقي ايضا في نفس الصفحة من المجلد الثالث . شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ ، لاورييلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٣ ، الشيرازي المهذب ج / ١ / ٣٧١ ، الانصاري - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب - ج / ٢ / ٩٤ مطبوع بهامش حاشية الشرقاوي عليه ، وانظر ايضا هذه الحاشية في نفس الصفحة والمجلد المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٢ ، ابن قدامة المنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٩ ، المرادوى - الانصاف ج / ٦ / ٥٥٠ .

اما الاحناف فقد ذكر ابن عابدين ما يدل على قولهم بهذا القول

فذكر لذلك صورتين :

الصورة الاولى : اذا استعار شخص دابة الى مكان ما ، فلا يجوز الذهاب بها

الى غيره ، ولو كان اقرب منه مسافة •

الصورة الثانية : اذا استعار شخص دابة للذهاب الى مكان معين فلا يجوز له امساكها

وعدم الذهاب عليها اليه •

والذي يلاحظ هنا ان في كلتا صورتين ، مخالفة الى ما هو اخف

من القيد •

ولهذا ، استشكل ابن عابدين ، ذلك لان الاصل عندهم جواز -

المخالفة الى مثل القيد او الى ما هو اخف منه ضررا ، اذا كانت العارضة

مقيدة من حيث نوع الانتفاع •

ولعل هذا الامر هو ما جعل ابن عابدين يحاول ان يخرج قولا آخر

للحناف بجواز المخالفة في الصورة الثانية من صورتين السابقتين • (٦)

والذي يظهر لي ان تخريج قول بجواز المخالفة ، في احدى صورتين

الى ما هو اخف ، تخريج القول في الصورة الاخرى ايضا ، لان المهم

هو جواز المخالفة ، او عدم جوازها ، فاذا تخرج جوازها ، فلا فرق بين صورة وصورة

(١) المراجع السابقة للملكية ، ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار

تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٤١٦ / ٤١٧ نظام - الفتاوى الهندية



خاصة وان التقييد في كلتا صورتين تقييد للمارية من حيث المكان •  
هذا ولقد استدل المالكية على القول بعدم جواز مخالفة التقييد  
من حيث المكان الى ما هو مساو للقيود او اخف منه ، بقياس المارية على الاجارة  
في ذلك •

وفي الاجارة لا تجوز مخالفة التقييد من حيث المكان الى ما هو مساو  
له او اخف منه لما في ذلك من فسخ المنافع في مثلها ، وهو فسخ دين في دين ،  
وذلك لا يجوز • (١)

ويمكن ان يناقش هذا القول ، بانه قياس مع الفارق لان المارية تمليك  
للمنافع بخير عوض ، او اباحة للمنفعة على خلاف في ذلك بين الفقهاء سبق  
بيانه ، واما الاجارة فتتمليك للمنافع بعوض •

ثم ان المعاضات مبنية في الغالب على المشادة ، والمضايقة ومن هنا  
منع فيها الفرر والجهالة في الجملة وكل ما يفضى الى المنازعة ، بينما التبرعات  
مبنية على المسامحة والمساهلة ، ولذلك لم تمنع الجهالة فيها صحتها  
عند الفقهاء • (٢)

وعليه ، فالذي يظهر لي ان الراجح من القولين : القول الاول ، وهو  
جواز مخالفة تقييد المعير من حيث المكان ، الى ما هو مساو للقيود او اخف منه ،

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٣ وانظر الشرح الكبير بهامش  
هذه الحاشية ، الصاوي بلفظ السالك ، لا قرب المسالك ج ٢ / ٢٠٧ •

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٥ شرح الزرقاني  
على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٣٢ •

وذلك نظرا الى ان الفائدة من تقييد المير للعارية من حيث المكان انما هي للامتناع عما هو اكثر ضررا مما قيدت به فاذا ما استوفى المستعير المنفعة بما هو مساو للقيود او اخف منه ضررا فلا تعتبر المخالفة حينئذ ذات اثر لانقضاء ما من اجله قيد المير العارية به ، فهو وان لم يسمح بالمخالفة الى مثل المعين ، او الى ما هو اخف منه صراحة ، الا انه يعتبر سامحا بذلك بدلالة ( ١ )

### المسألة الثانية :

حکم استخدام العارية اثناء العودة بها من المكان الذي اعيدت اليه . اذا اعار الانسان سيارته الى مكان معين ، ولم يتعرض لرجوع المستعير عليها من ذلك المكان ، فهل يكون لمن استعارها حق العودة عليها ام ان عقد العارية يعتبر منتهيا بالوصول الى ذلك المكان فلا يحق له العودة عليها . الواقع ان فقهاء الاحناف والشافعية ، يرون ان للمستعير حق العودة على السيارة وان لم يتعرض المير الى ذلك ، خلافا للاجازة عندهم في هذا الامر . ( ٢ )

---

( ١ ) المرجعين السابقين ، الارجيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٣ ، الشيرازي المهذب ج / ١ / ٣٧١ انصاري - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب ج / ٢ / ٩٤ مطبوع بها حاشية الشرقاوي عليه وانظر هذه الحاشية ايضا ، نفس المجلد والصفحة . ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٩ .

( ٢ ) الحصفي - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج / ٨ / ٤١٣ / ٤١٤ ، مطبوع مع حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ، انظر نفس الصفحتين من التكملة . نظام الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٤ الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٧ ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٤ حاشية الجمل على شرح المنهاج ج / ٣ / ٤٥٩ .

وذلك نظرا الى ان رد العين المعارة ، وما يترتب على ذلك من مؤنة ه  
امر لازم على المستعير ، وعلى هذا ، فيتناول الاذن بركوب السيارة في الذهاب  
الركوب في العودة عرفا بخلاف الاجازة فان مؤنة ردها على الموجر ، لا على  
المستأجر (١) ولان " الاستعارة تمليك المنفعة بلا عوض وفي التبعض تجرى المسامحة  
فاما الاجازة فتتمليك بعوض وبني ذلك المضايقة " (٢)

اما الحنابلة والمالكية فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم قولا -  
صريحا في هذه المسألة . الا ان الذي يبدو انهم لا يخالفون الاحناف والشافعية  
في ذلك لانهم يقولون :

بالزام المستعير برد العين المعارة عند انتهاء عقد العارية ، وان تكلف  
في ذلك مؤنة فهي عليه . (٣) وهذا الامر هو ما استدل به الاحناف والشافعية  
على جواز ما نحن بصدده .

وعلى هذا فلا يبعد ان يكون قولهم في هذه المسألة كقول  
الشافعية والاحناف فيها ، والله تعالى اعلم .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار  
ج / ٨ / ٤١٤ .

(٣) البهوتى - كشاف التنوع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٣ .

الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٦ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي  
عليه ، وانظر حاشية الدسوقي ايضا ج / ٣ / ٣٩٦ .

## المبحث الثاني - الاطلاق والتقييد من حيث المنفعة :

باستقراء نصوص الفقهاء حول الاطلاق والتقييد من حيث المنفعة —

يتضح ان للمارئة بهذا الاعتبار اربع صور ، وهي كما يلي :

الصورة الاولى : ان يأذن المعمار اذا صرحا للمستعير في الانتفاع بالعين المعمار

بنفسه وبغيره وذلك كأن يقول له مثلا : اعرتك هذه السيارة للركوب ولك ان —  
تديرها لغيرك . ( ١ )

الصورة الثانية : ان ينهى المعمار المستعير نهيا صريحا عن اعطاء العين المعمار

لغيره لينتفع بها ، باعارة او نحوها وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه السدار  
لتسكنها انت ولا تسكن احدا غيرك فيها باعارة او نحوها . ( ٢ )

الصورة الثالثة : ان يعين المعمار المستعير للانتفاع بالعين المعمار دون ان يأذن

له باعطائها لمن ينتفع بها باعارة او نحوها ولا ان ينهاه عن ذلك صراحة  
وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه الدار لتسكنها انت . ( ٣ )

- 
- ( ١ ) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ على حيدر  
درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ وما بعدها مادة ٨٢٠ .  
شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٥ ، الدردير - الشرح الصغير  
ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ مطبوع بهامش بلغة السالك ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين  
ج ٣ / ١٨ ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١١٩ ، ابن قدامة  
المغنى ج ٥ / ١٦٩ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٢ .  
( ٢ ) المراجع السابقة .

- ( ٣ ) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠١ نظام - الفتاوى  
الهندية ج ٤ / ٣٦٤ على حيدر درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ وما  
بعدها مادة ٨٢٠ .

الصورة الرابعة : ان لا يعين المعير المستعير للانتفاع بالعين المارة دون غيره صراحة ولا يأذن له بالاعارة لغيره ولا ينهائه عن ذلك صراحة ، كما اذا قال : اعرتك هذه الدار للسكنى او هذه الدابة للركوب . ( ١ )

واذا تبينت هذه الصور الاربع ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المعير اذا قال : اعرتك هذه السيارة للركوب ولك ان تصيرها لغيرك كما هو الامر في الصورة الاولى فان العارية حينئذ تعتبر مطلقة من حيث المنفعة ، سواء اكانت العين المارة ، مما يختلف باختلاف المستعملين كالدابة للركوب ونحوها او مما لا يختلف باختلافهم كالدار للسكنى في الغالب ونحو ذلك .

وهي هذا ، فيحق للمستعير في هذه الحال ، ان ينتفع بالعين المارة بنفسه او يعيرها لغيره ، فلا يتمين المنتفع بالمستعير فقط نظرا للاذن الصريح بذلك من المعير .

كما لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المعير اذا نهى المستعير عن اعطاء العين المارة لغيره لينتفع بها كما في الصورة الثانية ، فان العارية تعتبر مقيدة من حيث المنفعة بالمستعير ، فلا يجوز للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط ، دون ان يأذن لغيره بالانتفاع باعارة او نحوها ، سواء اكانت العارية مما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب ونحوه ، او مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالدار ونحوها وذلك نظرا الى ان الحق في العين المارة

---

( ١ ) المراجع السابقة .

لمالكها وهو المعير ، فجاز ما اذن فيه واعتبر ما نهى عنه . ( ١ )  
اما اذا قال المعير : اعرتك هذه الدار لتسكنها انت ، فممن المنتفع -  
بالمستعير دون ان ينهائه نهيا صريحا عن الاعارة لغيره كما في الصورة الثالثة .

---

( ١ ) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كزالدقائق ج / ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ على  
حيدر ، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٢ مادة ( ٨٢٠ ) محمد  
عليش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٧ / ٤٩٤ ،  
الدريير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ الشرييني - معنى المحتاج الى  
معرفة معاني الفاظ المنهاج ج / ٢ / ٢٦٤ الانصاري - انوار المطالب شرح روض  
الطالب ج / ٢ / ٣٢٥ - ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ ، البهوتي كشف  
القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٧٢ .  
ولعل من المفيد ان نذكر هنا ان للمستعير في العارية المطلقة او المقيدة من حيث  
المنتفع ، ان يباشر الانتفاع بالعين المعارة بنفسه او ان يامر من يستوفيهها له ممن  
يقوم مقامه في ذلك كوكيله او خادمه او نحوهما ، فلو استمار شخص سيارة لنقل  
عفشه او بضاعته من مكان الى اخر ، فليس من الضروري ان يباشر نقل ذلك بنفسه  
وانما له ان يامر من يقوم مقامه في مباشرة ذلك ، واذا كانت العارية مقيدة ممن  
حيث المنتفع فلا يعتبر في هذا التصرف شي من المخالفة لتقييد العارية  
لان المباشر لاستيفاء المنفعة ليس منتفعا اخر ، وانما هو نائب عن المستعير  
فلا يكون في مباشرته لذلك مخالفة لتقييد العارية من حيث المنتفع والى هذا  
ذهب الشافعية والحنابلة وهو ظاهر ما ذهب اليه كلا من الاحناف والمالكية . انظر  
في هذا ، الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٧١ الرملى - نهاية المحتاج ج / ٥ /  
١١٩ ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٨ البهوتي - كشف القناع ج / ٤ / ٦٩ ،  
اما دافندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٥١ المرغيناني -  
الهداية وشرح بداية المبتدى ج / ٩ / ١٧ / ١٨ - شرح الخرشى على مختصر سيدي  
خليل ج / ٦ / ١٢٨ . التسولى - البهجة شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٧ ، الخطاب -  
مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج / ٢٧٢ / ٢٧٣ .

او قال : اعرتك هذه الدابة للركوب او هذه الدار للسكنى كما في الصورة  
الرابعة ، دون ان يأذن اذنا صريحا بالاطلاق من حيث المنتفع ، ولا ان ينهى  
عنه نهيا صريحا .

فهل تعتبر العارية في هاتين الصورتين مطلقة من حيث المنتفع ، فيجوز  
للمستعير ان ينتفع بالعارية بنفسه وان يأذن لغيره بالانتفاع بها طالما ان المعير  
لم ينهى <sup>ينه</sup> عن الاطلاق نهيا صريحا .

ام ان العارية مقيدة فيها فلا يحق للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط  
طالما ان المعير لم يأذن اذنا صريحا بالاطلاق من حيث المنتفع .

الواقع ان الاجابة على هذه التساؤلات عند الفقهاء تفصيلا ، وساحاول  
بيانه فيما يلي :

اولا :- ذهب الاحناف الى التفريق في هاتين الصورتين ، بين ما اذا كانت  
العين المعارة ، مما يختلف باختلاف المستعملين كالدار للسكنى ، والصناديق -  
لحفظ النقود ونحوها ، وما اذا كانت مما يختلف باختلاف المستعملين كالدابابة  
للركوب والثياب للباس ونحو ذلك .

فاذا كانت العين المعارة مما يختلف باختلاف المستعملين ، ولم ينهى <sup>ينه</sup> المستعير  
عن اعارتها صراحة ، فالعارية عندهم مطلقة من حيث المنتفع سواء اعين المعير  
المستعير للانتفاع فقال : اعرتك هذا الصندوق لتضع فيه ، نقودك انت ، او لم  
يعينه كما اذا قال : اعرتك هذه الدار للسكنى .

ومعنى هذا ان للمستعير في عارية ما لا يختلف باختلاف المستعملين  
ان ينتفع بنفسه وان يأذن لغيره بالانتفاع ، سواء اعين المعير المنتفع بالمستعير  
ام لم يعينه ، الا اذا نهى المعير نهيا صريحا عن

اعطائها لغيره . ( ١ )

وانما لم يتعين المنتفع بالمستعير ، حتى وان عينه المعير ، نظرا الى ان العين المارة ، لما كانت مما لا يختلف باختلاف المستعملين ، كان تعيين المنتفع امرا لا فائدة فيه . لان الغالب تساوى الناس في مستوى الانتفاع بما لا يختلف ، وعدم تباينهم في ذلك عادة ، فاستعمال البيت مثلا للسكنى لا يتفاوت في الغالب من شخص لآخر ، وكذلك اعادة الصندوق لحفظ النقود او اعادة الارض لحبس الماشية فيها ، ونحو ذلك ، فاذا كان استعمال هذه الاعيان ونحوها لا يتفاوت من شخص لآخر ، فان الضرر الناتج عن استعمال المستعير الاول لها ، مساو للضرر الناتج عن غيره في الغالب ، واذا استوى الضرر فلا فرق بين ان يستعملها المستعير بنفسه او ان يأذن لغيره في استعمالها . ( ٢ )

واما اذا كانت العين المارة مما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب ونحوه فاما ان يعين المعير المنتفع بالمستعير ، واما ان لا يعينه . فان عين المعير المنتفع بالمستعير ، فقال : اعرتك هذا الثوب لتلبسه انت ، فالعارية حينئذ مقيدة من حيث المنتفع ، فلا يحق للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط ، ودون ان يأذن لغيره بذلك . ( ٣ )

- 
- ( ١ ) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠١ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٦٤ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٦ ، على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ وما بعدها مادة ( ٨٢٠ ) .
- ( ٢ ) المراجع السابقة .
- ( ٣ ) ابن عابدين حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٤ ، ابن نجيم - لبحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨١ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٦ ، على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٦ / ٣٢٢ وما بعدها مادة ( ٨٢٠ ) .



وانما تعين المنتفع هنا بتعيين المعير ، نظرا الى ان العارية لما كانت  
ما يختلف باختلاف المستعملين كان تعيين المعير للمنتفع بالمستعير مفيدا ، لتفاوت  
درجة استعمال العين المارة في هذه الحال من شخص لآخر فاعتبار تعيين  
المنتفع هنا ، لدفع احتمال ان يكون من سوى المستعير اكثر ضررا منه على العين  
المارة ، ولما كان المعير راضيا باستعمال المستعير وما يترتب عليه من ضرر  
وغير راضى باستعمال غيره لزم اعتبار التعيين لدفع زيادة الضرر عن المعير . (١)  
اما اذا لم يعين المعير المنتفع في عارية ما يختلف باختلاف المستعملين  
فلاحتمال في الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع قولان :-

القول الاول :

ان المعير اذا قال في عارية ما يختلف باختلاف المستعملين  
اعرتك هذا الثوب ، او اعرتك هذه الدابة للركوب دون ان يعين المنتفع بالمستعير  
صراحة ، فان العارية حينئذ لا تعتبر مطلقة من حيث المنتفع والتالي فلا يحق  
للمستعير في هذه الحال الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان يأذن لغيره بالانتفاع .  
وعلى هذا فلا تعتبر العارية عندهم على هذا القول ، عارية مطلقة من حيث  
المنتفع الا اذا اذن المعير بذلك صراحة ، فقال : اعرتك هذه الدابة للركوب ولك  
ان تركيبها من تشاء ، اما اذا لم يصح بذلك ، فهي مقيدة بالمستعير ، سواء أعين  
المنتفع فقال : اعرتك هذه الدابة لتركبها انت ، او لم يعينه ، كما اذا قال : اعرتك  
هذا الثوب ، او هذه الدابة للركوب ، قياسا على الاجازة في كل ذلك . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٤ / ٥٠٤ ، الزيلعي - تبين  
الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٦ ، حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٧  
على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣١٩ / ٣٢٠ مادة ( ٨١٩ ) .

القول الثاني : ان العارية التي تختلف باختلاف المستعملين ، تعتبر عارية مطلقاً من حيث المنتفع يقول المصير : اعرتك هذا الثوب ، او اعرتك هذه الدابة للركوب ، وان لم ياذن اذنا صريحاً بالاطلاق من حيث المنتفع طالما انه لم يعينه ولم ينهي عن الاطلاق .

وهو مسمى هذا القول ان للمستعير هنا ، ان ينتفع بالعين المعارة بنفسه او ان ياذن لغيره بالانتفاع بها ، فلا يتمين المستعير للانتفاع دون غيره .

وذلك نظراً الى ان العين المعارة ، وان كانت مما يختلف باختلاف المستعملين ، الا ان المعير لما قال : اعرتك هذا الثوب للباس ، فلم يعين المنتفع بالمستعير ، ملك المستعير منفعة العارية على هذا الوجه فكان له الخيار في ان يعين المنتفع بنفسه او ان يعينه بمنتفع آخر لينتفع به في حدود ما استعار العارية من اجله ما هو متعارف عليه بين الناس . (١)

ولعل هذا القول هو الراجح لان من ملك شيئاً ملك ان يملكه لغيره والعارية كما سبق تملكها للمنفعة بغير عوض كما ذهب الى ذلك الاحناف فيملك المستعير تملكها لغيره ، وملك هذا الحق هو الاصل عند الاحناف ومن هنا قالوا : العارية تملك لا اباحة .

---

(١) البابرتي - العناية عن الهداية شرح بداية المبتدى ج / ١٣ / ٩ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير القاضي زيادة ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج / ٨٦ / ٥ مطبوع بهامش تبين الحقائق ابن نجيم - البحر الرائق شرح كزالدقائق ج / ٢٨١ / ٧ . الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٣٩٠٠ / ٨ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٣١٩ / ٢ / ٣٢٠ مادة رقم ( ٨٩٩ ) .

ولا يمكن ان يقال ان في اعطاء المستعير العارية التي تختلف باختلاف المستعملين لمنتفع آخر ، ليستوفى منافعها على سبيل العارية ، ضرر بالمعير ، وهو لا يرضى بذلك الضرر ، لان المعير يعتبر راضيا بهذا الضرر ان قد ملك العارية على وجه ، ليس فيه تعيين للمنتفع بالمستعير ولا نهى صريح عن الاطلاق من حيث المنتفع وفي هذا دليل على رضاه بذلك ان لولم يكن راضيا لعين او نهى فلما لم يعين ولم ينهى والاصل ان من ملك شيئا ملك تملكه لغيره ، كان للمستعير حينئذ ان يملك منفعة العارية لغيره في حدود ما استمارها لاجله .

واما ما استدلل به اصحاب القول الاول من قياس الاعارة على الاجارة في ذلك فيبدو فيما يظهر لي والله اعلم ، ان هناك فرقا بين الاعارة والاجارة في ذلك .

انما اشترط تعيين المنتفع ، او التصريح بالاطلاق من حيث المنتفع في اجارة ما يختلف باختلاف المستعملين لما يترتب على عدم التعيين والتصريح حينئذ من الجهالة التي تؤثر في عقد الاجارة وما شاكلها من العقود اللازمة . (١)

واما عقد العارية ، فعقد تبرع غير لازم فلا تؤثر فيه الجهالة ، بدليل صحة عقد العارية مع جهالة المدة حال الاطلاق من حيث الزمان ، وبالتالي فلا يترتب على عدم التعيين فساد عقد العارية بخلاف الاجارة واذا لم يترتب

---

(١) الحصكفي - الدر المختار على متن تنوير الابصار ج / ٥ / ٢٢ مطبوع بهامش رد المحتار لبن عابدين ، وانظر ايضا رد المحتار من نفس الصفحة والمجلد ، قاضي زادة - نتائج الانكار في كشف الرموز والاسرار " تكلمة شرح فتح القدير " ج / ٩ / ٨٣ مطبوع مع الهداية والمعناية وحاشيته سمدى .

على جهالة المنتفع ، فساد عقد العارية ، فمعنى هذا أن تبقى العارية معلقة من حيث المنتفع كما بقيت مطلقة من حيث الزمان مع جهالة المدة ، لعدم فسادها بذلك (١)

وإذا ثبت بما سبق أن المستعير ، مخير بين أن ينتفع بنفسه أو أن يأذن لغيره بالانتفاع ، حال إطلاق عقد العارية من حيث المنتفع صراحة أو دلالة ، سواء أكانت العارية مما يختلف باختلاف المستعملين أو مما لا يختلف باختلافهم ، فهل للمستعير حال كونه مخيراً ، بين الانتفاع بنفسه أو بغيره أن يستخدم العين المأجرة ثم يعيرها لغيره أو أن يعيرها لغيره ، ثم بعد أن يستردها هل له أن يقوم باستخدامها أم ليس له ذلك .  
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : أن المستعير إذا كان مخيراً بين الانتفاع بنفسه أو بغيره فاختار الانتفاع بنفسه وانتفع بالفعل بالعين المأجرة تعين حينئذ للانتفاع ، فلا يحق له بعد ذلك ، أن يأذن لغيره باستخدامها وأن اختار إعارتها فانتفع بها المستعير الثاني ، تعين المنتفع به ، فليس للمستعير الأول أن يستخدمها بعد انتفاع المستعير الثاني ، وأن استخدمها فهو متعد بذلك فيضمن لو تلفت قياساً على الإجارة في ذلك .

ومن قال بهذا القول من الأحناف ، فخر الإسلام البيهقي ، والصدر

---

(٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٧ / ٢٨٠ الكاساتسي -  
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٩٩ .

الشهيد والى تصحيحه ذهب صاحب الكافي منهم . (١)

القول الثاني : أن المستعير اذا كان مخيرا بين الانتفاع بنفسه او بغيره فلا يتعين للانتفاع باستخدامه اللعين المعارة ، بل له بعد ان ينتفع بها ان يعيرها لغيره وكذلك الامر فيما اذا اعارها لغيره قبل ان ينتفع بها فلا يعتبر انتفاع المستعير الثاني ، تعيينا للمنتفع بل للمستعير الاول ، ان يطلبها منه ، ومنتفع بها فمن استمار دابة للركوب مثلا ، فاعارها لغيره ثم اعادها بعد ان انتفع بها ، فللمستعير الاول ان يركبها ولا يعتبر انتفاع المستعير الثاني مانعا من انتفاع المستعير الاول كما لا يعتبر انتفاع المستعير الاول مانعا من اعطائها لغيره لينتفع بها .

ومن ذهب الى هذا القول من الاحناف ، شيخ الاسلام خواهرزادة ، والاتقاني ، وشهاب الدين احمد الشلبي وشمس الائمة السرخسي ، ومحمد علاء الدين افندي نجل ابن عابدين . (٢)

ولقد قال الشلبي مستدلا على ترجيح هذا القول : " وهذا ، أصح عندي لان المستعير من المستعير ، اذا لم يضمن بالركوب او اللبس لانه استعمل العين

---

(١) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق للزيلعي ج / ٥ / ٨٦ مطبوع بهامش تبیین الحقائق ، الحصكفي - الدر المختار على متن تنوير الابصار ج / ٤ / ٥٠٤ مطبوع بهامش رد المحتار ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كزالدقائق ج / ٧ / ٢٨١ ، ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٨ / ٣٩٥ ، البابرتي - العناية على الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ١٣ مطبوع مع تكملة فتح القدير والهداية وحاشيته سعدى الزيلعي - تبیین الحقائق شرح كزالدقائق ج / ٥ / ٨٦ . (٢) انظر المراجع السابقة .

بإذن المستعير " الأول " وتمليكه ، فلأن لا يضمن إذا ركب بعد ذلك ، أو لبسه بالطريق الأولى ، لأنه استعمله بالملك لأنه لو لم يملك لما ملك غيره (١) .  
ولعل هذا هو الصواب ، لما ذكره الشلبي والله اعلم .  
والى هنا أصل الى ختام الكلام عن رأي الأحناف في الإطلاق والتقييد من حيث المنتفع أملا أن أكون ممن وفق في عرض ذلك .

ثانياً :- ذهب المالكية الى أن المير إذا قال : أعدت هذه الدار للسكنى ، أو هذه السيارة للركوب دون أن يعين المنتفع بالمستعير صراحة أو دلالة ، فالعارية حينئذ مطلقة من حيث المنتفع ، وبالتالي فالمستعير في هذه الحال ، أن ينتفع بالعين المعارة بنفسه أو أن يأذن لغيره بالانتفاع بها ، سواء كانت العين المعارة مما يختلف باختلاف المستعملين أو مما لا يختلف (٢) .  
وذلك نظراً الى أن المعبر ، لما ملك المستعير منفعة العين المعارة وأطلق العقد فلم يعين المنتفع بالمستعير صراحة أو دلالة ملك المستعير حينئذ منفعة العين المعارة على هذا الوجه ، فجازله أن ينتفع بها بنفسه ، أو أن يأذن لغيره بالانتفاع بها ، إذ أن من ملك شيئاً جازله أن يملكه لغيره .  
إلا أن إغارة المستعير عند المالكية وإن كانت صحيحة ، في هذه الحال فهي مكروهة عندهم ، ولعلمهم أنها كرهوا ذلك لاحتمال أن يكون المير غير راض بالإطلاق من حيث المنتفع لعدم إسناده بذلك صراحة (٣) .

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج ٨٦/٥ مطبوعة بهامش تبين الحقائق ابن عابدين - حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ج ٣٩٥/٨ .  
(٢) الجملى - سراج السالك شرح أسهل المسالك ج ١٦٧/٢ ، شرح الخرسي على مختصر سيدي خليل ج ١٢٦/٦ - النفراوى - الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ج ٢٣٥/٢ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٦/٢٠٥ مطبوع - بهامش بلفظ السالك ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣٨٩/٣ .  
(٣) انظر المراجع السابقة .

لتبليغ انت دون غيرك

اذ عين المعير المنتفع بالمستعير صراحة ، فقال : اعرتك هذا الثوب للبس  
او هذه الدار للسكنى او عينه دلالة ، فقال : لولا اخوتك لما اعرتك هذا  
المنزل ، او هذا الثوب ، فالعارية في هذه الحال مقيدة من حيث المنتفع ، سواء  
اكانت مما يختلف باختلاف المستعملين او مما لا يختلف .

وعلى هذا فليس للمستعير هنا ، الا الانتفاع بنفسه فقط ، دون أن  
يأذن لغيره بذلك . ( ١ )

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك ، نظرا الى ان المعير متبرع بمنفعة العارية  
للمستعير ، والتبرع لا يعتبر صحيحا ما لم يكن المتبرع راضيا به ، فاذا عين  
المعير المستعير للانتفاع ، كان ذلك دليلا على رضاه ، بانتفاع المستعير  
دون غيره ، فيجوز انتفاع المستعير ، لرضا المعير بذلك ولا يجوز انتفاع غيره  
لدلالة التعيين على عدم الرضا بالاطلاق اذ لو كان المعير راضيا به ، لما  
عين المنتفع .

ثالثا : ذهب الشافعي والحنابلة الى ان العارية تنعقد مقيدة من حيث  
المنتفع بالمستعير ، سواء عين المعير المنتفع فقال : اعرتك هذه  
الدار لتسكنها انت ، او لم يعينه ، كما اذا قال : اعرتك هذا الثوب  
للبس ، وسكت .

ولا فرق في ذلك بين ان تكون العين المعارة ، مما يختلف باختلاف  
المستعملين او مما لا يختلف باختلافهم وعلى هذا ، فلا يحق للمستعير عند هم في

---

( ١ ) انظر المراجع السابقة .

هذه الحال ، الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان يُلان لغيره بذلك (١) . ولا  
يعنى هذا ، ان العارية عند الشافعية والحنابلة لا تكون مطلقة من حيث  
المنتفع بل قد تكون كذلك متى ما اذن المعير بالاطلاق صراحة  
فقال : اعرتك هذه الدار لتسكنها بنفسك ولك ان تعيرها لمن تشاء  
كما سبق وان اشرت الى ذلك . (٢)

(١) وفي وجه عند الشافعية ، ان للمستعير ان يعير العين المعارة لغيره ، اذا  
لم يعين المعير المنتفع بالمستعير الا ان المعتد خلاف ذلك ، وفي هذا يقول  
الشيرازي في المهدب " ومن استعارهنا جازله ان يستوفى منفعتها بنفسه ،  
موكيله ، لان الوكيل نائب عنه ، وهل له ان يعير غيره فيه وجهان ، احدهما  
يجوز كما يجوز للمستاجر ان يؤجر والثاني لا يجوز وهو الصحيح ، لانه اباحة فلا  
يملك بها الاباحة لغيره ، كإباحة الطعام ومخالف المستاجر ، فانه يملك المنافع  
ولهذا يملك ان ياخذ عليه العوض فملك نقله الى غيره ، كالمشترى للطعام  
والمستعير لا يملك ولهذا لا يملك اخذ العوض عليه ، فلا يملك نقله الى غيره  
كمن قدم اليه الطعام " ج / ٣٧١ / ١ / وانظر ، الرافعي - فتح القدير  
شرح الوجيز ج / ٢١١ / ٢١٠ / ٢١١ / حاشية الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال  
الابرار ج / ٥١٩ / ١ / ، اما الحنابلة فنقل ابن قدامة في المغنى اجماعهم على  
ان العارية تنعقد مقيدة من حيث المنتفع بالمستعير سواء اعين المعير المنتفع  
اولم يعينه ، وفي هذا يقول ابن قدامة " واجمعوا على ان للمستعير استعمال  
المعارف فيما اذن له فيه وليس له ان يعيره غيره وهذا احد الوجهين لاصحاب  
الشافعي " ج / ١٦٨ / ٥ / وانظر المرداوى = الانصاف ج / ١١٢ / ٦ / ، البهوتى  
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٧٢ / ٧١ / ٤ / .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .



وذلك نظرا الى ان العارية عند جمهور الشافعية والحنبلة ، اباحة  
لا تملك كما سبق بيان ذلك في تعريف العارية ، وفي الاباحة لا يملك الباح له ،  
الاذن لغيره بالانتفاع الا اذا سمح بالمبيع بذلك صراحة كما في اباحة  
الطعام ونحوه ، لان الحق في العين المباحة للمبيع فجاز ما اذن فيه ، واعتبر  
ما نهى عنه ، اما اذا لم يسمح للمباح له بذلك فلا يحق له في هذه الحال  
الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان ياذن لغيره بالانتفاع به . (١)

ومن هنا ، فسواء اعين المعير المنتفع ، او لم يعينه ، فان المنتفع  
معين في عقد العارية بالمستعير على اى حال ، لا انها اباحة لا تملك ،  
والمباح له لا يملك الاباحة لغيره الا باذن صريح فتعين المنتفع بالمستعير  
لذلك .

ولقد سبق ان رجحت ان العارية ، تملك لا اباحة ، وينتسب  
رجحان ذلك ، بائدلة ذكرتها ، عند تعريف عقد العارية ، فلا داعي لاعادتها  
هنا . (٢)

واذا ثبت ان العارية تملك ، فالذى يبدو لي ان الراجح ما ذهب  
اليه الاحناف من ان العارية ان كانت مما يختلف باختلاف المستعطين ، فان تعيين  
المنتفع معتبر فيها ، وبالتالي فان الاطلاق معتبرا ايضا ، اما اعتبار التعيين

---

(١) انظر من هذه الرسالة ، وانظر حاشية القليوبي على منهاج  
الطالبين ج / ٣ / ١٨ مطبوعة مع المنهاج وحاشية عميرة ، الرملى - نهاية  
المحتاج الى شرح الونهاج ج / ٥ / ١١٩ ، حاشية الكشرى على الانوار لاعمسال  
الابرار ج / ١ / ٥١٩ ابن قدامه - المفضى ج / ٥ / ١٦٩ البهوتى - كشاف  
القناع عن منى الاقتناع ج / ٤ / ٧٢ .

(٢) انظر من هذه الرسالة .

فلما سبق من ان اعتباره ، لدفع احتمال ان يكون من سوى المستعير —  
اكثر ضرا منه على العين المعارة ، ولما كان المعير هو صاحب الحق في العين  
المعارة ، وقد رضى باستعمال المستعير ، وما يترتب عليه من ضرر دون غيره  
لزم اعتبار التعيين لدفع زيادة الضرر عن المعير . (١)

واما اعتبار الاطلاق في عارية ما يـختلف باختلاف المستعملين فلان من  
ملك شيئا ، ملك ان يملكه لغيره ، فاذا ملك المستعير المنفعة بدون قيد ،  
بتمليك المعير له ، كان له ان يستوفى المنفعة بنفسه ، او ان يملكها لغيره  
في حدود ما استعارها لاجله عرفا ، والمعير لو لم يكن راضيا بذلك لعين المنتفع  
بالمستعير . (٢)

هذا اذا كانت العارية ما يختلف باختلاف المستعملين ، اما اذا كانت  
ما لا يختلف فالذي يظهر لي ايضا رجحان ما ذهب اليه الاحناف ، من عدم  
اعتبار تعيين المعير فيها ، الا اذا نهى نهيا صريحا عن الاطلاق من حيث المنتفع  
فيعتبر التعيين حينئذ .

وانما لم يعتبر التعيين هنا ، كما اعتبر ذلك المالكية ، لما سبق من ان  
الملوك بالعقد منفعة لا تختلف العين المعارة باختلاف المستعملين لها ،  
فالناس لا يتفاوتون في كيفية استعمال الصندوق مثلا لحفظ النقود ونحوها فلم يكن  
التقييد بحفظ نقود المستعير فيه ، مفيدا ، فهاقوا ، القيد ، كما سبق وان اشرنا  
الى ذلك وانما اعتبر النهي عن الاطلاق من حيث المنتفع لان الحق في العين  
المعارة للمعير فجاز ما اذن فيه ، واعتبر ما نهى عنه ، (٣) والله تعالى اعلم .

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

### المبحث الثالث - الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة :

المعين الممارسة اما ان تكون مهينة لاستيفاء منفعة واحدة وذلك كالكرسي ونحوه ، حيث صنع ليستخدم في منفعة واحدة هي الجلوس عليه في عرف الناس وعادتهم .

واما ان تكون مهينة لمنافع واغراض متعددة ، كالارض مثلا ، فهي تقصد عادة لزراعة البقول وغرس الاشجار بانواعها وبناء المساكن والداكين والمستودعات والاحوشة ، وما الى ذلك من اغراض ومنافع متفاوتة .

فاذا كانت المعين الممارسة مما هي " لاستيفاء منفعة واحدة فقط ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان اعارتها مقيدة من حيث نوع المنفعة بالمعرف والمادة وان لم تقيد بذلك صراحة من قبل المعير .

فاذا قال : اعرتك هذا الكرسي ، بهذا الاطلاق ، دون ان يعين نوع الانتفاع به ، تعين نوع الانتفاع بالمعرف ، وهو الجلوس عليه ، لتعارف الناس على ان الكرسي مصنوع ومهيأ لذلك دون غيره ، اذ ليس للكرسي منفعة اخرى ، معتادة غير الجلوس عليه ، ليحتمل الاطلاق ارادتها دونه او ارادتها معه فينصرف الاطلاق في هذه الحال ، الى ما تعارف الناس عليه مما هو مهيأ له ، لان التعيين بالمعرف كالتعيين بالنقص كما تقرر ذلك عند الفقهاء ، كما اشرت الى ذلك سابقا في بداية هذا الباب . (١)

---

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢١ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣٥ / ٤٣٦ الشربيني - مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج / ٢ / ٢٦٩ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٠ الكاساتي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ ، حاشية قرعة عيون الاخبار ، تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ وقال الخرشي من المالكية " وان لم تكن مقيدة بعمل ولا بأجل " اى العارية " كقوله اعرتك هذه الارض او هذه الدابة =

اما اذا كانت العين المعارة مهينة لمنافع واغراض متعددة في عرف الناس ،  
كالارض مثلا ، فلمقد العارية من حيث اطلاق نوع المنفعة ، او تقيدها  
حالا ن :

الحال الاولى : ان يعين المعير نوع المنفعة فيقول مثلا : اعرتك هذه الارض -  
لتزرعها حنطة •

الحال الثانية : ان لا يعين نوع المنفعة وتعتبر المنفعة غير معينة في موطنين :

الموطن الاول : حال الاطلاق من حيث المنفعة صراحة كما اذا قال المعير  
مثلا : اعرتك هذه الارض ولك ان تنتفع بها كيفما شئت •

والموطن الثاني : حال الاطلاق من حيث المنفعة ، دلالة ، كما اذا قال المعير  
مثلا : اعرتك هذه الارض وسكت دون ان يعين نوع المنفعة او ان يأذن اذنا صويحا  
بالاطلاق كما في الموطن الاول •

وفيما يلي سأحاول بيان آراء الفقهاء في ذلك بشي من التفصيل  
ان شاء الله ، فمنه سبحانه نتمتع المون والتوفيق •

---

= فانها تلزم الى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة لان العادة كالشرط  
اه شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٢٦/٦ •  
قلت : واذا ثبت بهذا النص ان العادة كالشرط عند المالكية فالذي يظهر لي  
ان المعير اذا لم يعين نوع المنفعة كان للمستعير ان يستخدمها في كل ما هو  
معتاد بين الناس ، لعدم تأثر عقود التبرعات عندهم بالجهالة كما ذكر ذلك  
القرافي ، ومن هنا يبدو والله اعلم انهم لا يشترطون تعيين نوع المنفعة فيما ليس  
له الا منفعة واحدة كاللباط ونحوه ، لتعيينها بالمعرف والعادة ، انظر - القرافي -  
الفروق ج / ١ / ١٥٠ / ١٥١ الفرق ( ٢٤ ) •

الحالة الاولى : تعيين نوع المنفعة :

اذا عين المعتبر نوع المنفعة ، فقال مثلا : اعرتك هذا الارض لتزرعها  
حنطة ، فليس للمستعير حينئذ ان يتمدى ذلك التعيين الى ما هو اكثر ضررا  
منه ، بلا خلاف اعله بين الفقهاء في ذلك نظرا الى ان المستعير انما يملك  
الانتفاع بالعين الممارة ، باذن المعتبر ، لان المعتبر مالها او مالك منفعتها  
وعلى هذا فما اذن فيه المعتبر من المنافع ، هو المعتبر للاستيفاء دون غيره  
ما هو اكثر ضررا ، ولعدم سماحه بذلك ورضاه به . (١)

اما اذا خالف المستعير تعيين المعتبر من حيث نوع المنفعة  
الى ما هو مساو للقيد او اخف ضررا منه ، فهل تعتبر تلك المخالفة  
جائزة ، ولا يعتبر متعمدا بذلك ، ام غير جائزة فيعتبر متعمدا ويجب  
بالتالي الضمان فيما لو تلفت العين الممارة .

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في ذلك ، ولهم قولان فيه هما

كمايلي :

- (١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كتر الدقائق ج ٧/٢٨١/٢٨٢ ،  
الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٩٠١ وما بعده ،  
الزيلعي - تبين الحقائق شرح كتر الدقائق ج ٥/٨٦/٨٧ شرح الخرشي  
على مختصر سيدي خليل ج ٦/١٢٥ ، محمد عيش - شرح منح الجليل على  
مختصر العلامة خليل ج ٣/٤٩٤ ، المواق - التاج والاكليل لمختصر خليل ج ٥/  
٢٧٠ مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب . الرافعي - فتح الميز شرح  
الوجيز ج ١١/٢٢٣ ، النووي - منهاج الطالبين وحاشية القليوبي عليه  
ج ٣/٢١ ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/١٢٨ ، ابن  
قدامة - المغني ج ٥/١٦٨ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٦٩  
شرح منتهى الارادات ج ٢/٣٩٦ .

اجرة  
عشر الجار

القول الاول : اذا عين المميز نوع المنفعة فليس للمستعير حينئذ ان يخالف ذلك  
التعيين الى غيره الا الى مثل المعين او اخف منه دون ما هو اكثر ضررا ، والسبب  
هذا ذهب جمهور الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان المميز اذا عين نوع المنفعة فليس للمستعير ان يخالف تعيين المميز  
مطلقا ، حتى ولو الى مثل ما عينه او اخف منه ضررا ، والى هذا ذهب الامام  
زفر من الاحناف .

وذلك نظرا الى ان المستعير لا يملك مخالفة تعيين المميز ، لانه  
انما ملك المنفعة من جهة ، فاعتبر تعيينه فاذا خالف الى مثل ، او الى اخف مما عينه ،  
فلا يمكن ان يقال ، بانفسه قد وافق تعيين المميز لان مثل الشيء ، او ما هو اقل  
وصفا منه لا يكون نفس الشيء ، اطلاقا . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بان الفائدة من تقييد المميز للمعارفة بنوع من انواع  
الانتفاع ، انما هي للانتفاع عما هو اكثر ضررا مما قيدت به ، فاذا ما استوفى

---

(١) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٤٩ ، ابن عابدين  
قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ ، البابر تي ، العناية على الهداية  
ج / ٩ / ١٣ مطبوع مع تكملة فتح القدير والهداية وحاشية سعدى . الدردير -  
الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٣ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، شرح الزرقاني على مختصر  
سيدى خليل ج / ٦ / ١٣٢ ، حاشية المدوى على كتاب الطالب الرباني ج / ٢ / ٢٢٠  
الانصارى - تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح اللباب ج / ٢ / ٩٤ مطبوع بهامش حاشية  
الشوقاوى الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٣٧١ ، النووى - منهاج الطالبين ج / ٣ / ٢١  
مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وعميرة ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج / ٤ / ٧٠ ابن قدامه - المغنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨ ، لعل من المفيد ان اشير  
هنا ، الى انه يستثنى من جواز المخالفة الى ما هو مسلول للقيود او اخف منه ، ما اذا  
عين المميز نوع المنفعة ثم نهى عن المخالفة صراحة ، كما اذا قال : اعترتك  
هذه الارض للزراعة الحنطة ، ولا تزرع غيرها حيث لا يحق للمستعير حينئذ ، الا  
زراعة الحنطة فقط ، لنهى المميز عما سواها صراحة ، والى هذا ذهب الشافعية

المستعير المنفعة ، بما هو مساو للقيد او اخف منه ، فلا تعتبر المخالفة حينئذ ذات اثر لانقضاء ما من اجله قيد المعير ، العارية به .

ومن هنا ، فالذي يبدي ولي ، رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، ممن ان للمستعير ان يخالف تقييد المعير من حيث المنفعة الى ما هو مثل المقييد او اخف منه ، لان المعير وان لم يسمح بالمخالفة الى المثل او الى ما هو اخف - صراحة ، الا انه يعتبر سامحا بذلك ، دلالة . (١)

واذا ثبت ان للمستعير ان يخالف <sup>تقييد</sup> المعير من حيث نوع المنفعة ، الى ما هو مساو للقيد او اخف منه دون ما هو اكثر ضررا ، فهل يجوز للمستعير حال تقييد العارية من حيث نوع المنفعة ان يستوفى تلك المنفعة الممينة اكثر من مرة ام ليس له الا مرة واحدة فقط ؟ .

---

وهو ظاهر ما ذهب اليه ، الاحناف ، والمالكية والحنابلة ، لما سبق في التقييد والاطلاق من حيث المنتفع . انظر المراجع الطبقة للشافعية ، وانظر ص من هذه الرسالة .

وما تحسن الاشارة اليه ايض ، ان معرفة ما هو اكثر ضررا مما عينه المعير ، او ما هو مساو له او اخف منه امر يرجع فيه الى ذوى الاختصاص ، فاذا كانت الميكن العمارة ارضا للزراعة مثلا ، رجح في ذلك الى المهندسين الزراعيين وعلماء النبات وذوى الخبرة في ذلك وكذا <sup>الكل</sup> الخبائرين يرجع فيها الى المختصين في معرفتها . (٢) انظر - الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٢ / ٣٩٠ .

---

(١) المراجع السابقة .

الواقع ان الامر لا يخلو :

اما ان يعين المعير نوع المنفعة وحدد لاستيفائها مدة معينة ،

وذلك كما اذا قال المعير : اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة سنة .

واما ان يعين المعير نوع المنفعة ولا يحدد لاستيفائها مدة معينة ،

وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة .

فاذا عين المعير نوع المنفعة ، وحدد لاستيفائها مدة معينة ، جاز

للمستعير حينئذ ان يستوفي تلك المنفعة اكثر من مرة الى ان تنتهي المدة

المضروبة ، فاذا كانت العين المعارة مثلا ، ارضا لزراعة الحنطة ، وقد

حدد المعير مدة الاعارة بسنة ، فان للمستعير ان يزرعها مرة بعد اخرى الى

ان تنتهي تلك المدة التي حددها المعير ، والى هذا ذهب الشافعية

وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف والمالكية والحنابلة . (١)

ولعل ذلك ، نظرا الى ان المعير ، لما حدد مدة معينة لاستيفاء

منفعة معينة دل ذلك على رضاه بانتفاع المستعير ، بالعين المعارة فيما عينه

خلال تلك المدة فاذا انتفع بها مرة واحدة وقد بقي وقت يسمح بتكرير الانتفاع ،

---

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ ،

ابن عابدين - حاشية قره عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ ،

الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٨ ، مطبوع بهامش بلغة السالك ، شرح

الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٦ / ١٢٧ ، حاشية الباجوري على

شرح ابن قاسم الغزي ج / ٢ / ٩ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض

النطالب ج / ٢ / ٣٣٤ ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٨ / ١٧٠ ، البهوتى

كطف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٠ .



فليس هناك ما يمنع من تكريره ، طالما ان المدة التي حددت لم تتقضى بعد ،  
والمعير ، وان لم ياذن ، بتكرير الانتفاع صراحة الا ان تحديده للمدة اذن بالانتفاع  
بالعين المعارة طوال تلك المدة وذلك يدل على رضاه ، بتكرير الانتفاع ،  
اذا بقي وقت لذلك ، والا لم يمكن لتحديد المدة معنى .  
اما اذا عين المعير نوع المنفعة ولم يحدد لاستيفائها مدة  
معينة .

فاما ان ياذن بتكرير الاستيفاء للمنفعة مرة بعد اخرى صراحة واما  
ان لا ياذن بذلك ولا ينهى عنه صراحة .  
فان اذن بتكرير الاستيفاء للمنفعة المعينة مرة بعد اخرى صراحة ،  
جاز ذلك للمستعير والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب  
اليه كل من الاحناف والمالكية ، لاتفاقهم على ان للمستعير ان يفعل ما اذن له  
في العين المعارة ، فاذا اذن له بتكرير الاستيفاء للمنفعة ، فليس هناك ما يمنع  
من تكرارها ، لان المعير هو صاحب الحق ، وقد اذن في ذلك . ( ١ )  
اما اذا لم ياذن بتكرير استيفاء المنفعة المعينة صراحة ، فليس  
للمستعير حينئذ الا منفعة واحدة فقط ، فاذا عين المعير نوع المنفعة ، فقال :

---

( ١ ) حاشية الباجودي على شرح ابن قاسم الغزى ج / ٢ / ٩ ، النووى - روضة  
الطالبين ج / ٤ / ٤٤١ - مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ  
المنهاج ج / ٢ / ٢٧٣ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٨ / ١٧٠ البهوتى  
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٠ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كثر  
الدقائق ج / ٥ / ٨٦ ، علي هيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣١٢  
مادة ( ٨١٦ ) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، الجعلى - سراج  
السالك شرح اسهل المسالك ج / ٢ / ١٦٨ ، الدردير - الشرح الكبير  
ج / ٣ / ٣٩٣ ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه .

اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة ، ولم يحدد لذلك مدة معينة كسنة ونحو ذلك ، فلا يحق له تكرار الزراعة للحنطة ، الا باذن جديد ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك ، وذلك نظرا الى ان المدة هنا ، وان لم تحدد صراحة الا انها محددة معنى ودلالة بانتها العمل الذي اعيرت له العين . ( ١ )

الحال الثانية : عدم تعيين نوع المنفعة :

الموطن الاول : الاطلاق من حيث المنفعة صراحة : اذا اطلق المعير عقد -

العارية من حيث المنفعة صراحة فقال : اعرتك هذه الارض ولك ان تتفقع بها كيفما شئت ، فلفقها في صحة عقد العارية حينئذ قولان :

القول الاول : ان العارية تتعقد بهذا اللفظ مطلقة من حيث المنفعة فلا يتعين

نوع الانتفاع بالعين المعارة وبالتالي فللمستعير بموجب هذا الاطلاق ، ان ينتفع بالعارية في جميع ما هي مهيئة له عرفا . والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ( ٢ )

القول الثاني : ان عقد العارية لا يعتبر عقدا صحيحا ، اذا ما اطلق من حيث

نوع المنفعة ، حتى وان صرح المعير بذلك كما في اللفظ السابق ، والى هذا

---

( ١ ) المراجع السابقة وانظر ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ .

( ٢ ) المرغباني - الهداية على بداية المبتدى ج / ٩ / ١٢ / ١٣ مطبوع مع تكملة فتح القدير والعناية وحاشية سعدي ، نظم الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٣ ، داماد افندی - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٩ ، محمد عيش - شرح منج الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٤ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٦ والاروبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج / ١ / ٥٢١ ، الرطبي نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٩ الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢٢٤ ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٢ ، البيهوتي - شرح منتهى الارادات ج / ٢ / ٣٩٦ المرادوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٢ .

ذهب الشافعية ، وهو قول مرجوح عندهم والمعتد لديهم ما عليه جمهور فقهاء  
الفقهاء ، كما في القول الاول ولم اجد فيما اطالعت عليه من كتبهم دليلا  
لهذا القول حتى يمكن مناقشته . ( ١ )

والذي يظهر لي ، ان الحق والله اعلم ، فيما ذهب اليه جمهور الفقهاء  
لان الاصل في اللفظ المطلق ان يجري على اطلاقه والمعير قد ملك المستعير  
منافع العين المعارة ، بلفظ مطلق صريح يدل دلالة واضحة على عدم -  
تعيين ، منفعة دون اخرى ، فكان له ان يستوفيهما على الوجه الذي ملكها  
وهو الانتفاع بالعين في كل ما هي مستمدة له من انواع المنافع ، وليس في  
ذلك ما يمنع من صحة عقد العارية ، قياسا على الاجارة في ذلك ( ٢ ) ،  
ومقتضى التشبيه بالاجارة ، ان يتقيد الانتفاع بما هو معتاد ، حال الاطلاق  
من حيث المنفعة صراحة .

الموطن الثاني : الاطلاق من حيث المنفعة دلالة :

اذا قال المعير : اعرتك هذه الارض ، وسكت دون ان يعين  
نوع الانتفاع بها ، او ان ياذن بالاطلاق من حيث نوع المنفعة صراحة  
كما في الموطن الاول للفقهاء في صحة عقد العارية حينئذ قولان :

القول الاول : ان المعير اذا اطلق العقد من حيث نوع المنفعة دلالة ، صح عقد  
العارية حينئذ وكان للمستعير بناء على ذلك ان ينتفع بالعين المعارة في  
جميع ما هي مهيئة له عرفا .

---

( ١ ) حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج / ٣ / ٢١ مطبوعة مع حاشية

عميرة ومنهاج الطالبين .

( ٢ ) انظر المراجع السابقة .

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والمالكية والحنابلة

واليه ذهب الشافعية في قول مرجوح عندهم واختاره السبكي . (١)

القول الثاني : ان عقد العارية لا يعتبر عقدا صحيحا بالاطلاق من حيث  
المنفعة دلالة ، بل لابد لصحة هذا العقد من تعيين نوع المنفعة او اطلاقه  
صراحة ، كما في الموطن الاول ، والى هذا ذهب الشافعية في اصح الوجهين  
عندهم ، وهو وجه مرجوح عند الحنابلة .

ويستدل على ذلك بقياس الاعارة على الاجارة في هـ

الامر . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا : بان العارية انما لم يشترط لها تعيين

نوع المنفعة او التصريح بالاطلاق كما اشترط ذلك في عقد الاجارة ، لان -  
الاجارة عقد معاوضة لازم ، وبالتالي ، فان عدم التعيين ، او التصريح

---

(١) المرغيناني - الهداية شيوخ بداية المبتدى ج/٩/١٢/١٣ ، مطبوع  
مع تكملة فتح القدير والعناية ، وحاشية سعدى نظام - الفتاوى الهندية  
ج/٤/٣٦٣ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج/٨/٣٩٠٠  
محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج/٣/٤٩٦ ،  
الدردير - الشرح الكبير ج/٣/٣٩٤ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي - شرح  
الخرشي على مختصر سيدي خليل ج/٦/١٢٦ ، ابن قدامة - المغني -  
ج/٥/١٦٢ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج/٤/٧٠ ، النووي  
- منهاج الطالبين حاشيتي القليوبي وعميرة عليه ج/٣/٢١ ، المرطبي - نهاية  
المحتاج الى شرح منهاج ج/٥/١٢٩ .

(٢) انظر المراجع السابقة للشافعية والحنابلة وانظر المرادوي - الانصاف

في معرفة الراجح من الخلاف ج/٦/١١٢ .

بالاطلاق فيها ، يفضى الى الجهالة ، والجهالة بلا شك مفسدة في الجملة  
لعقد الاجارة ونحوها . وكمره

واما العارية ، فعقد تبرع غير لازم ، فلا تؤثر فيه الجهالة ، ومن هنا

فلا يعتبر فيه التعيين او التصريح بالاطلاق شرطا لصحته . (١)

وعلى هذا فالذى بيدولى ان الراجح والله اعلم ، ما ذهب اليه جمهور

الفقهاء ، وذلك نظرا الى ان قول المصير : اعرتك هذه الارض ، قول يبدل

على رضاه بالانتفاع بالعين المعارة ، في كل ما هي مهينة له عرفا ، ان ان

العين المعارة هنا ، ذات منافع متعددة والمصير حتما لا يريد بقوله : اعرتك

هذه الارض احدى منافع الارض ، ان لو اراد احداها لصرح بذلك ، فكان عدم

تصريحه بنوع المنفعة ، دالا على ارادته للاطلاق .

واذا ثبت ان المصير ، اراد الاطلاق من حيث المنفعة ، فان الاصل

في المطلق ، ان يجرى على اطلاقه كما سبق ، ان اشرنا الى ذلك ، فاذا ملك

المصير المستعير ، منافع العارية مطلقا ، كان له ان يستوفيه على الوجه

الذى ملكها عليه ، فينتفع بها في كل ما هي مهينة له عرفا وعادة .

وليس في ذلك ، ما يقدر في صحة عقد العارية ، ولما سبق من ان

الجهالة ، لا تؤثر في هذا العقد لعدم لزومه . (٢) والله تعالى اعلم

بالصواب .

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج/٥/١٦٧ ، الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز

ج/١١/٢٢٤ .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج/٨/٣٩٠٠ / ٣٩٠١ ،

محمد عيش - شرح منحة الجليل عن مختصر العلامة خليل ج/٣/٤٩٦ .

المبحث الرابع : الاطلاق والتقييد من حيث جميع الوجوه او بعضها :

علمنا ان عقد العارية اما ان يكون مطلقا او مقيدا من حيث الزمان ،  
او المكان ، او المنفع ، او المنفعة ولقد سبق بيان ذلك مفصلا . ( ١ )  
وكما ان الاطلاق والتقييد معتبر في عقد العارية من حيث ، احد تلك  
الوجوه ، فهو كذلك معتبر في الجملة من حيث جميعها ، او بعضها دون البعض  
الاخر .

فاذا قال المعير : اعرتك هذه السيارة ، فلم يقيد العقد بقيود  
ما ، فالعارية حينئذ مطلقة من حيث جميع الوجوه ، اي من حيث الزمان والمكان  
والمنفع والمنفعة الا على قول عند الشافعية سبق بيانه قبل قليل . ( ٢ )  
وللمستعير في هذه الحال ، ان ينتفع بالسيارة على هذا الاطلاق  
فله ان ينتفع بها بنفسه او بخيره وله ان يستخدمها في جميع ما هي  
مستعدة له من منافع ، في اي زمان او مكان ، في حدود عرف الناس واهطلاحهم  
في الاستعمال . ( ٣ )

واذا قال المعير : اعرتك هذه السيارة لتركبها انت دون غيرك شهرا  
في المدينة فقط ، فعقد العارية مقيد من جميع الوجوه ، وليس للمستعير ان يتجاوز  
هذه القيود واطلاقا ، الا ما كان منها غير مفيد ولم ينهي المعير عنه صراحة ،  
لما سبق قبل قليل . ( ٤ )

---

( ١ ) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

( ٢ ) انظر ص من هذه الرسالة .

( ٣ ) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ . شرح الخرشي


على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ / ١٢٦ ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح

المنهاج ج / ٥ / ١١٩ / ١٢٧ / ١٢٨ / ١٢٩ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨

( ٤ ) انظر ص من هذه الرسالة .

واذا قال المعير : اعرتك هذه السيارة شهرا في المدينة دون غيرها  
فالمعارة مطلقة من حيث بعض الوجوه دون البعض الاخر ، فهي مطلقة من حيث  
الانتفاع والمنفعة ، ومقيدة من حيث الزمان والمكان . ويجوز العكس ايضا ،  
فتكون مطلقة من حيث الزمان والمكان ، مقيدة من حيث نوع المنفعة والمنفعة ،  
كما لو قال : اعرتك هذه السيارة لتركبها انت دون غيرك .

وقد تكون مطلقة من حيث المنفعة ، والزمان ، مقيدة من حيث المكان  
والمنفعة ، كما لو قال : اعرتك هذه السيارة لتتفع بها دون غيرك في المدينة  
فقط .

وقد تكون مطلقة من حيث المنفعة والمكان ، مقيدة من حيث المنفعة  
والزمان ، كأن يقول المعير : اعرتك هذه السيارة للركوب شهرا .  
وقد تكون مطلقة من حيث احد هذه الوجوه دون البقية والعكس .  
وللمستعير في جميع ما سبق ، ان ينتفع بالعين المعارة  في  
حدود ما أذن له فيها . ( ١ )

فان اطلق المعير ، قلة الانتفاع مطلقا ، وان قيد ، فليس له ان  
يخالف القيد الا الى المثل او الى ما هو أخف ، او عندما لا يكون للقيد  
فائدة ، بحيث لا يترتب على المخالفة ، زيادة ضرر ، الا اذا نهى المعير  
عن المخالفة صراحة ، فليس له ان يخالف مطلقا ، كما بينت ذلك مفصلا  
قبل ( ٢ ) وذلك لما سبق من ان المستعير يتصرف في ملك الغير ، فلا يطك  
ذلك ، الا على الوجه الذي / اذن له فيه من تقييد او اطلاق ، صراحة او

---

( ١ ) المراجع السابقة .

( ٢ ) انظر من هذه الرسالة .

دلالة . (١)

ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا ، الا ما سبق ان بيناه<sup>من</sup> /خلافهم  
في اعتبار التقييد والاطلاق من حيث المنفعة دلالة وخلافهم في صحة عقد العارية  
مع عدم تعيين نوع المنفعة صراحة .

وقد بينت ان الراجح فيما يبدو لي اعتبار الاطلاق والتقييد من  
حيث المنفعة دلالة ، كما يعثر ذلك صراحة (٢) واوضحت ان الراجح  
فيما يظهر لي ايضا صحة العقد مع عدم تعيين نوع الانتفاع بالعين المعارة  
فلا حاجة لاعادة ذلك (٣) والله تعالى اعلم .

- 
- (١) انظر ص من هذه الرسالة .  
(٢) انظر ص من هذه الرسالة .  
(٣) انظر ص من هذه الرسالة .



المبحث الخامس : ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد من احكام :

سبق ان للمستعير ، ان يخالف تقييد المعير ، الى ما هو مساو للتقييد او اخف منه ، ما لم ينهى عن ذلك صراحة كما هو رأى الجمهور ، وليس له ان يخالف الى ما هو اكثر ضررا مما قيدت به العارية ، وبلا خلاف اعلمه بين الفقهاء . ( ١ )  
فاذا خالف المستعير تقييد المعير ، الى ما هو اكثر ضررا ، كما اذا استعار سيارة من جدة الى مكة فخالف هذا القيد الى ما هو اضر ، فذهب بها الى الطائف ، فهل تعتبر العارية ، منفسخة بهذه المخالفة فلا يحق للمستعير ان يستخدمها في العودة الى جدة ، الا بان جديد ، ام ان العقد يعتبر قائما فيجوز له استخدامها بعد ذلك في العودة ؟  
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : ان مخالفة المستعير الى ما هو اضر مما قيدت به العارية ، امر لا يؤدي الى فسخ عقد العارية ، بل هو قائم ، وان تعدى المستعير بذلك ، وبناء على هذا يجوز للمستعير ان يعود بالسيارة الى جدة ، في الصورة السابقة ، ويجب عليه ان يعود الى الوفاق ، فلا يستمر في المخالفة ، والسبب في هذا ذهب الشافعية في اصح الوجهين عندهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف في احد القولين عندهم في ذلك . ( ٢ )

- 
- ( ١ ) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة . ٢ . *رما فقه الزهراء*  
( ٢ ) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٠ ، الرمسلى  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٨ ، الرافعي - فتح العزيز شرح  
الوجيز ج / ١١ / ٢٢٢ ، مطبوع مع تكملة المجموع شرح المهذب ، السرخسي  
المبسوط ج / ١١ / ١٤٥ / ١٤٦ .

القول الثاني : ان مخالفة تقييد الممير الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، امر يفسخ عقد العارية ، وان عاد المستمير الى الوفاق بعد المخالفة ، وعلى هذا فلا يجوز للمستمير في الصورة السابقة ان يستخدم السيارة في العودة الى جدة ، وانما يسلمها الى الحاكم في تلك الجهة التي وصل اليها .

والى هذا ذهب الشافعية في احد الوجهين عنهم ، وهو وجه مرجوح عندهم كما ذكر ذلك الرطبي منهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف فـ في احد القولين عندهم ، وظاهر ما ذهب اليه المالكية ايضا وذلك نظرا الى ان الاذن في العارية ، انقطع بالمخالفة ، الى ما هو اضر مما قيدت به ، فلا يعود عقد العارية الا باذن جديد . ( ١ )

ويمكن ان يناقش هذا ، بان استخدام المستمير للمعين المعارة مأذون فيه من قبل الممير ، فلا ينقطع الاذن ، ويتمتع به بالمخالفة كما لا ينزل الوكيل بتمديه في وكالته .

ومن هنا فالذى يظهر والله اعلم ان الراجح ، القول الاول ، قياسا على الوكالة في هذا الامر ، بجامع ان كلا من العارية والوكالة ، عقد جائز ، فكما لا يعتبر التعدي في الوكالة ، امر فاسخ للعقد فلا يعتبر التعدي في العارية أمراً فاسخاً لها ايضا . ( ٢ )

---

( ١ ) انظر المراجع السابقة ، وانظر ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار  
تكلمة رد المحتار ج / ٨ / ٣٢٩ / ٤١٩ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب  
الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٢ / ٣٨٩٣ / ٣٩٠٧ ، مالك ابن انس - المدونة ج / ٦ / ١٧١  
( ٢ ) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٠ ، الرطبي  
نهاية المحتاج الى شرح المضاج ج / ٥ / ١٢٨ ، الرافعي - فتح العزيز شرح  
الوجيز ج / ١١ / ٢٢٢ ، حاشية الرطبي على اسنى المطالب شرح روض الطالب  
ج / ٢ / ٣٣٠ ، مطبوع بهامش الاسنى .

واذا ثبت بهذا ان المخالفة الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، امر لا ينبغي عليه  
انفساخ عقد العارية ، فماذا يجب على المستعير اذا وقع منه ذلك التعدي ؟  
الواقع ان الامر لا يخلو حينئذ :

اما ان تلف العين المعارة ، او يتلف بعض اجزائها في يد المستعير ، واما  
ان لا يحدث شيء من ذلك في يده .

فان تلفت العين المعارة او تلف بعض اجزائها في يد المستعير بمسند  
مخالفته الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، فللقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : يجب الضمان على المستعير ، وبخير المعير بين اخذ قيمة  
ماتلف في يد المستعير ، واجرة مثل ما زاد عن القيد في الجملة ، فلا يجمع للمعير  
بين ضمان ماتلف ، واجرة ما زاد عن القيد ، وانما له احدهما .  
والى هذا القول ذهب المالكية (١) .

---

(١) ابن عبد البر - الكافي (٢ : ٨٠٩) ، مالك - المدونة الكبرى (٦ : ١٦٢ ، ١٦٣)

(١٧١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦ : ١٢٥) ، الدرر -

الشرح الصغير ومعه بلغة المسالك (٢ : ٢٠٧) .

يحسن ان اشير هنا الى ان المالكية يفرقون في الضمان بين التصدي  
المصاحب للمأذون فيه من الاستعمال ، والتعدي المستقل عما اذن فيه .  
فمن الاول : ما اذا استعار سيارة او دابة ليحمل عليها مقدارا معيناً من  
القمح مثلاً ، فحمل عليها فوق ذلك .

ومن الثاني : ما اذا استعار سيارة او دابة ليقطع بها مسافة معينة  
فزاد على ما عين له . =

القول الثاني : يجب على المستعير ضمان ما تلف في يده كما يجب عليه

اجرة مثل ما زاد عن تقييد المعير .

=  
فاذا كان التعدي بالزيادة على القيد مصاحبا للمأذون فيه ، فلا يخير المعير بعد تلف العين المعارة بين ضمان المنفعة والعين ، الا اذا كانت الزيادة ما تعطب به العين المعارة في الغالب ، اما اذا لم تكن كذلك فليس للمعير الا ضمان المنفعة الزائدة على القيد سواء اطلقت العين او لم تلف ، قالوا : لان تلفها حينئذ من امر الله لا من اجل الزيادة على القيد ، ومن هنا تعينت اجرة مثل ما زاد فقط .

ولقد فرق الاحناف ايضا بين التعدي المصاحب للمأذون ، والتعدي المستقل الا انهم خالفوا المالكية في اسلوب التفرقة فقالوا : بأن التعدي بالزيادة على القيد ان كان مصاحبا للمأذون فيه وجب حينئذ على المستعير ان يضمن من العين المعارة بقدر الزيادة ، فاذا استعيرت السيارة لحمل طن من القمح مثلا فحمل عليها طنا ونصفا فتلفت بعد ذلك ، وجب حينئذ ضمان تلك قيمتها \* لان المستعير في مقدار الطن موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بدون اذنه ، فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك \* . هذا اذا كانت الزيادة مما لا يتلف السيارة في الغالب .

اما اذا كانت مما يتلفها ، فيجب عليه حينئذ ضمان جميعها \* لانه متلف لها بهذا الحمل ، والمالك ما اذن له في اتلافها \* .

ولعل رأى الاحناف هنا هو الراجح لوجهة ما استدلوا به على رأيهم والله اعلم .

انظر : المراجع السابقة للمالكية ، وانظر : السرخسي - المبسوط

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة (١).

وذلك نظرا الى ان العين المعارة عندهم تضمن بقيمتها يوم التلف على الاصح سواء كان التلف بتعدى المستعير او بخيره ، بخض النظر عما يستثنى من ذلك عندهم كتلف العين بالاستعمال المأذون ونحو ذلك كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى (٢).

فاذا ضمنت العين المعارة بقيمتها يوم التلف ، بقيت المنفعة الزائدة عن القيد خارجة عن الضمان ، وهى مضمونة لتقوصها ، وعدم الاذن فى استيفائها ، كما كان الامر كذلك فى الغصب ، بجامع ان استيفاء المنفعة تم بدون اذن المالك فى كل من الغصب والقدر الزائد عن القيد فى العارية (٣).

ومن هنا فالذى يظهر ان للمعير فى هذه المسألة عندهم ، حق ضمان العين واجرة مثل ما زاد عن القيد ، خلافا للمالكية القائلين بتخيير المعير بينهما . ويؤيد هذا عند الشافعية ، ما جاء فى الاتوار من قوله : " ولو استعار دابة الى موضع

---

(١) الاردبيلي - الانوار (١ : ٥٢٢ ، ٥٢٣) ، حاشية الرطلى على اسنى المطالب

(٢) (٣٣٠ : ٢) ، الشرييني - مفنى المحتاج (٢ : ٢٦٧ ، ٢٦٨) ، البيهوتى -

كشاف القناع (٤ : ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢) ، ابن قدامة - المفنى (٥ : ١٦٤) ،

١٦٥ ، ١٧٢ ، ٣٧١) ، المرادوى - الانصاف (٦ : ٥٣ ، ٥٢) .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر الصفحات من الرسالة .

(٣) المراجع السابقة .

وجاوزه دخلت في ضمانه ولزم اجرة المثل وارش النقص<sup>(١)</sup> . قلت : والذي يظهر من لزوم ارش النقص مع ضمان اجرة المثل ، ان العين لو تلفت لوجب ضمانها مع اخذ اجرة مثل ما زاد عن القيد .

ويؤيد هذا عند الحنابلة ، ان مستأجر الدابة لو حمل عليها فوق المقدار المعين في العقد او جاوز بها المسافة المعينة ، وجب عليه في الجملة ضمان اجرة مثل ما زاد ، مع ضمان قيمة العين ان تلفت ، وحكم المستعير في استيفاء المنفعة كهكم المستأجر عندهم في جميع الاحوال<sup>(٢)</sup> ، ثم ان العارية في الواقع اولى بهنذا الحكم من الاجارة ، لان الاجارة عندهم امانة لا تضمن الا عند التعدي<sup>(٣)</sup> ، ومع هذا جاز للمؤجر اخذ بدل المنافع وقيمة العين عند الضمان ، اما العارية فهي مضمونة عندهم بكل حال الا في بعض المسائل<sup>(٤)</sup> ، وعليه فهي اولى بالجمع بين ضمان المنفعة والعين ، في هذه المسألة .

ويمكن ان يناقش القول بالجمع بين ضمان المنفعة والعين ، بما سيأتي في الباب الخامس من هذه الرسالة ، من ان العين المعارة تضمن بقيمتها يوم

---

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار (١ : ٥٢٣) .

(٢) المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦ : ٥٢٤٥٣) ، ابن

قدامة - المغنى (٥ : ٣٧١) ، البهوتي - كشف القناع عن متن القناع (٤) :

١٨٤٦٤٦٩٤٧٠٤ (٧٠٤٦٩٤٤٦٤١٨) .

(٣) البهوتي - منتهى الارادات (٢ : ٣٦٧٤٣٦٨) .

(٤) انظر : ( ص ) و ( ص ) من هذه الرسالة .

التعدي، ولأنها امانة لا تضمن الا عند حدوث ذلك من المستعير، كما هو السرى  
الذى ظهر لى رجحانه .<sup>(١)</sup>

فاذا ضمنت بقيمتها يوم التعدي كانت المنفعة الزائدة على القيد داخلية  
فى ضمان العين، وعلى اعتبار ان الوقت الذى بدأ فيه بالزيادة على القيد، هو  
وقت التعدي، فاذا قدرت القيمة آنذاك، وبوخلت قيمة المنفعة الزائدة على القيد فى  
قيمة العين، فلا يجب ضمانها عند ضمان العين حينئذ .<sup>(٢)</sup>

القول الثالث : ان ضمان العين يجب على المستعير فى هذه المسألة  
الا ان اجرة مثل مازاد عن تقييد المعير لا تلزمه .

والى هذا ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم .  
وذلك نظرا الى ان المستعير قد اتى بسبب الضمان وهو المخالفة التى  
ما هو اكثر ضررا مما قيدت به العارية، فاذا تلفت العين المعارة، وجب عليه  
الضمان لوجود سببه .

وانما لم تجب عليه اجرة مثل مازاد على تقييد المعير، لان المنافع عند  
الاحناف لا تعتبر اموالا، وبالتالي فلا يمكن تقويمها، الا ضمن عقد الايجار  
او شبهته للضرورة، وذلك على خلاف القياس .<sup>(٣)</sup>

---

(١) انظر (ص) و(ص) من هذه الرسالة .

(٢) انظر (ص) من هذه الرسالة .

(٣) السرخسى - المبسوط (١١: ٧٨، ٧٩، ٤٥، ١٤٦) وعلى حيدر - درر

الحكام شرح مجلة الاحكام (٢: ٣٠٧، ٣٠٨) مادة (٨١٤)، ابن نجيم -

البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧: ٢٨١، ٢٨٢)، الموصلى - الاختيار

لتعليل المختار (٣: ٨١) .

وسياتى عند الكلام على الضمان فى عقد العارية، نذكر بعض ما يدل على ان  
المنافع اموال تضمن عند استيفائها وتفويتها، وبدون اذن مالکها، كما هو رأى جمهور  
الفقهاء (١).

القول الرابع : اذا خالف المستعير تقييد المصير الى ما هو اكثر ضررا من  
القيود فلا يخلو الامر، اما ان يعود الى الوفاق قبل تلف العين المعاراة، واما ان  
تتلف قبل عودته، فان عاد الى الوفاق، قبل تلف العين المعاراة، وكان تلفها  
حينئذ بلا تعدد منه ولا تقصير، فليس عليه فى هذه الحال ضمان، ولا للعين، ولا للمنفعة  
الزائدة عن القيد .

اما اذا تلفت العين المعاراة قبل عودة المستعير الى الوفاق، فيجب عليه  
حينئذ ضمان العين دون المنفعة .

والى هذا التفصيل ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم (٢).

وذلك نظرا الى ان العارية امانة، فلا تتقلب من ذلك الى الضمان  
الا بالتعدى من المستعير، فاذا عاد الى الوفاق، فقد ارتفع سبب الضمان وهو  
التعدى بالمخالفة الى ما هو اكثر ضررا مما قيدت به العارية، ان العقد قائم

---

(١) انظر (ص) من هذه الرسالة .

(٢) السرخسى - المبسوط (١١: ٧٨، ٧٩، ٨٥، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧) ، ابن عابد بن - حاشية

قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار (٨: ٤١٩) ، على حيدر - درر الحكام

شرح مجلة الاحكام (٢: ٣٠٧، ٣٠٨) مادة (٨١٤) .



بين المعير والمستعير لم يفسخ بالمخالفة، فيكون المستعير حينئذ اميناً فلا  
يجب عليه الضمان كما لا يجب على المودع، بالفتح، وضمن، اذا عاد الى الوفاق  
بعد التعدي (١).

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بأن يد المستعير يد نفسه، انما  
يقبض العين الممارسة لمنفعته لا لمنفعة المالك، فاذا تعدي ثم عاد الى الوفاق  
فتلفت العارية فلا تعتبر عودته الى الوفاق كرد العين المودعة الى يد مالكيها  
ليبراً من الضمان كما هو الامر بالنسبة للمودع " بالفتح " لان يد المودع كيد المالك  
ومن هنا جعلت عودته الى الوفاق كرد العين المودعة الى يد مالكيها، ولهذا برأ  
من الضمان .

" ولان المستعير مأور يحفظ العين الممارسة تبعاً للاستعمال اى المأذون  
فيه مقصوداً فالذا انقطع الاستعمال المذكور بالتعدي، لم يبق الحفظ ثابتاً، فلا  
يبرأ بالعودة الى الوفاق (٢) .

ومن هنا فالذى يظهر لي رجحانه من هذه الاقوال : ان المستعير  
اذا خالف تقييد المعير الى ما هو اكثر ضرراً من القيد، فللمعير اجرة مثل ما زاد  
على القيد ان كانت العين قائمة، اما ان كانت تالفة، فله الخيار بين ان يأخذ  
قيمة العين يوم التعدي بالمخالفة، ولا شيء له من اجرة ما زاد على القيد، والعكس.

---

( ١ ) المراجع السابقة .

( ٢ ) المراجع السابقة .

وذلك نظرا الى ان العارية، تضمن بقيمتها يوم التعدى، كما سيأتى بيانه  
فى الباب الخامس من هذه الرسالة . ويوم التعدى فى هذه المسألة هو يوم  
خالف المستعير التقييد الى ما هو اكثر ضررا ، فاذا ضمنت العين بقيمتها ذلك  
اليوم، كانت المنفعة الزائدة، انما حدثت فيما قد ضمن بالقيمة، فلا يضمنها حينئذ .<sup>(١)</sup>  
ومن هنا امتنع على المعير اخذ قيمة العين واجرة مثل ما زاد جميعا، وانما  
له اخذ ايهما اراد، وخيرته تنفى ضرره .

اما اذا لم تتلف العين المعارة او لم تتعيب بعد التعدى بالمخالفة  
الى ان ردت الى المعير، فللمعير حينئذ، مثل اجرة ما زاد عن القيد، لعدم اذنه  
فى القدر الزائد عن تقييده، وليس له غير ذلك لعدم وجود ما يوجبه، من تلف  
او نقص، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء فى ذلك . ما عدا الاحناف حيث لم يجعلوا  
للمعير الحق فى اخذ ضمان المنفعة الزائدة، كما سبق ان اشرت الى ذلك .<sup>(٢)</sup>  
والله تعالى اعلم بالصواب . .

---

(١) انظر من هذه الرسالة :

- التسولى - البهجة شرح التحفة (٢: ٢٤٥) .  
(٢) السرخسى - المبسوط (١١: ٧٨، ٧٩) ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز  
الدقائق (٥: ٢٣٤) ، الدردير - الشرح الكبير (٣: ٣٩٣، ٣٩٤) ، ابن  
عبدالبر - الكافى فى فقه اهل المدينة المالكى (٢: ٨٠٩) ، الارد بيلسى -  
الانوار لاعمال الابرار (١: ٥٢٣) ، الرافعى - فتح العزيز شرح الوجيز  
(١١: ٢٢٢) مطبوع مع تكملة المجموع، البهوتى - كشاف القناع عن متن  
الاقناع (٦: ٦٨) ، ابن قدامة - المغنى (٥: ١٦٥) .

المبحث السادس - في التصرفات التي يملكها المستعير في العين المعارة:

سبق ان العارية ، اما ان تكون ، مقيدة ، واما ان تكون مطلقة؛  
فان كانت مقيدة ، فللمستعير ان يتصرف في العين المعارة ، باستخدامها  
فيما اعيرت له ، مراعيًا في ذلك قيد المعير ، فلا يخالفه الا الى ما هو مسـاو  
للقيـد او اخف ، دون ما هو اكثر ضررا وان كانت مطلقة فللمستعير ، ان يتصرف فيها  
باستخدامها في جميع ما هي مهيئة لـعرفا ، (١)

وليس للمستعير في كلا الحالين ، ان يتصرف في العين المعارة ، بما  
ينقل ملكيتها كأن يبيعها او يهبها او نحو ذلك ، <sup>خلال</sup> بلا خوف اعلمه بين الفقهاء في  
هذا الامر ، لان المستعير انما يملك المنفعة فقط عند من يقول : بان العارية  
تمليك ، او حق الانتفاع عند من يقول : بان العارية ، اباحة ، فعلى كلا -  
القولين ، ليس للمستعير ان يتصرف في العين المعارة بما ينقل ملكيتها لعدم  
ملكه لها ، والملك شرط لصحة مثل هذه التصرفات ونحوها . (٢)

واما ثبت هذا ، فهل يجوز للمستعير ان يتصرف في العين المعارة بالايـداع

او الاجارة او الرهن او باصلاحها اذا كانت معينة .

الواقع ان للفقهاء في ذلك تفصيلاً سأحاول بيانه ، في

اربعة مطالب :

- المطلب الاول : في ايداع العين المعارة .
- المطلب الثاني : في تأجير العين المعارة .

---

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة : ص ٢٩ ، وما بعدها من صفحات

(٢) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة : ص ٦ ، وما بعدها من صفحات

المطلب الثالث : في رهن العين المارة •

المطلب الرابع : في اصلاح العين المارة •

المطلب الاول : ايداع العين المارة :

ظاهرا ما ذهب اليه فقهاء المذاهب الاربعة ، ان المعير اذا اذن للمستعير

بايداع العين المارة جازله ، ايداعها عند من يطمئن له في حفظها •

كما ان ظاهرا ما ذهبوا اليه ، ان المعير اذا نهى عن ايداع العين المارة

فلا يجوز للمستعير حينئذ ايداعها وان ادعها كان متعديا بذلك •

وذلك نظرا لما سبق من ان الحق في العين المارة ، للمعير ، فهو

(١)

مالكها ، وبالتالي يؤخذ في الاعتبار ما اذن فيه كما يحترز عن جميع ما نهى عنه

اما اذا لم ينهى المعير عن ايداعها ، ولم يأذن بذلك صراحة فلفقها

في جواز الايداع حينئذ قولان :

القول الاول :

ان للمستعير ان يودع العين المارة في الجملة ، الا اذا وجد

ما يدل على عدم رضا المعير بذلك ، والى هذا ذهب الاحناف في احد القولين

عنهم في ذلك ، ومن ذهب اليه منهم ، مشايخ المراق ، و ابوالليث وابوبكر محمد

بن الفضل ، والصدر الكبير برهان الائمة ، وقال ظهير الدين المرغيناني ، وصاحب

السراجية : ان الفتوى على هذا القول عند الاحناف • (٢)

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة •

(٢) الزيلعي - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٧ ، ابن

عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، علي

حيدر - درر الحکام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٧ / ٣٢٨ مادة ( ٨٢٤ ) •

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة ، ما عدا الحارثي ، وهو ظاهر —  
ما ذهب اليه المالكية والشافعية ايضا ، اذ قد سبق انهم يقولون : بجواز التوكيل  
في استيفاء منفعة العين الممارسة والايدياع نوع من التوكيل ، فهو في الواقع توكيل  
في حفظ العين المودعة ، فاذا جاز للمستعير ان يوكل في استيفاء المنفعة ،  
جاز له ان يوكل في حفظ العين الممارسة ، بل ربما كان جواز التوكيل بالحفظ  
اولى ، لان الوكيل في هذا الامر لا يستخدمها في غرض الموكل ، كما في الوكيل  
لاستيفاء المنفعة ، وانما يحفظها فقط . (١)

القول الثاني : لا يجوز للمستعير ان يودع العين الممارسة مطلقا ، الا اذا اذن —

المعير بذلك صراحة والى هذا ذهب الاحناف في احد القولين عنهم ، ووجهه منهم  
الكرخي والباقلاني واليه ذهب الحارثي من الحنابلة .  
وذلك نظرا الى " ان الايدياع تصرف في ملك الغير ، وهو العين ،  
بغير اذنه قصدا ، فلا يجوز بخلاف الاعارة ، لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم  
العين من ضروراته فافترقا " .

وناقش الزيلعي هذا الدليل فقال : " ان الوديعة ادنى حالا من العارية  
فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف ، فأولى ان يملك الايدياع . . . ولا يختص بشيء  
دون شيء ، لان الكل لا يختلف في حق الايدياع ، وانما يختلف في حـق  
الانتفاع " . (٢)

(١) انظر ص من هذه الرسالة في الحاشية .

(٢) الزيلعي — تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ٥ / ٨٧ / ٩٠ وانظر حاشية  
شهاب الدين احمد الشلبي ، على هذا الكتاب وهو مطبوع بهامشه ، ابن عابدين —  
حاشية قرّة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ / ٤٠٣ ، على حيدر — درر  
الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٧ / ٣٢٨ مادة ( ٨٢٤ ) البهوتسي  
كلاف القناع عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٧٢٠ .

ولعل هذا هو الراجح ، كما ذكره الزيلعي من الاحناف ولما سبق  
من ان للمستعير ان يوكل في استيفاء المنفعة وهو تصرف يشمل على استخدام  
العين الممارة وحفظها فجاز ان يوكل في حفظها فقط . (١)  
واذا ثبت ان للمستعير ان يدع العين الممارة في الجملة ، فلا اعلم  
خلافاً بين الفقهاء في ان لعين المودعة ان تلفت ، في يد المودع ، بالفتح  
فلا ضمان عليه ان لم يتعد <sup>ل</sup> او يقصر لان عقد الايداع عقد امانة ، وفي عقود  
الامانة لا يضمن الموثق ، ما لم يصدر منه تعد على ما أئتمن عليه او تقصير  
في حفظه ، وعلى هذا ، فان تلفت العين الممارة ، في يد المودع بالفتح ،  
فلا ضمان عليه ، ان لم يتعد <sup>ل</sup> او يقصر (٢) ، واذا لم يكن على المودع ، بالفتح  
ضمان حال عدم تعديه على العين الممارة او تقصيره في حفظها فهل يعتبر الضمان  
حينئذ على المستعير اذا تلفت العين عند المودع بدون تعد او تقصير منه . -  
للفقهاء في ذلك قولان .

القول الاول : لا ضمان على المستعير في هذه المسألة كالمودع بالفتح ، والى  
هذا ذهب الاحناف في اصح القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الشافعية  
والحنابلة في احد القولين عنهم في ذلك ، وظاهر ما ذهب اليه المالكية  
في عارية ، ما لا يفتاب عليه دون ما يفتاب وفياتي عند الكلام على الضمان

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) الرغيني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٨ / ٤٨٥ / ٤٨٧ مطبوع مع  
فتح القدير والمعاني وحاشية سمدي السمرقندي - تحفة الفقهاء ج / ٣ / ٢٣٩ / ٢٤٠  
ابن عبد البر - الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠١ ، ابن جزى -  
قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٥ الشيبيني - الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع  
ج / ٢ / ٢٤٩ مطبوع بهامش حاشية البيجرمي ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح  
المنهاج ج / ٦ / ١١٤ / ١١٥ ابن قدامه - المقنع ج / ٢ / ٢٧٥ / ٢٧٦ ابن عبد الوهاب  
مختصر الانصاف والشرح الكبير / ٣٩٦ .

في عقد العارية وجه تفريق الملكية بين ما يغاب وما لا يغاب . (١)

القول الثاني : ان العارية مضمونة على المستعير في هذه الحال والى هذا ذهب  
الاحناف في احد القولين عنهم وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة والشافعية  
في اصح القولين عنهم . (٢)

والسبب في خلاف الفقهاء في هذا الامر ما عدا الاحناف : خلافهم  
في العارية ، اهي مضمونة على اى حال ، ام انها امانة في يد المستعير فلا تضمن  
الا بالتعدى او التقصير .

فمن قال من الفقهاء هنا : ان العارية مضمونة على المستعير اذا تلفت  
في يد مودعه ان لم يتعدى او يقصر فلان الاصل في العارية عنده : الضمان ،  
فاذا تلفت في يد المودع بدون تعد او تقصير منه ، وجب الضمان على المستعير ،  
اذ على اليد ما اخذت حتى تؤديه ومن هنا فلا فرق في الضمان بين ان تلف المعين  
المعارة بتعد او تقصير من المستعير او ان تلف بأفة سارية . (٣)

- 
- (١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٠ / ٤٠٣ / ٤٠٤  
ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨١ / ٢٨٤ ، على حيدر  
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٧ / ٣٢٨ مادة ( ٨٢٤ ) ابن رشد  
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ ، ابن عبد البر - الكافي في فقه  
اهل المدينة المالكي ج ٢ / ٨٠٨ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧  
مطبوع بهامش بلغة السالك ، النووي - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣١ حاشية  
الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال الابراج ج ١ / ٥٢٣ ، المرادوى - الانصاف  
ج ٦ / ١١٢ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع لابن قدامة ج ٢ / ٢٢٨ .  
(٢) انظر المراجع السابقة .  
(٣) انظر المراجع السابقة .

ومن قال من الفقهاء : ان العارية هنا غير مضمونة على المستعير ولا على المودع ، بالفتح ، اذا تلفت بدون تعد منهما ، فلان الاصل في العارية عنده كونها امانة في يد المستعير فلا تضمن الا بالتعدى او التقصير في حفظها . (١)

وسياتي في باب الضمان في عقد العارية بيان ان الراجح فيما ظهر لي كون العارية امانة في يد المستعير فلا تضمن الا بالتعدى او التقصير . (٢)

اما الاحناف ، فسيب خلافهم في هذه المسألة : خلافهم في جواز الايداع من المستعير فمن قال منهم بجواز الايداع من المستعير للمعين المعارة قال لا ضمان على المستعير في هذه المسألة لان المعين المعارة في يد المستعير عندهم : امانة ، قولاً واحداً فلا تضمن الا بالتعدى او التقصير ، فاذا كان الايداع من المستعير جائزاً فليس هناك تعد يوجب الضمان .

واما من قال منهم بعدم جواز الايداع من المستعير قال : يتضمن المستعير للمعين المعارة اذا تلفت لا لأن الاصل في العارية عندهم : الضمان وانما لان المستعير قد تعدى بالايداع والعارية امانة لا تضمن الا بالتعدى ، عندهم . (٣)

وقد سبق ان الراجح فيما ظهر لي : جواز الايداع من المستعير للمعين المعارة ، الا اذا نهى المعير عن ذلك ، وعليه فلا ضمان على المستعير

---

(١) انظر المراجع السابقة

(٢) انظر ص وما بعدها من هذه الرسالة

(٣) انظر المراجع السابقة



اذا تلفت العين في يد المودع دون تعد او تقصير ولا ضمان على المودع ايضا •  
اما المستعير فلعدم تعديه بالايداع لجوازه شرعا ، والمارسة  
امانة لا تضمن الا بالتعدى كما سيأتي بيان ذلك ان شاء الله •  
واما المودع بالفتح فلأنه امين والمؤمن لا يضمن ما أوتمن عليه ، وما  
لم يتمد لا اويقصر في حفظه • (١)

### المطلب الثاني في تأجير العين المعارة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المعير اذا اذن للمستعير في تأجير  
العين المعارة كان له حينئذ ان يوجرها وذلك نظرا الى ان الحق في العين المعارة  
للمعير اذ هو مالها ، ومن هنا اعتبر ما اذن فيه وامتنع عما نهى عنه في  
الجملة • (٢)

اما اذا لم يأذن المعير بتأجير العين المعارة ولم ينهى <sup>بذنه</sup> عن ذلك ،  
فلفقهاء في جواز تأجير المستعير لها ثلاثة اقوال :

القول الاول : لا يجوز للمستعير في هذه الحال ، ان يوجر العين المعارة ، والى  
هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من الاحناف والشافعية والحنابلة في اصح  
القولين عنهم • (٣)

- 
- (١) انظر المراجع السابقة •  
(٢) ابن عابدين - قررة عيون الاخبار ، تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، على  
حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ ، محمد عيش -  
شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٤ ، الدردير الشرح الصغير  
ج / ٢ / ٢٠٧ ، الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ١١٩ / ١٢٧ ،  
الهيثمى تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ٤١٣ مطبوع بهامش حاشيتي  
الشرواني والعبادى ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج / ٣ / ١٨ / ٢١ ، حاشية =

القول الثاني : ان للمستعير في هذه المسألة ان يؤول العين المعارة الا ان عقد الاجارة هنا ينمقد جائزا لا لازما وذلك نظرا الى ان الاصل في المعارة الجواز فللمعير ان يرجع عن الاعارة متى اراد ذلك في الجملة ، فمراعاة لحق المعير في استرداد العين المعارة متى شاء ، كان عقد الاجارة هنا جائزا لا لازما ، فلا ينقطع حق المعير حينئذ بل يكون قيام حقه في استرداد العين عذرا في نقض الاجارة ، والى هذا ذهب بعض الاحناف كما ذكر ذلك شهاب الدين احمد الشلبي منهم (١) .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بما اجاب به السرخسي من الاحناف عن ذلك حيث قال : " لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير ، وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك " (٢)

---

= ابن عبد الوهاب على المقنع ج / ٢ / ٢٢٩ / ٢٣٠ المراد اوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ٣٥ / ١١٥ ابن قدامه - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ (٢) المراجع السابقة - وانظر ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ وانظر حاشية الشلبي عليه في نفس الصفحة ، داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٨ .

- 
- (١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج / ٥ / ٨٥ ، السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٣٤ .  
(٢) السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٣٤ .

ثم انه يلزم من جواز الاجارة من المستعير لزوم ما لا يلزم ، وهو العارضة ، او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة ، وذلك لا يجوز لما فيه من مخالفة لموضوع احد المعقدين اما العارضة او الاجارة (١) ومما يؤيد هذا ، ما روى عن علاء الدين السبيجاني من الاحناف حيث قال : " والصحيح انه لا تتمعد الاجارة " اي اجارة المستعير بدون اذن المعير " لان من اصول اصحابنا ، ان المنافع لا قيمة لها ، وانما تقوم بالمقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك ان يوافق باكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتضت على الشروط فلم تقوم فيما وراءه وفي العارضة لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة ، فاذا فعل ذلك وأجرها صار بمنزلة التفاضل ، والخاصب اذا فعل يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصديق " . (٢)

#### القول الثالث:

\_\_\_\_\_ اذا كانت مدة الاعارة محددة بفترة معينة من الزمن فللمستعير \_\_\_\_\_ حينئذ ان يوافق الميرن المارة خلال تلك المدة وان لم يأذن المعير بذلك ، والى هذا ذهب الحنابلة و في احد القولين عنهم ، الا انه قول مرجوح عندهم . (٣) ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك على هذا القول نظرا الى ان العارضة اذا كانت مقيدة من حيث المدة كانت لازمة الى ان تنقضى تلك المدة في احد القولين عنهم في ذلك .

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، وانظر معه حاشية شهاب الدين احمد الشلبي ج / ٨٥ / ٥ - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠

(٢) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج / ٨٥ / ٥ .

(٣) المرادوي - الانصاف ج / ٦ / ١٠٤ / ١١٥

وانا كانت العارية لازمة فلما منع من تاجيرها خلال المدة التي لزمتم اليها ولا يكون في ذلك تعد على حق المعير ، اذ ليس له استرداد العين المصاراة ، الا بعد انتهاء المدة التي عينها ، خاصة وان العارية عندهم ، في احد القولين عنهم تملك لا اباحة . (١)

ولعل هذا القول هو اقرب الاقوال الى ما ذهب اليه المالكية لان الراجح عندهم ، ان العارية المطلقة لازمة في المدة المعتادة للانتفاع بالعين المصاراة وكذلك المقيدة بمدة معينة لازمة عندهم ايضا ، الى انتهاء تلك المدة التي حددها المعير .

ثم ان العارية عندهم ايضا تملك لا اباحة ، فاذا ملك المستعير المنفعة الى مدة معينة وكانت العارية لازمة الى انتهاء تلك المدة فما الذي يمنع من تاجيرها عندهم ؟

الواقع ان ظاهر ما ذهبوا اليه يدل على جواز ذلك ، اذ لا فرق حينئذ بين العارية والاجارة في هذا الامر ، فكما يجوز للمستأجر ان يوجر المين المستأجرة عندهم يجوز للمستعير ان يوجرها ولا فرق فكلاهما مالك للمنفعة ملكا لازما الى مدة معينة . (٢)

وسياتي في الفصل الثاني من هذا الباب ما يدل على ان الراجح في عقد العارية ، الجواز في الجملة لا اللزوم ، سواء اكانت العارية مطلقة

---

(١) المرجع السابق ج ١٠١/٦/١٠٤/١١٥

(٢) الدرديسر - الشرح الصفيير ج ٢٠٨/٢/ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ١٢٦/٦/ ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية ٤٠٤ ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٣١٣/٢ ، مالك المدونة ج ١٦٥/٦ .

او مقيدة من حيث المدة • (١)

ومناء على هذا فالذي يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء  
في القول الاول من انه لا يجوز للمستعير ان يؤجر العين المارة الا باذن المير  
وذلك نظرا " الى ان الاجارة عقد لازم والمارة عقد جائز سواء كان مطلقا  
او موقتا بمدة معينة ومناء اللازم على الجائز لا يجوز " • (٢)

ثم ان في جواز الاجارة من المستعير بدون اذن المير زيادة ضرر  
على المير او لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمير ان يرجع عليه حتى  
تفرغ مدتها ، وفي ذلك بلا شك زيادة ضرر على المير اذ قد حرم بذلك  
من حقه في استرداد العين المارة متى اراد ذلك فلا يلزمه هذا الامر  
حينئذ بغير رضاه • (٣)

واذا ثبت هذا فلا يخلو الامر بعد تاجير المستعير العين المارة  
اما ان تبقى الى ان ترد الى مالكا واما ان تتلف بعمد الاجارة •  
فاذا بقيت بعد الاجارة ثم ردت الى مغيرها فلا شيء حينئذ يلزم  
المستعير ولا المستاجر اذا كان عقد الاجارة قد تم بناء على اذن المير بذلك •  
وهذا ظاهر ما ذهب اليه جماهير الفقهاء ولا أعلم خلاف

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة •

(٢) حاشية شهاب الدين احمد الثلبي على تبیین الحقائق ج ٨٥/٥١ وانظر  
تبیین الحقائق ايضا بهامش هذه الحاشية •

(٣) المرجعين السابقين •

ذلك في هذه المسألة . (١)

اما اذا لم يأذن المغير بتأجير العين المعارة ، فاجرها المستعير  
ومعد انتهاء فترة الاجارة اعادها الى معيرها ، فلفقها في ضمان المنفعة  
التي استوفاها المستاجر من المستعير قولان :

القول الاول : للمعير في هذه المسألة ان يضمن المستعير او المستاجر منفعة  
العين المعارة ، ايها شاء ، والقرار على المستأجر ، والى هذا القول  
ذهب الحنابلة . (٢)

القول الثاني : لا ضمان للمنفعة التي استوفاها المستاجر لا على المستعير ، ولا على  
المستاجر منه وعلى المستعير ان يتصدق بالاجرة والى هذا ذهب الاحناف ، وذلك  
نظرا الى " ان المستعير هنا ، اصح بمنزلة الفاصب ، والفاصل اذا اجبر  
العين المفصومة ، يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث  
وهو استعمال مال الغير بدون اذن فكان سبيله التصديق " . (٣)

- 
- (١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، علي حيدر  
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ ، محمد عيش - شرح منح  
الجيل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٤ ، الدردير الشرح الصغير ج / ٢ /  
٢٠٧ ، الرمل - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٩ / ١٢٧ ، -  
الهيثمى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ٤١٣ مطبوع بهامش حاشيتي  
الشرواني والمبادئ ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج / ٢ / ١٨ / ٢١ /  
مطبوعة على المنهاج وحاشية عميرة ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنن -  
ج / ٢ / ٢٢٩ / ٢٣٠ المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ٣٥ /  
١١٥ ، ابن قدامه - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ .  
(٢) البهوتي - كطف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٧٢ / ٧٣ ، ابن قدامه  
= = =  
المغنى ج / ٥ / ١٦٨ / ١٦٩ .

وهذا راجع الى ان الاحناف لا يرون ان المنافع اموال يمكن تقويمها  
ومن هنا فلا ضمان لها عندهم ، الا بالمقعد لاجل الحاجة الماسة التي  
ذلك . (١)

والواقع ان المنافع كما ذهب الى ذلك الجمهور اموال يمكن تقويمها  
وسياتي بيان ذلك ان شاء الله في باب الضمان في عقد العارية . (٢)  
ومن هنا فالذي يظهر لي ان منقعة العين في هذه المسألة مضمومة  
على المستعير او المستأجر ايها شاء المعير كان .  
اما المستعير " فلأنه سلط غيره على اخذ مال غيره بغير اذنه  
اشبه ما لو سلط على مال غيره دابة فالكلته .

واما المستأجر فلأن المنفعة قاتت تحت يده بدون رضا المعير  
ورضاه معتبر اذ لا يحل شيء بدون رضامالكة . (٣)  
وانما كان القرار على المستأجر ، لانه المباشر لاستيفاء المنفعة  
بدون اذن المعير . (٤)

---

= (٣) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبیین الحقائق ج / ٥ / ٨٥ -  
مطبوع بهامش تبیین الحقائق على حيدر - درر الحکام شرح مجلة الاحكام  
ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ مادة ( ٨٢٣ ) .

- 
- (١) المراجع السابقة وانظر السرخسي المبسوط ج / ١١ / ٧٨ / ٧٩  
(٢) انظر ص من هذه الرسالة  
(٣) البهوتی - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٢ / ٧٣  
(٤) المرجع السابق .

اما اذا تلفت العين بعد تاجيرها ، وكان المير قد اذن للمستعير -  
بالتاجير ، فلفقها في تضمين المستاجر حينئذ قولان :

القول الاول : ان المستاجر في هذه المسالة لا يضمن العين الا اذا تعدى عليها  
او قصر في حفظها والى هذا ذهب جماهير الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان المستاجر في هذه المسالة يضمن العين اذا تلفت مطلقا  
سواء ائلفت بتعديه وتقصيره او كان التلف بأفة سماوية وهو قول موجـوـح  
عند الحنابلة .

ولم اجد لهذا القول دليلا حتى يمكن مناقشته كما لم اجد لاحد من  
الحنابلة ذكر لهذا القول الا صاحب الانصاف ، وقد عبر عنه بقيل ، اشارة  
الى تضييفه . (٢)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جماهير الفقهاء  
وعامة اهل العلم من ان المستاجر في هذه المسالة لا يضمن ما لفق الا اذا تعدى  
او قصر في حفظ العين .

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٨٥ ، الكلايني  
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٤ ، ابن عابدين - قرة عيون  
الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، المرادوي - الانصاف في معرفة الراجح  
من الخلاف ج / ٦ / ١٠١ / ١١٥ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع ج / ٢ / ٢١٨ /  
٢٢٨ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣١ ج / ٥ / ٢٢٦ ، الرملسي -  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٩ / ١٢٧ ، الانوار الى اعمال الابرار  
ج / ١ / ٥٢٣ / ٦١٠ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج / ١ / ٥٢٢ .  
(٢) المراجع السابقة .



وذلك نظرا الى ان العين الموجرة امانة في يد مستاجرها لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة ، وعلى هذا ، فهو أمين والمؤمن لا يضمن عند الفقهاء مال يثمنه ~~أو~~ أو يقصده (١)

اما اذا تلقت العين المعارة بعد تاجير المستعير لها ، والمعير لم يأذن بالتاجير فالعين المعارة ومنفعتها مضمونتان ، في هذه الحالة ، على المستعير او المستاجر ايهما شاء المعير كان . اما تضمين المستعير فلانه قد تعدى بتسليم العين المعارة الى المستاجر بدون اذن المعير فكان كما لو سلط على مال غيره اية فاكلته .

واما تضمين المستاجر فلانه قبض مال غيره ، واستوفى منافعه ، بدون اذنه ، فصار كالمستاجر <sup>من</sup> الفاصب .

والقرار على المستاجر ان يختار المعير تضمين المستعير ، هذا اذا كان

المستاجر عالما ، بان العين ، عارية في يد الموجر لم يأذن ربها في اعارتها ، ان لم يفرر المستعير بالمستاجر هنا ، لعلمه بسبب الضمان فصار كالمستاجر من الفاصب العالم بالفصب ، اما اذا كان المستاجر يجهل ذلك ، فالقرار في ضمان المنفعة على المستاجر <sup>المستعير</sup> لانه المستوفى للمنفعة ، وفي ضمان العين ، على المستعير لتعديه بتاجير العين بدون اذن المعير من جهة وتفريره للمستاجر من جهة اخرى .

(١) المراجع السابقة .

ان الاحناف

(ب) والى هذا التفصيل ذهب الحنابلة ، كما ذهب اليه الاحناف ، الا انهم

اقتصروا في ذلك على ضمان العين فقط ، اما المنفعة فقد سبق انها غير مضمونة  
عندهم لان المنافع كما يرون ليست اموالا . (١)

وسياتي ان شاء الله ما يدل على خلاف ذلك . (٢)

هذا ولم اجد للمالكية والشافعية تفصيلا في هذه المسألة ، والله

تعالى اعلم .

### المطلب الثالث : رهن العين الممارة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في جواز رهن المستعير العين الممارة  
في دينه ، اذا اذن المعير بذلك . وذلك نظرا الى ان المستعير انما يملك  
الانتفاع بالعين الممارة من جهة المعير فجاز ما اذن فيه ، واعتبر ما نهى  
عنه في الجملة .

واما كون المستعير لا يملك العين الممارة ، فلا يعتبر مانعا من صحة  
الرهن " لان الرهن توثق ، وهو يحصل بما لا يملكه ، بدليل

---

(١) ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٨ / ١٦٩ ، البهوتي - كشاف القناع

عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٢ / ٧٣ .

الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ وانظر في نفس

الصفحة في الهامش حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ،

ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٣ / ٣٩٤

الكاسني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ / ٣٩٠١ .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

الاشهاد ، والكفالة ، وذلك بخلاف بيع ملك غيره لنفسه ، لا يصح ، لان البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثلثن " . ( ١ )

اما اذا لم ياذن المعير برهن العين المعارة ، فلا يجوز حينئذ للمستعير رهنها في دينه وذلك نظرا الى " ان الرهن ايتاء " ، وليس للمستعير ان يوفى دينه بمال غيره بغير اذنه ، ولان في الرهن ضررا على المعير ، لانه عقود لازم بعد القبض من جهة الراهن ، والمارية عقد جائز من الجانبين ، فصار كتاجير العين المعارة بدون اذن المعير " . ( ٢ )

واذا تبين هذا ، فان المستعير اذا رهن العين المعارة بدون اذن المعير فتلك في يد المرتهن كان المعير مخيرا بين ان يضمن المستعير ، او يضمن المرتهن اما المستعير فلانه صار برهنه للعين المعارة بدون اذن المعير كالفاصل لتعديه ، واما المرتهن " فلانه قبض مال الغير بلا اذنه ورضاه فهو في حكم غاصب الفاصب ، ومن هنا كان للمعير تضمينه واداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن ، المستعير بما ضمن لما سبق من كونه غاصبا ، وانما يرجع بدينه فقط " .

---

( ١ ) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ مادة ( ٨٢٣ ) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٢٤٢ ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ١١١ مطبوع بهل مشى بلفظة السالك - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٢٤٠ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٨ / ١٤٩ ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤ / ٢٣٩ ابن قدامة حـ المغني ج / ٥ / ١٦٩ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٢٢ / ٣٢٣ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع ج / ٢ / ١٠٣

( ٢ ) المراجع السابقة

وإذا اختار المعير تضمين المستعير ، تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن  
لأنه ملك العين بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وبعد الدين الذي في  
مقابلته كأنه استوفى يوم قبض الرهن ، وسقط الدين بطريق الاستيفاء ،  
ويطلق على هذا التصرف : الاستيفاء الحكيم .

والى هذا التفصيل في الضمان ذهب الأحناف (١) ولم أجد لغيرهم  
من فقهاء المذاهب كلاماً حول الضمان في هذه المسألة لا في كتاب الممارسة  
ولا في كتاب الرهن .

وإذا ثبت هذا ، فإن لرهن العين المعارة بإذن المعير ، أحكام  
كثيرة ، سنقتصر على أهمها في المسائل التالية :

المسألة الأولى : إذا أذن المعير للمستعير ، برهن العين المعارة ، فهل تعتبر  
العين المعارة للرهن حينئذ مضمونة في يد المرتهن ، أم أمانة :

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : أن العين المعارة للرهن أمانة في يد المرتهن لا تضمن إلا بالتعمد  
أو التقصير في حفظها ، وإلى هذا ذهب الحنابلة ، والشافعية ، واليه ذهب المالكية  
فيما لا يفتاب عليه ويروى هذا القول ، عن علي رضي الله عنه وعطاء والزهرى

---

(١) ابن عابدين - قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ /

٣٩٣ ، على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الأحكام ج / ٢ / ١٤١ / ٣٢٧

• مادة (٧٤١) مادة (٨٢٣) .

والاوزاعي وابو ثور وابن المنذر (١) .

القول الثاني : ان العين المعارة للرهن مضمونة في يد المرتهن سواء تلفت

بتعمديه او تقصيره في حفظها او كان التلف بأفة سماوية .

والى هذا ذهب الاحناف واليه ذهب المالكية فيما يغاب عليه

من الاعيان ، وروى هذا القول عن شريح <sup>الخصي</sup> والنحفي والحسن . (٢)

ومن ابرز ادلة هذا الفريق من العلماء ما يلي :

(١) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزالي ج ١/٣٦٣ الشيرازي -

المهذب ج ١/٣٢٣ ، النووي - روضة الطالبين ج ٤/٩٦ ، ابن

قدامة - المغني ج ٤/٢٩٧ ج ٥/١٦٩/١٧٠ البهوتي - كشاف القناع

عن متن الاقناع ج ٣/٣٤١ ، ابن عبد الوهاب = مختصر الانصاف والشرح

الكبير ٣٣٨ ، ابن عبد البر - الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج ٢/٨١٦/

٨١٧ ابن جزى - قوانين الاحكام الشيعية ٣٥٢ ، الدردير - الشرح الصغير

ج ٢/١٢١ مطبوع بهامش بلفظة السالك \* حاشية الصاوي على شرح

الصغير .

(٢) المراجع السابقة ، للمالكية وانظر داماد افندي - مجمع الانهر

شرح ملتقى الابحرج ٢/٥٨٦ ابن عابدين - قرعة عيسون الاخبار تكملة رد المحتار

ج ٨/٤٠١ الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٦/٦٤/٦٤ ،

ابن قدامة - المغني ج ٤/٢٩٧

يلاحظ ان المالكية يفرقون في هذه المسألة بين ما اذا كانت العين المعارة

للرهن مما يغاب عليه وبين ما اذا كانت مما لا يغاب عليه ، وسيأتي بيان

وجه تفريقهم هذا عند الكلام على الثمان في عقد العارية انظر -

ص من هذه الرسالة .

١ - ما روى عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الرهن بما فيه . (١)

فدل الحديث الشريف على ان الرهن اذا تلف فهو بما فيه من دين وعلى هذا فهو مضمون وان لم يتمد (٢) المرتهن عليه ، لعدم وجود ما يدل على استثناء ذلك .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بان حديث انس روى مرسلاً وسنداً والمسند ان صح فيحتمل ان المراد : بان الرهن محبوس بما فيه . (٢)

---

(١) روى هذا الحديث مسنداً ومرسلاً ، فالسند رواه الدارقطني في سننه عن حميد عن انس ثم قال : هذا لا يثبت عن حميد ومن بينه وبين شيخنا كلهم ضعفاء ، ورواه عن حماد عن قتادة عن طريق اسماعيل ابن ابي امية ثم قال : وهذا باطل عن حماد وقتادة واسماعيل هذا يضع الحديث . واما المرسل ، فرواه ، ابوداود في مراسيله ، قال ابن القطان : مرسل صحيح ، واخرجه ايضا عن طائفة مرفوعاً نحوه سواء ، واخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابي الزنا وقال : ادركت من فقهاءنا الذين ينتهي الى قولهم انهم قالوا : الرهن بما فيه اذا كان هلك ، وعيبت قيمته ، ويرفع ذلك منهم الثقة المرسلة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالوا : الرهن بما فيه باختصار من ، نصب الراية لاحاديث الهداية للزيلعي - ج / ٤ / ٣٢١ / ٣٢٢ .

(٢) ابن قدامة - المغني ج / ٤ / ٢٩٨

يد المرتبه

٢ - روى عن عطاء ان رجلا رهنا فرسا ، فنفق في يده فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم للمرتبهين : ذهب حقاك \* (١)

حيث دل قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرتبهين : ذهب حقاك ،

ان الرهن مضمون عليه ، اذ لم يكن مضمونا عليه ، لما ذهب حقه

في الدين .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان هذا الحديث ، مرسل وقول

عطاء يخالفه ، قال الدارقطني : يرويه اسماعيل ابن امية ، وكان كذابا ، وقيل

يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا .

ويحتمل انه اراد ، ذهب حقاك من الوثيقة ، بدليل انه لم يسأل

عن قدر الدين وقيمة الفرس \* (٢) .

ولهذا فالذي يظهر لي : رجحان ما ذهب اليه اصحاب القول الاول ،

من ان المعين المعارة اذا رهنت باذن المعير ، فهي امانة في يد المرتبهين

ولا تضمن الا بالتعدي او التقصير في حفظها .

وذلك نظرا لما روى عن ابي هريرة رضى الله عنه ، عن النبي

---

(١) هذا الحديث اخرج ابو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن

مصعب بن ثابت عن عطاء ، ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه في اثنا عشر  
البيوع ، حدثنا عبد الله بن المبارك به ، قال عبد الحق في احكامه :

هو مرسل وضعيف ، قال ابن القطان في كتابه ، ومصعب بن ثابت

ضعيف كثير الغلط وان كان صدوقا .

الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ٣٢١ .

(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ٢٩٧ / ٢٩٨ .

صلى الله عليه وسلم قال : \* لا يخلق الرهن <sup>(١)</sup> من صاحبه الذي رهنه ، له غنمة ، وعليه غرمه . (٢)

(١) لا يخلق الرهن ، يحتمل ان تكون لا نافية ويحتمل ان تكون نافية ، قال في القاموس : غلق الرهن كقرح استحقه المرتهن ، وذلك اذا لم يفتك في الوقت المشروط وقال الازهرى : الخلق في الرهن ضد الفك فاذا فك الراهن الرهن ، فقد اطلقه من وثاقه عند مرتتهن وفسر معمر بما اذا قال الرجل : ان لم آتك بمالك فالرهن لك ، ثم روى عنه انه قال : ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك من رب الرهن ، له غنمة وعليه غرمه وقد روى ان المرتهن في الجاهلية ، كان يملك الرهن ، اذا لم يؤد الراهن اليه ما يستحقه في الوقت المضروب ، فابطله الشارع . انظر الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٣٥٥ .

(٢) هذا الحديث رواه الشافعي والدارقطني وقال : هذا اسناد حسن متصل واخرجه الحاكم ايضا في المستدرک في البيوع عن سفیان بن عثية وقال : هذا حديث صحيح اعلى الاسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه لاختلاف فيه على اصحاب الزهري واخرجه ايضا ابن ماجة من طريق اخرى ، وصحح ابوداود والبزار والدارقطني وابن القطان ارساله عن سعيد بن السيب بدون ذكر ابي هريرة ، وقال في بلوغ المرام ان رجاله ثقات الا ان المحفوظ عند ابي داود وغيره ارساله .  
صحح وصله ابن عبد البر ، وقال هذه اللفظة يعني له غنمة وعليه غرمه ، اختلف الرواة في رفعها ووقفها فرفعها ابن ابي ذئب ومعمر وغيرهما ووقفها غيرهم . وقد روى هذا الحديث متصلا ايضا من طرق اخرى عديدة ذكرها الدارقطني ومن اجود طرقه المتصلة ما ذكرناه انظر في هذا ، الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٣٥٤ ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ٣١٩ / ٣٢٠ .



فقوله : عليه غرمه ، دليل على ان الرهن ان تلف في يد المرتهن ،  
بدون تعد او تقصير منه ، فغرمه على صاحبه المالك له ، ومعنى هذا ان لا ضمان  
على المرتهن ، ان تلف الرهن بدون تعد او تقصير .

ويؤيد هذا : " ان الرهن وثيقة بالدين ، فلا يضمن كالزيادة على  
قدر الدين ، <sup>والتفصيل</sup> والشاهد ولانه مقبوض بمقد واحد ، بمضه امانة ، فكان  
جميعه امانة كالوديعة " . (١)

واذا تبين ان المعير اذا اذن في الرهن فلا ضمان على المرتهن الا اذا  
تعدى ، فهل تعتبر العين المعارة المرهونة حينئذ مضمونة على المستعير ، اذا  
تلفت في يد المرتهن بدون تعد منه او تقصير ام انها غير مضمونة عليه  
ايضا .

الواقع : ان للفقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : لا ضمان على المستعير في هذه المسألة حتى وان تلفت العين  
المعارة تحت يده ما لم يتعد ~~او يقصر~~ ، والى هذا ، ذهب الاحناف ، واليه  
ذهب المالكية في عارية ما لا ينفاب عليه . (٢)

- 
- (١) ابن قدامه - المغنى ج / ٤ / ٢٩٧ .  
(٢) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ٧ وابن نجيم - البحر  
الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١  
الكلايني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٤ / ٣٩٠٥ ،  
حاشية العدوى على شرح الخرشي ج / ٥ / ٢٤٢ مطبوعة بهامش  
الشرح المذكور ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٣ / ١٢٤  
الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ مطبوع بهامش بلغة السالك  
ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٣١٣ / ٣١٤ .

القول الثاني : على المستعير في هذه المسألة ضمان العين المارة للرهن ، سواء كان التلف في يد المستعير ، أو في يد المرتهن بدون تعدده أو تقصير ، والسبب هنا ذهب الحنابلة ، وذلك نظرا الى ان العارية عندهم مضمونة على المستعير حتى وان تلفت بدون تعدد منه أو تقصير ، وذلك في اصح القولين عندهم ، وهذا ظاهر ما ذهب اليه المالكية في عارية ما يغاب عليه كالحلى ونحوها . (١)

وسياتي عند الكلام على الضمان في عقد العارية ، بيان ان العارية امانة لا تضمن الا بالتعدى او التقصير في حفظها بدون فرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب . (٢)

القول الثالث : على المستعير في هذه المسألة ضمان العين المارة للرهن ، اذا تلف تحتيده ، لان العارية مضمونة حتى وان تلفت بدون تعدد او تقصير كما سبق ذلك عند الحنابلة في القول الثاني اما اذا تلفت تحتيده المرتهن بدون تعدد او تقصير منه فلا ضمان لا على المرتهن ولا على المستعير حينئذ ، اما المرتهن ، فلما سبق من انه امين ، والمؤمن على الشيء لا يضمنه ، ما لم يعتمد على او يقصر في حفظه ، واما المستعير فلانه لم يسقط الحق عن ذمته بتلف الرهن . والى هذا التفصيل ذهب الشافعية . (٣)

- 
- (١) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٢٣ / ٣٢٤ ، لابن رجب القواعد في الفقه الاسلامي ٤٨ / القاعدة (٣٧) .
- (٢) انظر ص من هذه الرسالة .
- (٣) الانصاري - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٩ ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج / ٤ / ٢٤١ ، الشرييني - مفنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ج / ٢ / ١٢٥ .

ويمكن ان يجاب عن هذا ، بان العارية امانة لا تضمن الا بالتعدي  
او التقصير وسيأتي ذكر ما يدل على ذلك عند الكلام على الضمان في عقد  
العارية .

وإذا كانت العارية امانة ، فان الذي يظهر لي<sup>بحجته</sup> من الاقوال السابقة : القول  
الاول ، وبما انه لا ضمان على المستعير في هذه المسألة ، لانه لم يتعد<sup>ببرهن</sup>  
العين المعارة للذن بذلك من المعير ، وإذا لم يتعد<sup>ببرهن</sup> وهو امين فلا ضمان  
عليه لان من اوتمن على شيء لم يضمنه ما لم يتعدى عليه او يقصر في  
حفظه .

المسألة الثانية : اذا أذن المعير للمستعير في رهن العين المعارة ، فهل يعتبر  
العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً او لا .  
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً ، والى هذا القول  
ذهب كل من الاحناف والحنابلة ، وهو قال ابو ثور . ( ١ )

القول الثاني : يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً ، والى هذا ذهب  
الشافعية ، وستدلون على ذلك بان الضرر يختلف بالرهن في دين ، دون دين

---

( ١ ) السمرقندي - تحفة الفقهاء ج ٣ / ٤٨ ، على حيدر - درر الحكام  
شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ١١٦ مادة ( ٧٢٧ ) ، ابن قدامه - المغنسي  
ج ٥ / ١٦٩ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٣٢٢ /  
٣٢٣ .

فلا بد من معرفة جنسه وقدره . (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بان العلم بمقدار منفعة العيـن  
المعارة ، لا يعتبر شرطا لصحة عقد المارسة لان الجهالة لا تؤثر  
في هذا العقد ، باعتباره عقد غير لازم .

فاذا كان العلم بمقدار المنفعة ليس شرطا لصحة عقد المارسة  
فلا يعتبر العلم بمقدار الدين ولا جنسه شرطا ، الرهن العين المعارة فـي  
دين المستعير (٢) ، ثم ان المعير للرهن اذا لم يعين نوع الدين ومقداره " وكان  
تصرفه هذا بمنزلة الاذن منه للمستعير بقضاء الدين من مال هو عنده وديعة ،  
وقد اذن مطلقا فيجب العمل باطلاقه " . (٣)

ولهذا فالذي يظهر لي : رجحان القول الاول من انه لا يعتبر  
العلم بقدر الدين وجنسه ، لان العين المرهونة " عارية لجنس من النفع  
فلم تعتبر معرفة قدره ، كعارية الارض للزرع " . (٤)

---

(١) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٩ هـ  
الرملي نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤ / ٢٤٠ هـ  
الشرييني - مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج  
ج / ٢ / ١٢٥ هـ

(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ هـ

(٣) السمرقندي - تحفة الفقهاء ج / ٣ / ٤٨ هـ

(٤) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ هـ

هناك شرط

١١

وإذا تبين هذا الأمر فلا أعلم خلافاً بين الفقهاء في أن المعير للرهن ، إذا عين نوع الدين ومقداره ، فتعين ذلك ، فليس للمستعير حينئذ ، أن يرهن العين المعارة في غير ما سماه المعير ، إلا أن يكون أقل ضرراً مما سماه . (١) \* لأن التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لأن غرضه الاحتياص بما تمهر له أداءه ، وينفي النقصان أيضاً لأن غرضه ، أن يصير مستوفياً ، وللأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير ، والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعدياً ، فيضمن ، إلا إذا عين له أكثر من قيمته ، فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر ، فإنه لا يضمن لأنه خلاف إلى خير ، لأن غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك ، مع تسرُّاد <sup>أدائه</sup> ، لأنه لا يرجع ، إلا بقدر القيمة لأن الاستيفاء لم يقع إلا به ، فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه ، بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه . (٢)

وإذا اتضح هذا ، فإن المعير إذا عين مقدار الدين وجنسه ، فخالف ذلك المستعير ، فرهن العين المعارة فيما هو أكثر ضرراً مما عينه المعير ، خير المعير حينئذ ، إذا تلفت العين بين تضمين المستعير أو تضمين المرتهن ، لأن كل واحد منهما متعد في حقه ، فصار الراهن كالفاصل ، والمرتهن كفاصل الفاصل . (٣)

(١) السمرقندي - تحفة الفقهاء ج ٣ / ٤٨ / ٤٩ ، على حيدر - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ج ٢ / ١١٦ / ١١٧ / ١١٨ مادة ( ٧٢٧ و ٧٢٨ ) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ / ٣٠٥ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل - ج ٥ / ٢٤٢ / ٢٤٣ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ١١١ مطبوع بهامش بلفظة السالك ، المواق - التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٥ / ٧ / ٨ مطبوع بهامش مواهب الجليل الشربيني - مغنى المحتاج ج ٢ / ١٢٥ ، الرملی - نهية المحتاج ج ١ الى شرح المنهاج ج ٤ / ٢٤٠ / ٢٤١ ، الانصاری - اسنى المطالب =

” ثم ان ضمن المستعير ، تم العقد بينه وبين المرتهن لانه ، ملكه  
باداء الضمان ، فبين انه رهن ملك نفسه ، وان ضمن المرتهن رجوع المرتهن  
بما ضمن ، والدين على الراهن ” . (١)

والى هذا ذهب الاحناف ، واليه ذهب المالكية ايضا ، الا انهم اختلفوا  
المعير بين تضمين المستعير والمرتهن ، وانما جعلوا الضمان على المستعير  
في هذه المسألة . (٢)

والواقع ان الخلاف هنا ، لا ثمره له ، لان من يقول بتضمين المرتهن ،  
اذا اختار المعير ذلك يقول بقرار الضمان على المستعير ، فجميعهم متفقون  
على ان مال الضمان على المستعير .

هذا ، ولم اجد للشافعية والحنابلة كلاما في هذا الامر في جميع  
ما اطلعت عليه من كتبهم ، لا في كتاب العارية ولا في كتاب الرهن .

- 
- == شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٩ / ١٥٠ ، ابن قدامة المبنى ج / ٥ / ١٦٩ ،  
البهوتي - القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٢٣ .  
(٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٦ / ٨٩ .  
(٣) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٨ / ٨٩ .

- 
- (١) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٩ .  
(٢) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٨ / ٨٩ ، داماد افندي - مجمع الانهر شرح  
ملتقى الابحرج / ٢ / ٦٠٧ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع  
ج / ٨ / ٣٧١٨ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٥ / ٢٤٢ / ٢٤٣  
الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ١١١ مطبوع بهامش باغفة السالك .

الذي له  
الجميع  
الجميع

راي

المسألة الثالثة : إذا أذن المعير ، للمستعير في رهن العين المعارة ، فهل

يصير المعير ضامنا لدين المستعير أولا .

للقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : يصير المعير ضامنا للدين في رقبته ذلك الشيء المرهون

والى هذا ذهب الشافعية في احد القولين عنهم وهو الاظهر عندهم . (١)

القول الثاني : لا يصير المعير ضامنا للدين في هذه المسألة والى هذا ذهب

الشافعية في احد القولين عنهم ، واليه ذهب الحنابلة .

وذلك نظرا " الى ان المعير اعار المستعير ليقضى حاجته من العين

المعارة ، فلم يكن ضامنا كسائر العواري " . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل " بان الانتفاع هنا ، انما يحصل

باهلاك العين ، ببيعها في الدين ، فهو مناف لوضع المعارة ، فكان ضامنا للدين

في رقبته ذلك الشيء المرهون ، فلا تعلق للدين في ذمة المعير ، وانما في

رقبة العين المعارة للرهن " . (٣)

ومن هنا ، فالذي يظهر لي : رجحان ما ذهب اليه اصحاب القول الاول

من ان المعير يصير ضامنا للدين في رقبته ذلك الشيء المرهون ، لان المعير كما

---

(١) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ١٤٨/ ١٤٩ ،  
وانظر حاشية الرملى عليه الشربيني - معنى المحتاج الى معرفة معانى

الفاظ المنهاج ج ٢/ ١٢٥ ، الرملى - نهاية المحتاج ج ٤/ ٢٤٠ .

(٢) المراجع السابقة ، ابن قدامة - المعنى ج ٥/ ١٦٩ .

(٣) الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤/ ٢٤٠ .

يملك ان يلزم ذمته بدين غيره ، فينبغي ان يملك الزام ذلك عين مالـــــه ،  
لان كلا منهما محل حقه وتصرفه ، فعلم انه لا تعلق للدين بذمته ، حتى  
لومات لم يحل الدين ، ولو تلف المرهون لم يلزمه الاداء . (١)

المسألة الرابعة : اذا اذن المصير للمستعير في رهن العين المعارة ، فرهنها  
في دينه ثم قضى بعض ذلك الدين ، فهل ينفك من العين المعارة  
المرهونة بمقدار ما قضا ، ام ان العين تبقى كلها مرهونة فيما بقي من الدين .  
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : لا ينفك بعض الرهن المعار ، اذا قضى المستعير بعض الدين ،  
وانما يبقى كل رهنا فيما بقي من الدين ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء . (٢)

القول الثاني : ينفك من الرهن بمقدار ما يقضى من الدين ، والى هذا ذهب  
الحنابلة في احد الوجهين (٣) وذلك نظرا " الى ان جميع الرهن محبوس بجميع  
الدين ، فوجب ان يكون ابعاضه محبوسا بابعاضه ، اصله الكفالة " (٤)  
ويمكن ان يناقش هذا الدليل " بان الرهن محبوس بحق ، فوجب ان يكون  
محبوسا بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة ، حتى يؤدى الى  
على الميت " . (٥)

- 
- (١) الشريفي - معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ج / ٢ / ١٢٥ .  
(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٧٠ ج / ٤ / ٢٦٠ ، الزيلعي - تبیین الحقائق  
شرح كنز الدقائق ج / ٦ / ٧٨ / ٧٩ ، ابن رشد - بدائية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٢٧٥  
(٣) ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ٢٦٠ .  
(٤) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٢٧٥  
(٥) المرجع السابق ج / ٢ / ٢٧٥ .



ومن هنا قالذي يظهر لي : رجحان القول<sup>الاول</sup> " لان مجموع الرهن محبوس  
بكل الدين ، فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين ، تحصيله للمقصود ، وهو  
المبالغة في الحمل على الايفاء ، فصار كالبيع في يد البائع " (١) والله تعالى  
اعلم بالصواب .

### المطلب الرابع : اصلاح العين المعارة :

ذكر الفقهاء لاصلاح العين المعارة من العيب ، صورتان :

الصورة الاولى : اذا استعار شخص منشارا مثلا ، فانكسر أثناء النشر ، فهل يجوز

له ان يصلحه بدون اذن المعير ام لا بد من اذنه في ذلك .

الصورة الثانية : اذا استعار شخص كتابا ، فوجد في كتابته اخطاء ، فهل له ان -

يصلحه بدون اذن المعير ، وليس له ذلك الا باذنه .

ويمكن اعتبار الصورة الاولى مثلا لاصلاح العين المعارة من عيب حد شبع

انشاء عقد العارية ، ويمكن اعتبار الصورة الثانية ، مثلا لاصلاح العين المعارة من

عيب حدث قبل انشاء عقد العارية .

ولم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء كلاما عن الصورة الاولى الا في

كتب الاحناف ، فقد جاء في تكملة رد المحتار : " استعار منشارا فانكسر في

النشر نصفين ، فدفعه الى الحداد فوصله بخير اذن المعير ، ينقطع حقه ، وعلى

المستعير قيمته منكسوا ، وكذا الغاصب اذا غصبه منكسرا كذا في القنية في كتاب الغصب

- انتهى - الهنذية " . (١)

(١) ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٤١٩ .

واما الصورة الثانية : وهي اصلاح الخطأ في الكتاب ، فتكلم عنها الاحناف والشافعية ،

بإيجاز .

فاتفقوا على انه يجب على المستعير اصلاح الخطأ في حفظ القرآن الكريم ،  
بدون اذن معيره اذا كان المستعير ، متيقنا من الخطأ ، وخطه مناسب لا يشوه  
جمال خط القرآن وتناسقه ، لما في ذلك من انقاص قيمته المادية .  
وان ترك المستعير اصلاحه ، مع تمكنه من ذلك ، على وجه لا يشوب  
الكتاب ، وتيقنه من الخطأ ، فهو آثم بذلك ، لوجوب اصلاح الخطأ في  
كتابه بخط مناسب . (١)

اما اذا لم يكن خط المستعير مناسباً ، وهو متأكد من الخطأ ، فذهب  
الاحناف الى انه يكتب الصفحة في ورقة ويجعلها في وسط القرآن الكريم ، جمعاً  
بين الحسينين ، والتبيه الى الخطأ ، وعدم تشويه الكتاب .  
ولا اظن ان احداً من الفقهاء يخالف في ذلك لان ذلك من باب المعروف ،  
الذي امرت به عموماً الشريعة الاسلامية .

اما ما عدا القرآن من كتب العلم الاخرى ، فذهب الشافعية ، الى  
عدم اصلاح الخطأ فيها ، الا باذن صاحبها ، لان التصرف في ملك الغير  
بدون اذنه لا يجوز ، واصلاح الكتابة بدون اذن صاحبها تصرف في ملك الغير بدون  
اذنه .

اما الاحناف ، فاجازوا للمستعير ان يصلح الخطأ في الكتاب المستعار

---

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٨ / ٤١٥ / ٤١٩  
حاشية الرملى على اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٥ .

اذا علم رضا صاحبه بذلك ، على شرط ، ان يكون خطه مناسباً متيقناً من ان الصواب فيما يصلحه ، فان علم عدم رضاه بذلك ، فينبغي عندهم ، ان لا يصلحه لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وهو لا يجوز .

وقال ابن وهبان من الاحناف : " ولا شك ان خط المستعير ان كان مناسباً خط الكتاب ، وهو يقطع ان الصواب فيما يصلحه ، واصلحه ، لا يكسره صاحب الكتاب ذلك ان كان عاقلاً ، وينبغي للمستعير اذا لم يكن خطه مناسباً ان يكتب الاصلاح في ورقة ويضعها في الكتاب ويعلم عليه ، ليعلم به صاحبها ، فيصلحه ، لان اصلاح كتب العلم من القربات ، والا فلا يفعل ، فلو فعل ينبغي ان يضمن ، وان لم يقطع باللفظ ، راجع اعلم منه ، او نسخة اصح " اهـ " ولا يأثم بترك الاصلاح ، الا في القرآن العظيم ، لانه واجب الاصلاح بخط مكاسب<sup>(١)</sup> والله تعالى اعلم .

وانتهاء هذا المطلب تاتي الى ختام الكلام عن هذا المبحث وقد كان في التصرفات التي يملكها المستعير في العين الممارسة ، وانتهائه تكون قد انتهينا من الكلام على الفصل الاول من الباب الرابع ، فارجو ان اكون ممن وفق في بحث مسائله ودراستها ، والله المستعان .

---

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار ج / ٨ / ٤١٥ / ٤١٩  
حاشية الرملي على اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٥ .

الفصل الثاني : في تقسيم العارية من حيث الصيغة ، الى جائزة ولازمة :

المبحث الاول : في العارية الجائزة من جانب المعير والمستعير •

المبحث الثاني : في العارية اللازمة من جانب المعير

والمستعير •

المبحث الثالث : في العارية اللازمة من جانب المعير دون

المستعير او العكس •

المبحث الرابع : في خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستعير

حال لزوم عقد العارية •

المبحث الاول : العارية الجائزة من جانب المعير والمستعير ؛

ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية  
الى ان الاصل في عقد العارية ، الجواز من جهة المعير ، والمستعير فلكل منهما  
حق الرجوع عن عقد العارية متى شاء ، سواء اكانت العارية مطلقة او مؤقتة ،  
الا في حالات سنذكرها في المباحث الالية ان شاء الله .

وذهب المالكية ؛ الى ان العارية ان كانت مؤقتة بأجل ، كما اذا قال  
المعير : اعرتك هذه الدار شهرا او سنة او نحو ذلك ، او مؤقتة بعمـل  
كأن يقول المعير : اعرتك هذه السيارة لتحمل عليها غفشي بيتك ، او نحو  
ذلك ، فان العارية حينئذ لازمة عندهم الى انقضاء الاجل  
او العمل . (٢)

---

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٣ ، الزيلعي -  
تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق ج / ٥ / ٨٤ داماد افندي - مجمع الانهر  
شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٧ ، السيد البكري - اعانة الطالبين مع فتح  
المعين ج / ٣ / ١٣٣ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣٦ ، الرافعي -  
فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢٢٤ مطبوع مع تكملة المجموع ، ابن عبد الوهاب -  
مختصر الانصاف والشرح الكبير / ٣٨٩ ، البهوتي - شرح منتهى الارادات ج / ٢ /  
٣٩٣ ، ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٧٠ ، المرتضى - البحر الزخار  
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٥ / ١٢٨ .

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٦ ، الدردير -  
الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٨ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤  
ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٣١٣ .

وذلك نظرا الى ان من الزم نفسه معروفا لزمه (١) ولأن المعير قد ملكه  
المنفعة في مدة ، وصارت المين في يده ، بعقد مباح ، فلم يملك الرجوع فيها  
الا باختيار المملك ، كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ، والعمري . (٢)  
اما اذا كانت العارية مطلقة فلهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : ان العارية المطلقة جائزة غير لازمة فيما عدا اعارة الارض للفروس او  
البناء فيلزم قدر ما تعار لمثله في عرف الناس واصطلاحهم ، ومن ثم فلا يحق للمعير  
ان يرجع عن اعارة الارض ، على هذا القول عندهم ، لا قبل حصول الفرس او البناء  
ولا بعده ، بل لا بد من مضي المدة المعتادة للانتفاع بها . (٣)

القول الثاني : ان العارية المطلقة لازمة في المدة التي يرى الناس انها كافية للانتفاع  
بمثل تلك العارية ، سواء كانت العين المسعورة ، أرضا للفروس والبناء ، و او كانت  
لغير ذلك ، وسواء احصل الفرس والبناء او لم يحصل ، وذلك لان المعروف عرفا  
كالمشروط نصا . (٤)

---

(١) محمد عيش - شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ /  
٠٤٩٦

(٢) الاشراف على مسائل الخلاف ج / ٢ / ٣٩ ، ابن قدامة - المغنسي  
ج / ٥ / ١٢٠

(٣) الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٤ وانظر حاشية الدسوقي عليه ،

محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ ،

الخطاب - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ج / ٥ / ٢٧١ .

(٤) المراجع السابقة .

القول الثالث : ان العارية المطلقة جائزة من الجانبين فلامير او المستعير ، الرجوع عن المقدم متى شاء ، وان كان بالامكان تقييد العارية بالمعرف ، الا انه ليس كتقييد الشرط ، وهذا هو القول المعتمد عند المالكية ، وهو قول الامام مالك وابن القاسم واشهب . ( ١ )

وجب التنبيه على ان محل الخلاف بين المالكية في هذه المسألة انما هو فيما اذا كانت العين العمارة ، ارضا اعيرت للغرس او البناء ، ولم يحصل بعد ، او كانت لمغير ذلك ، اما اذا كانت للغرس والبناء وقد حصل من المستعير - بالفعل قبل رجوع المعير ، فالعارية لازمة في المدة المعتادة للانتفاع بها فيما اعيرت له ، وبلا خلاف بين المالكية في ذلك . ( ٢ )

ومحل لزوم المعتاد هنا ، فيما اذا لم يدفع المغير للمستعير مقابل ما انفق ( ٣ ) في الارض العمارة ، للغرس او البناء فان دفع له ذلك ، فله

( ١ ) المراجع السابقة .

( ٢ ) المراجع السابقة .

( ٣ ) روى عن الامام مالك رضي الله عنه : ان للمعير ان يخرج المستعير من الارض التي اعارها له للغرس او البناء بعد ان حصل ولو بقرب حصولهما بشرط ان يدفع للمستعير ما انفقه وكلفه على ذلك البنيان او الغرس . وروى عنه ايضا : ان للمعير اخراج المستعير في هذه المسألة ، ان دفع له قيمة ما انفق . ومن هنا اختلف فقهاء المالكية ، هل ما وقع لمالك في هذين القولين ، خلاف او ليس بخلاف فمن قال خلاف اكتفى بظاهر اللفظ ، ومن قال : وفاق ، قال يحتمل التوفيق بثلاثة اوجه الوجه الاول : ان محل اعطاء القيمة ، اذا اخراج المستعير المؤمن ، كالجير ونحوه من عنده ، واما لو اخراج ثمنه من عنده فاشترى به المؤمن ، فانه يدفع له ما انفق . والوجه الثاني : ان محل دفع القيمة اذا طال الزمان لان البناء يتغير بالانتفاع اذا طال زمنه وعلى هذا فانه ان لم يطل الزمان فانه يدفع ما انفق .

الرجوع في اى وقت شاء ، حتى ولو قبل مضى المدة المعتادة (١) .  
و ولعلمهم انما جعلوا ، اعارة الارض للبناء ، او الفرس ، لازمة في المدة المعتادة  
اذا لم يدفع الميعر للمستعير ما انفقه دفعاً لما يترتب من جراء رجوع الميعر بمعد  
البناء ، والفرس ، وقبل الانتفاع المعتاد بذلك ، من ضرر على المستعير . حيث قد  
تلك المستعير مشاق البناء ، والفرس وانفق في ذلك جهوداً ومالا لا يستهان به ،  
فاذا لم يمكن من الانتفاع المعتاد ، بما بذل من اجله ذلك الجهد والمال ، كان  
بلا شك متضرراً ، فلدفع هذا الضرر عن المستعير ، اوجبوا له الانتفاع  
بما احدثه في الارض ، المدة المعتادة للانتفاع بمثله . وهو كذا هذا ان الميعر -  
عندهم لا يملك الرجوع عن اعارة الارض ، قبل مضى المدة المعتادة الا اذا دفع  
للمستعير جميع ما انفق على الارض .

فاشترط دفع ما انفقه المستعير على الارض لصحة رجوع الميعر ، دليل  
على ان العارية ، انما لزم في المدة المعتادة ، لدفع الضرر عن المستعير ،  
اذ متى دفع للمستعير ما انفق على الارض ارتفع الضرر عنه بذلك ، فلا مانع  
من الرجوع عن العارية قبل مضى المدة المعتادة ، اذ لا يترتب على الرجوع  
ضرر بالمستعير في هذه الحال .

---

== الوجه الثالث ان محل دفع القيمة اذا اشترى المون بغير كثير ، وعلى هذا  
ان لم يكن اشترى ذلك بغير اصلا ، او بغير يسير فانه يدفع له ما انفق .  
انظر في هذا شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٢٦ / ١٢٧ -  
بشيء من التصرف .

---

(١) الدردير - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج / ٣ / ٣٩٤ شرح الزرقاني  
على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٣٣ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل  
ج / ٦ / ١٢٦ .



## المصري

ويؤيد هذا ايضا ، ان المستعير عندهم يملك الرجوع عن اعادة الارض في  
اي وقت شاء قبل ان يبنى فيها المستعير او يفرس ، وذلك لان رجوع المعين المصري قبل  
ان يبذل المستعير في الارض جهده وماله ، لا يترتب عليه ضرر - بالمستعير ،  
بخلاف ما اذا غرس او بنى .

فإذا ثبت ان العارية انما لزمت هنا ، لرفع الضرر عن المستعير ، فالذي  
يظهر لي ، ان لزوم عقد العارية في هذه الحال ، لا يعتبر خاصا باعادة الارض  
للفرس ، والبناء فقط ، بل تعتبر العارية لازمة عندهم والله اعلم ، كلما ترتب  
على الرجوع ضرر بين المستعير ، سواء اكانت العين المعارة ، ارض للفرس ونحوه ،  
او لم تكن كذلك . (١)

بيان الراجح في هذه المسألة :

والذي يبيد ولي ان الراجح في هذه المسألة ، ما ذهب اليه جمهور  
الفقهاء ، من <sup>ان</sup> الاصل في عقد العارية الجواز من الجانبين دون اللزوم سواء اكانت  
العارية مطلقة او مؤقتة ، الا في بعض حالات سيأتي ذكرها ان شاء الله .  
وذلك نظرا لما يأتي :

١ - قال عليه افضل الصلاة والتسليم : " العارية مؤداه ، والدين مقضى ،  
والمنحة مردودة والزعيم غارم " (٢)

فقوله : " العارية مؤداه " بهذا الاطلاق ، يدل على ان للمعير  
والمستعير حق الرجوع عن عقد العارية في اي وقت شاء ، ذلك .

- (١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج / ٥ / ٢٧١ .  
(٢) سبق تخريج هذا الحديث ص من هذه الرسالة .

اذ لو كانت لازمة ، لاشير الى ذلك في هذا الحديث او في غيره ، ولم يتصور اهماله ، وليس في لفظ هذا ، الحديث ولا في غيره ، ما يدل على لزومها في فترة معينة ، وانما قال : العارية موداة ، ومقتضى ذلك ، ان المعير لو طلب العارية في اى وقت شاء ، لوجب على المستعير تأديتها ، ولم يجزله تاخيرها سواء كانت العارية مطلقة او موقتة ، وليس للجواز معنى غير هذا .

٢ - ان المستعير ، انما يملك ما استهلكه من المنافع ، دون ما لم يستهلكه ومنافع العارية ، المستقبلية ، التي لم يستهلكها المستعير بعد لم تحصل في يده ، فلا يملكها بالاعارة ، بل تعتبر باقية على ملك المعير ، كما لو لم تحصل العين في يده .

وانذا كانت المنافع المستقبلية على ملك المعير ، فله ان يسترد العين المعارة في اى وقت اراد ، ولا يكون في ذلك حرج ، هوئيد هذا ، ان تملك منافع العين ، تملك لما هو معدوم في وقت التملك ، فلا يتصل بتملكها القبض ، فيصح الرجوع عنها ، كما يصح الرجوع عن الهبة ، قبل القبض . (١)

٣ - ان العارية مبرة من المعير ، وارتفاق من المستعير ، فاللزام غير لائق بها ثم ان في منع المعير من استرداد العين المعارة متى اراد ، ايجاد ، ما يشجع على امتناع اكثر الناس عن الاعارة ، وما متناعهم عن ذلك ، يندثر لون من اللوان

---

(١) الزيلى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤ ، على حيدر -  
فهرر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٢٩٨ مادة (٨٠٦) حاشية الكثرى على الانوار  
ج / ١ / ٥٢٤ ، مطبوعة مع الانوار وحاشية الحاج ابراهيم ، حاشية عميرة على منهاج  
الطالبين ج / ٣ / ٢١ / ٢٢ مطبوعة مع منهاج الطالبين وحاشية القليوبي ، ابن قدامة  
سنة المغنى ج / ٥ / ١٧٠ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٥ حاشية  
ابن عبد الوهاب على المقنع ج / ٢ / ٢٢٥ .

التكافل الاجتماعي الذي حرص الاسلام على دعوة الناس اليه وتشجيعهم  
وحثهم عليه . (١)

وأما قول المالكية بان من الزم نفسه معروفاً ، لزمه ، فقول ، قد لا يسلم  
به على اطلاقه ، لما تقرر عند جماهير الفقهاء ، من ان الموهوب له لا يملك الميعن  
الموهوبة ، الا بالقبض ، لا بمجرد الزام الواهب ، لنفسه بذلك .  
ولا فرق في الهبة بين ان تكون هبة للميعن او هبة للمنفعة كما في  
المارية . (٢)

فاذا كان القبض شرطاً لملك الهبة بنوعها ، والموهوب في عقد المارية  
منفعة لا عين ، والمنافع انما تحدث شيئاً فشيئاً ، فما حدث منها ملكه المستعير  
بقبضه ، وما لم يحدث فهو باق على ملك الميعر لعدم تحقق القبض الذي هو  
هو شرط لصحة ملك المنفعة ، فان رجوع الميعر عن اعارة ما لم يحدث يمسد  
من المنافع ، جائز لتخلف شرط صحة الملك فيه ، وهو القبض ، ومن هنا

---

(١) الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢٢٥ ،

الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٩ حاشية الجمل  
على شرح المنهاج ج / ٣ / ٤٦١ .

(٢) المورغيني - الهداية شرح بداية المبتدي ج / ٩ / ٧ / ١٩ / ٢٠ / ٢١ مطبوع ،

مع العناية وشرح فتح القدير النووي - منهاج الطالبين ج / ٣ / ٢١ / ٢٢ / ١١٢ / ١١٣  
وانظر حاشيتي القليوبي وعميرة على هذا الكتاب .

حاشية الكشري على الانوار ج / ١ / ٩٤ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع

ج / ٤ / ٦٥ شرح منتهى الارادات ج / ٢ / ٣٩٣ ، ابن قدامة - المغني ج / ٢ /

٦٥ / ٤٤ / ٤٢ / ٤١

فلا يكون عقد العارية لازما بحال ، بخلاف هبة العين بعض القبض . ( ١ )

( ١ ) المراجع السابقة .

اختلف الفقهاء في القبض هل يعتبر شرطا لثبوت الملك في الهبة او لا ، ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : ان القبض شرط ، لثبوت ملك الهبة ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء " انظر المراجع السابقة ) .

القول الثاني ان الهبة نصح وتلزم قبل القبض وثبت الملك ، تشبيها لها بالبيع والى هذا ذهب المالكية وهو احد الوجهين عند الحنابلة فيما لا يكال ولا يوزن ، انظر ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٣٥٩ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٦ / ٤١ / ٤٤ .

والذى يظهر لي ، ان الراجح من القولين ، ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، لما يأتي :  
١ - قال عليه افضل الصلاة والتسليم : لا تجوز الهبة الا مقبوضة " والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ، انظر - المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٩ / ٢٠ / ٢١ .

٢ - اجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ان القبض شرط لثبوت ملك الهبة كما نقل ذلك ابن قدامة عنهم ، انظر المغنى ج / ٦ / ٤١ .

٣ - روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ، ان ابا بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما مرض قال : يا بنية ، ما اجد احب الي ، غني بعدى منك ، ولا احد اعز علي فقرا منك ، وكنت نحلكت جذاذ عشرين وسقا لووددت انك حزتيه او قبضتيه وهو اليوم مال الوارث ، اخواك ، واختاك ، فاقسموا على كتاب الله عز وجل .

واما قولهم : بان المعير قد ملك المستعير المنفعة في مدة وصارت  
العين في يده بحقد مباح فلم يملك الرجوع فيها ، الا باختيار الملك ، كالعبد  
الموصى بخدمته ، والمستاجر والعمرى . ابن  
فيمكن ان يجاب عن ذلك بما اجاب به قدامة من الحنابلة بان للموصى  
بخدمة العبد حق الرجوع ، عن ذلك ، وانما لم يملك الورثة الرجوع لان التبصر  
من غيرهم ، واما المستاجر فانه مملوك بحقد معاوضة ، فيلزم بخلاف هذه المسألة  
واما العمرى فتنتقل ملكية العين الى المعمر كما هو رأى جماهير الفقهاء (١) ،  
والتالي فيعتبر قبضها بقبض عينها ، واما عقد العارية فلا ينقل ملكية العين ، بل

---

== وروى ابن عينية عن الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد  
القارى ، ان عمر بن الخطاب قال : ما بال اقوام ، ينحلون  
اولادهم ، فاذا مات احدهم قال مالى وفي يدي ، واذا -  
مات هو قال : كنت نحلته لولدى ؟ ، لانحلة الانحلة  
يجوزوها الولد دون الوالد ، فان مات ورثه " انظر  
ابن قدامة - المغنى ج ٤١/٦ .

٤ - ان هبة العين او المنفعة عقد تبرع " وفي اثبات الملك قبيل  
القبض ، الزام ، المتبرع ، شيئا لم يتبرع به ، وهو التسليم ، فلا يصح  
بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ، ولا الزام على المتبرع  
لعدم أهلية اللزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها " .  
انظر - المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٢١/٩ .  
وهذا يستتبع ان قياس الهبة على البيع في ثبوت الملك ، قبل القبض  
قياس لا ينهض مع ما اوردناه من ادلة ، توجب الفرق بينهما ، والله  
تعالى اعلم .

ملكية المنفعة ، فلا يعتبر قبض العين الممارسة ، قبضا لمنافعها المستقبلية ،  
وعلى هذا ، فالمنافع التي لم تحدث ، باقية على ملك المميز ، لتخلف شرط  
ثبوت الملك ، وهو القبض ، كما اشرت الى ذلك قريبا .

ومن هنا فلا يعتبر القياس على الصرى ، دليلا كافيا ، على لزوم  
عقد الحاربه ، سواء اقتتبا أجل او عمل ، او لم توقع . (١)  
والله تعالى اعلم بالصواب .

---

(١) ابن قدامة - المغنسي ج / ١٧٠ / ٥ ج / ٦٨ / ٦ ، ابن عابدين -  
حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٤٣٠ / ٨ ، الرملس - نهاية  
المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤٠٧ / ٥ .

## البحث الثاني : العارية اللازمة من جانب المعير والمستعير :

علمنا ان الاصل في العارية الجواز دون اللزوم ، فللمعير ان يرجع عن العارية في اى وقت شاء ، كما ان للمستعير ان يرد العين المعارة متى اراد ذلك ، سواء اكانت العارية مطلقة او موقتة ، على الرأى الذى ظهر لى رجحانه (١) الا ان العارية قد يعرض لها ما يجعلها لازمة من الجانبين ، اى من جانب المعير وجانب المستعير كما يعرض لها ، ما يجعلها لازمة من جانب دون جانب .

وفي هذا ، والبحث سابقين ، بمشيئة الله ، الحال التى تعتبر فيها العارية لازمة من جانب المعير والمستعير وهى تعتبر كذلك ، متى ما ترتب على الرجوع عن الاعارة ، او الرد ، ارتكاب فعل محرم شرعا ، كما اذا اعار شخص ارضا لآخر ، وليدفن فيها ميتا محترما ، فدفنه فيها بالفعل ، حيث تلزم العارية في الموضع ، الذى دفن فيه الميت حتى يندرس الجثمان ، وينتهى اثره ، فلا يحق للمعير الرجوع ، ولا للمستعير الرد ، قبل ذلك ، لعدم جواز التصرف فى الموضع الذى دفن فيه الميت محافظة على حرمة المنهى عن انتهاكها شرعا .

اما اذا ، انتهى اثر الجثمان ، وتحلل في التراب ، ولم يبق له اثر يذكر ، فلا يعتبر التصرف في ذلك الموضع ، الذى دفن فيه ، هتكا لحرمة الميت ، اذ لا وجود للجثمان حينئذ ، حتى يعتبر التصرف في ذلك الموضع ، اساءة لحرمة ، وبالتالي ، فلا مانع من الرجوع عن الاعارة .

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية . (١)  
اما الاحناف والمالكية فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم ، افتراض  
مثل هذه المسألة . الا انني لاحظت ، ان الاحناف متفقون مع الشافعية والحنابلة ،  
على عدم جواز التصرف في الموضع الذي دفن فيه الميت ، بما يؤثر عليه حتى يتلاشى  
اثر المدفون فيه ، ويتحلل في التراب ، اما قبل ذلك ، فلا ، الا للضرورة .  
والذى يفهم من كلام الاحناف في كتاب الجنائز ان كون الارض مملوكة  
للخير ، لا يعتبر ضرورة توجب نقل الميت منها ، قبل اندثاره ، الا اذا كانت  
الارض مخصصة ، وطالب المالك باخراجه منها ، اما اذا اذن المالك بدفنه ، وقد  
دفن فيها بالفعل ، فلا يجاب الى طلبه بعد ذلك ، باخراجه منها كما يحرم  
عليه ان يتصرف فيها بما يؤثر على جثمان الميت ، قبل تلاشيهِ حفاظا على  
حرمته من ان يساء اليها (٢) وقال ابن نجيم من الاحناف : " قوله ، ولا  
يخرج من القبر الا ان تكون الارض مخصصة ، اى بعد ما اهيل التراب عليه لا  
يجوز اخراجه لغير ضرورة ، للنهي الوارد عن نبشه ، وصحوا  
بحرمته " (٣) .

---

(١) الشرييني - الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ٣ / ١٣٤ مطبوع  
بهامش حاشية البيجرمي عليه ،

النسوى - منهاج الطالبين ومعه حاشية القليوبي وعميرة ج / ٣ / ٢٢ ،  
الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢٢٤ / ٢٢٥ مطبوع مع  
تكلمة المجموع ،

البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٥ ، ابن قدامة المغنى ج / ٥ / ١٧١  
المقنع ج / ٢ / ٢٢٦ ،

المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٥ / ١٢٨



قلت : والذي يفهم من قوله ، ولا يخرج من القبر الا اذا كانت الارض مخصصة ، ان الارض اذا لم تكن مخصصة ، بان كانت مباحة ، او مملوكة وقد اذن في ذلك المالك ، فلا يجوز اخراجه ، او التصرف في الموضع الذي دفن فيه ، بما يسيء اليه ، وحتى ينتهي اثره .

مناء على هذا ، فالذي يظهر لي ، والله اعلم ، ان الاحناف في هذه المسألة لا يمانعون في لزوم المارية من الجهتين ، اي من جهة المير والمستعير ، وذلك الى ان يندثر اثر الميت في تراب الارض ، كما هو رأى الشافعية ، والحنابلة ، والشيعة الزيدية .

اما المالكية ، فهم ، وان اتفقوا مع بقية الفقهاء في عدم جواز التصرف في الموضع الذي دفن فيه الميت بما يورث عليه حتى يندثر اثره في التراب ، الا ان الذي يفهم من كلامهم في كتاب الجنائز ، انهم لا يرون لمالك الارض ، بعد ان اذن بدفن الميت في ارضه ان يتصرف فيها كيفما شاء ، بعد اندثار اثر المدفون فيها ، وانما هو مقيد باحد امرين ، اما ان يدفن فيها ميتا اخر ، او ان يتخذها توسعة لمسجد ، اما ما عدا ذلك فلا . (١)

والذي يظهر لي من قولهم هذا ، ان اذن المالك ، بدفن الميت في ارضه ، يعتبر من قبيل الوقف المؤبد ، وان كان الاذن بصيغة الاعارة ، اذ

---

(٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢١٠ شرح الهروي على كنز الدقائق ج ١ / ٩٦ ، الحصكفي - الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين ج ١ / ٦٠٢ .

(٣) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢١٠ .

---

(١) الدردير - الشرح الصغير ومعه بلغة السالك ج ١ / ٢٠٥ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ١١٣ .

العبرة للمعنى ، لا للفظ ، وذلك لانهم جعلوا ، الارض بـدفن الميت فيها ، بعد الاذن بذلك ، من المالك ، حبسا عليه ، الى ان يندثر ، ثم اذا اندثر لا تعود الى المالك ، ليصترف فيها كيفما شاء ، وانما لتجنب على ميت آخر او ان تتخذ توسعة لمسجد وليس للوقف معنى غير هذا .  
ومن هنا ، فلا يصلح هذا ، المثال ، للزوم المارسة من جهة المصير والمستعير عند الملكية وربما انهم لا يرون لزومها من الجهتين ولهذا اغفلوا الاشارة الى ذلك .

والذي يبدولي ، ان تصرف المالك في ارضه بما يشاء ، بمجرد انتهاء اثر المدفون فيها ، هو الصواب ، كما ذهب الى ذلك جماهير الفقهاء .

لان المنع من استخدام الارض ، حال وجود الجثة فيها ، انما كان للمحافظة على حرمة الميت من ان يساء اليها ، اما وقد تحلل في التراب ، واندثر ، فلا يعتبر التصرف في موضعه هتكا <sup>لحرمة</sup> له ، ان لا وجود له حينئذ ، وحتى يعتبر ذلك اهانة له ، فبقا ، الموضع الذي دفن فيه الميت وفقا على احد الامرين السابقين بعد انتهاء اثر المدفون ، امر لم يظهر لي مثزاه ، والله اعلم بالصواب .

المبحث الثالث : العارية اللازمة من جانب المصير دون المستعير والمكوة

المطلب الاول : العارية اللازمة من جانب المصير دون المستعير :

كما تكون العارية جائزة من جانب المصير والمستعير ، او لازمة من الجانبين ،  
فكذلك قد تكون لازمة من جانب المصير دون المستعير ، وهي تكون كذلك متى  
ما ترتب على استرداد العين المعارة ضرر بالمستعير حيث تبقى في يد المستعير ،  
الى ان يؤمن من وقوع الضرر عليه .

ولما كان لزوم العارية هنا مراعاة لحق من حقوق المستعير ، فهي غير  
لازمة من جهته ، ان لكل صاحب حق ان يتنازل عن حقه لمشا في الجملة .  
ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

ومن الصور التي يضر فيها استرداد العين المعارة ، بالمستعير ، ما اذا  
اعار شخص ارضا للزراعة ، فزرعها المستعير فلا يجوز للمصير حينئذ ، ان يرجع  
عن العارية ، ويسترد العين المعارة ، قبل ان يبلغ الزرع حصاده في المادة  
حتى وان اُقت لذلك مدة ، فانتهمت قبل بلوغ الزرع الحصاد ، ولم يكن المستعير  
هو المتسبب في التأخير ، وذلك دفعا للضرر عن المستعير ، ان لومكن المصير  
من استرداد ارضه ، بعد ان بذل فيها المستعير جهده وماله ، وقبل ان يجنى

---

(١) السرخسى - البسوط ج / ١١ / ١٤٢ ، الزيلعي - تبين الحقائق  
وشرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٨ ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج / ٢ / ٢٠٤  
السيد البكري - فتح العين مع اعانة الطالبين ج / ٣ / ٤٣٤ ، حاشية الجمل على  
شرح المنهج ج / ٣ / ٤٦١ / ٤٦٣ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح  
روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٤ ، ابن رشد - بداية المجتهد ونهية المقتصد  
ج / ٢ / ٣١٣ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، الدردير - الشرح  
الصغير ج / ٢ / ٢٠٨ ، ابن قدامة - المفنى ج / ٥ / ١٧٠ ، البهوتي - كشاف  
القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٥ / ٦٦ .

ثمرة هذا الجهد وفوائده ، كان المستعير بلا شك متضررا ، فلدفع هذا الضرر  
الواضح عن المستعير ، منع المصير من استرداد العين المعارة ، اذ لا ضرر  
ولا ضرار كما هو القاهدة عند الفقهاء ، والمصير وان كان متضررا ، من حيث  
تاخير حقه ، بعد ان طلبه ، الا انه لما كان استرداد العين هنا يترتب  
عليه ابطال ملك المستعير ، كان الضرر الواقع عليه اجسام من الضرر  
الواقع على المصير ، واذ لم يكن بد من الاضرار باحدهما ، ترجح اهـون  
الضررين . ( ١ )

ومن هنا يتضح ان العارية في هذه الحال ، لازمة من جهة المصير فقط ،  
فليس له ان يسترد العين المعارة قبل ان يبلغ الزرع حصاده ، مراعاة لحق المستعير  
ودفعا للضرر عنه .

اما من جهة المستعير ، فهي غير لازمة ، فله ان يرد العين المعارة التمس  
هي الارض في هذه الصورة الى صاحبها ، قبل بلوغ وقت الحصاد ، اذ لكل صاحب  
حق ان يتنازل عن حقه لغيره .

وهذا يتبين ان العارية انما لزم من جهة المصير ، ولدفع الضرر  
عن المستعير ، وبناء عليه ، فان الضرر كلما انتفى ، انتفى بالتالي اللزوم ، وكان للمصير  
حق الرجوع في اى وقت شاء ، فلورجع المصير قبل زراعة الارض مثلا ، ولجاز  
ذلك ، ولوجب على المستعير ردها اليه ، لعدم تحقق الضرر .

## المطلب الثاني : العارية اللازمة من جانب المستعير دون المصير :

سيق ان بينا ان العارية ، اما ان تكون جائزة من الطرفين وهذا هو  
الاصل فيها واما ان تكون لازمة من الطرفين واما ان تكون لازمة من جهة -  
المصير دون المستعير .

وهنا سحاول بيان ان العارية ، قد تكون لازمة من جهة المستعير دون  
المصير ، والعارية تلزم من هذه الجهة ، عندما يترتب على رد العارية ، ترك واجب  
شرعي ، يجب على المستعير الوفاء به دون المصير . وذلك كأن يستعير رجلا  
دارا ، لسكنى زوجته المطلقة طلاقا رجعيا ايام العدة ، حيث يجب عليه  
عدم رد الدار ، والدار المصاراة ، لذلك ، قبل انتهاء امد العدة ، ما لم يرجع  
المصير عن الاعارة ، وذلك لان المصير له ، باسكان معتدته ، وعدم نقلها  
من الدار التي بدأت العدة فيها ، الا للضرورة التي توجب النقل ، كرجوع  
المصير ، او الخوف من سقوط الدار ونحو ذلك .

فاذا رد المستعير الدار المستصاراة لهذا الغرض ، دون ان يضطره الى الرد  
امرا ، فقد تخلى بذلك عما ألزم به شرعا ، من اسكان معتدته وعدم اخراجها  
من الدار التي بدأت العدة فيها وذلك امر لا يجوز شرعا ، كما لا يجوز ان يخرج  
معتدته من دار نفسه قبل انقضاء عدتها .

ومن هنا كانت عارية الدار في هذه الحال ، لازمة من جهة المستعير دون  
المصير ، لانه الملزم باسكان معتدته ، وعدم اخراجها من الدار قبل مضي مدة العدة ،  
دون المصير ، والى هذا التفصيل ذهب فقهاء الشافعية . (١)

---

(١) السيد البكري - فتح المعين ومعه اعانة الطالبين ج / ٣ / ١٣٤ ، الرملي - نهاية  
المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٣٤ / ١٣٥ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح  
المنهاج ومعه حاشيتي الشرواني والبيضاوي ج / ٥ / ٤٢٩ .

اما جمهور الفقهاء ، من الاحناف ، والمالكية والحنابلة ، فلم اجد في جميع ما اطلعت عليه من كتبهم ، كلاما <sup>على</sup> مثل هذه المسألة .

ولكن يبدو والله اعلم ، انهم لا يخالفون الشافعية في ذلك ، وتبين هذا ، عندما نعلم انهم يتفقون مع الشافعية في ان الرجل ملزم شرعا ، باسكان زوجته المطلقة طلاقا رجعيا ، ايام العدة ، كما لا يجوز له ، ان ينقلها من السدار التي بدأت فيها العدة الا للضرورة . (١)

فانما كان جمهور الفقهاء ، متفقين مع الشافعية في ذلك ، فالذي يظهر لي والله اعلم ، انهم يتفقون معهم ايضا في لزوم العارية من جهة المستعير في هذه المسألة .

لان الزوج اذا كان مكلفا شرعا ، باسكان زوجته وعدم اخراجها من مسكنها ايام العدة ، فانه متى ما استعمار الدار لسكنائها ايام عدتها ، وسكنت فيها بالفعل ، فالذي يبدو ، ان ليس للمستعير عندهم ، ان يورد الدار لصاحبها ، قبل مضي مدة العدة ، لانه ممنوع شرعا من اخراجها ، قبل مضيها ، والرد امر يترتب عليه ، الاخراج فكما لا يجوز له ان يخرجها من دار نفسه قبل انتهاء امد العدة ، فكذلك لا يجوز له ان يخرجها من الدار المصاراة او يتسبب في ذلك ، قبل مضي عدتها ، والله تعالى اعلم

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٣ / ٣٦ ، الكاساني - بدايع المنافع في ترتيب الشرائع ج / ٤ / ٢٠٣٨ .  
ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٢٦٤ .  
البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٥ / ٤٣٤ .

المبحث الرابع : خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستعير حال لزوم عقد المارية :

سبق ان الرأي ، الراجح ، جواز عقد المارية دون لزمه ، سواء ، كانت المارية مطلقة او مؤقتة ، الا انه قد يعرض لهذا ، العقد ، ما يجعله لازما من الجانبين او من احدهما دون الاخر .

فانما ، عرض لعقد المارية ما يجعله لازما ، فهل تبقى العين المعارة في يد المستعير بدون عوض ، متى ما رجوع المستعير عن المارية ، قبل نهايتها فترة اللزوم ، ام يحتسب للمعير اجرة مثلها من حين رجوعه جمعا بيــــن الحقين .

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في هذا الامر ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : اذا عرض للمارية ما يجعلها لازمة الى مدة معينة ، وقد رجوع المعير عن الاعارة قبل نهاية تلك المدة ، فان العين المعارة تبقى في يد المستعير باجرة مثلها ، من حين رجوع المعير ، الى نهاية الوقت الذي لزمته اليه ، والى هذا ذهب الاحناف واليه ذهب الحنابلة في احد الوجهين عندهم . (١)

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٨ ،  
داياد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٤٧ ،  
ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨٠ / ٢٨١ / ٢٨٣ ،  
ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٧٢ ،  
المرداوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١٠٦ ،  
ابن قدامة - المقنع ج / ٢ / ٢٢٧ ومعه حاشية ابن عبد الوهاب .

القول الثاني : ان العين الممارسة تبقى في يد المستعير بدون عوض ما ، والى هذا ذهب الحنابلة <sup>في</sup> في احد الوجهين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، وذلك نظرا الى ان حكم المارية ، باق بعد الرجوع من المير ، لكونها صارت لازمة ، للضرر اللاحق بفسخها ، والاعارة تقتضى الانتفاع بغير عوض ، ولان الصرف غير قاض بالاجرة . (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل ، بان الاصل في المارية الجواز كما هو رأى جمهور الفقهاء ، ففي انتقالها من الجواز الى اللزوم ، وان قصرت مدة اللزوم ، وفي بقائها على الجواز ، ضرر بالمستعير ، فمراعاة للحقيقة حق المير وحق المستعير ، تبقى العين الممارسة ، في يد المستعير باجرة مثلها ، الى حين زوال الضرر عنه . وهذا ينتفي الضرر عن كل واحد منهما .

### الممارسة

القول الثالث : ان العين الممارسة تبقى في يد المستعير ، باجرة مثلها ، الا في اعارة الارض لدفن ميت او اعارة الثوب للتكفين لعدم جريان الصرف بالاجرة في ذلك ، والا في اعارة الثوب لصلاة الفرض او السيف للقتال ، حيث يمتنع الرجوع بعد الاحرام بالصلاة والتقاء الجمين ، ولا اجرة لقلة زمن ذلك عادة ، والى هذا ذهب الشافعية . (٢)

(١) المراجع السابقة للحنابلة ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٨ مطبوع بهامش بلفظة السالك ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٤٤ .

(٢) حاشية الشرايمسى على نهاية المحتاج ج / ٥ / ١٣٣ .



ومن هنا فالذي يظهر لي رجحانه ، هو القول الاول ، القائل

بان المصير اذا رجع عن العارية اللازمة قبل نهاية وقت اللزوم ، تبقى العين المارة في يد المستعير باجرة مثلها من حين الرجوع الى نهاية الوقت الذي لزمته اليه ، وذلك نظرا ، الى ان الاصل في العارية الجواز دون اللزوم ، فللمصير ان يرجع عن الاعارة متى احب ذلك ، وانما منع المصير من استرداد العين المارة بمجرد رجوعه قبل نهاية الوقت الذي لزمته اليه ، لما في ذلك من اضرار للحق الذي لزمته العارية من اجله .

ولما كان في منع المصير من استرداد العين المارة بمجرد رجوعه ، منع له من مزاولة حق من حقوقه وردّها للمصير ، اضراراً للحق الذي لزمته من اجله ، وجبت الاجرة حينئذ جمعا بين الحقين ، حق المصير في استرداد العين المارة ، وحق المستعير في دفع الضرر عنه ، اذ لا ضرر ولا ضرار . والله تعالى اعلم بالصواب .

وهذا البحث نأتي الى ختامه ، الباب الرابع ، وقد كان في تقسيم العارية من حيث الصيغة ، فأرجو ان اكون ممن وفق في بحثه ودراسته ، والله المستعان .

## الباب الخامس : الضمان في عقد المعاينة

### الفصل الاول : في تعريف الضمان ودليل مشروعيته وأركانه :

- المبحث الاول : في تعريف الضمان لغة واصطلاحاً .
- المبحث الثاني : في مشروعية الضمان وأركانه .

### الفصل الثاني : في ضمان رد العين المعمارة :

- المبحث الاول : مشروعية ضمان الرد ، وموجبه
- المبحث الثاني : الرد المبرأ من الضمان .
- المبحث الثالث : اجرة رد العين المعمارة

### الفصل الثالث : في ضمان المين الممارتعهد تلفها :

- المبحث الاول : الاصل في المعاينة من حيث الضمان وهدمه
- المبحث الثاني : ما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه
- المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد المعاينة او نفيه
- المبحث الرابع : الواجب في ضمان المعاينة

### الفصل الرابع : في ضمان الزوائد والمنفعة :

- المبحث الاول : في ضمان زوائد العين المعمارة .
- المبحث الثاني : في ضمان منفعة العين المعمارة .

الفصل الاول : في تعريف الضمان ودلائل مشروعيته واركانه

المبحث الاول : في تعريف الضمان لثمة واصطلاحا

للضمان في اللغة العربية معان من أبرزها ، ان يطلق ويراد به الضمانة  
او يطلق ويراد به الكفالة والالتزام (١) .

ولقد استعمل الفقهاء هذين المعنيين في كتبهم كما هما في اللغة العربية .

(١) الرازي - مختار الصحاح ، ج / / مادة ضمن ) - الفيروزبازي -  
القاموس المحيط ج / ٢٤٣ / ٤ مادة " ضمن " ابن منظور - لسان العرب  
ج مادة " ضمن " .

جاء الضمان بمعنى الكفالة في قوله عليه الصلاة والسلام " من يضمن لي ما بين احييه  
وما بين رجليه اضمن له الجنة " . رواه البخاري والترمذي . انظر النبهاني في  
الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ج / ٢٤٧ / ٣ - الجراحي - كشف  
الخفا ومزيل الالباس ج / ٣٥٧ / ٢ - ابن الديبع - تمييز الطبيب من الخبيث  
١٦٤ وما بعدها : سليمان محمد - ضمان المثلقات ج / ٣ / ١ .

جاء الضمان بمعنى الضمانة في قوله عليه الصلاة والسلام " الخراج بالضمان " .  
رواه احمد واصحابه السنن الاربعه والمراد بالخراج في هذا الحديث  
غلة العهد يشتره الرجل فيستعمله زمانا ثم يحتر فيه على عيب دلسه البائع  
فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بخلفه كلها لانه كان في ضمانه ولو هلك هلك  
من ماله . انظر سليمان محمد - ضمان المثلقات ج / ٣ / ١ - النبهاني - الفتح  
الكبير ج / ١٠٥ / ٢ . الجراحي كشف الخفا ومزيل الالباس ج / ٤٥١ / ١ .  
سنن ابن ماجه ج / ٧٥٤ / ٢ حديث رقم ٢٢٤٣ . ابن نجيم - الاشباه  
والنظائر / ١٥١ .

فصرفه بعض فقهاء الاحناف والشوكاني على المعنى الاول اى الغرامة (١) وهنـون  
فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية لباب الكفالة فى كتبهم بالضمان • وهنـون  
لفغيرهم بالكفالة • (٢)

ولكن هذا لا يحنى ان الفقهاء الذ ين عنوانوا لكفالة بالضمان لا يستعملون هـذا  
اللفظ فى معناه الاول وهو الغرامة بل قد استعملوه فى ذلك عند كلامهم على  
ضمان المتلفات والنصب ونحو ذلك • (٣)

وهى هذا فلا خلاف فيما اعلم بين الفقهاء فى ان لفظ الضمان يستعمل عندهم  
بمعنى الغرامة كما هو احد استعمالاته فى اللغة العربية غاية ما هنالك ان بعض  
الفقهاء اتروا بلبا باسم الضمان واراد به احد استعمالات هذا اللفظ وهو الكفالة  
ولا للالتزام بخلاف غيرهم • فانهم عنوانوا لهذا الباب ابتداء بالكفالة والكل يرى ان  
هذا اللفظ يطلق ويراد به الغرامة ايضا •

والذى يهمنى فى هذا الباب هو الضمان بالمعنى الاول اى الضمان بمعنى الغرامة  
لان كلامنا هنا محصور فى كون عقد الحاربه سببا لزم العين المعارة عند تلفها فى  
يد المستعير او غرم منفعتها عند استحقاقها لتغير مميها ونحو ذلك مما يتعلق  
بهذا الباب •

- 
- (١) الحموى - غمزعيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ج ٢ / ٢١٠ على حيدر - دور  
الحكام شرح مجلة الاحكام ج ١ / ٣٧٨ مادة (٤١٦) الشوكاني - نيل الاوطار  
من احاديث سيد الاخير ج ٥ / ٣٢٦ / ٣٦٠
- (٢) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٢٩٦ / ٢٩٧ - ابوالبركات - المحرر فى الققه  
ج ١ / ٣٣٩ - الهيشى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتى الشروانى  
والعبادى ج ٥ / ٢٤٠ / ٢٤١
- (٣) شرح الزرقانى على مختصر سيد خليل ج ٦ / ١٣٠ / ١٣٨ الانصارى - اسنى  
المطالب شن رضى الدالب ج ٢ / ٣٢٨ / ٣٢٩ / ٣٣٧ وما بعد ها من صفحات  
محمد ال حسين - الزوائد ج ٢ / ٥١٣ وما بعد ها من صفحات ٥١٦ وما بعد ها  
من صفحات •

والضمان بهذا المعنى عند الفقهاء عدة تعريفات نذكر منها ما يلي :

أ - قال الحموي من الاحناف : الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا . (١)

ب - وعرفه فقهاء مجلة الاحكام المدلية بمثل ما عرفه الحموي فقالوا : الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان <sup>في</sup> المثليات وقيمه ان كان من اقيمينات . (٢)

ج - وعرفه الشوكاني في نيل الاوطار بما هو قريب من ذلك فقال : الضمان عبارة عن غرامة التالف . (٣)

ويمتاز تعريف الحموي والمجلة للضمان عن تعريف الشوكاني له بانهما حددوا

ما يكون به ضمان الاشياء من حيث <sup>المثل</sup> ان كان مثليا والقيمة ان كان قيميا .

ولما وجد لجمهور الفقهاء ضمن الملكية والشائعية والحنابلة تعريفا للضمان بهذا

المعنى ، في ضمان كلامهم على ذلك ، الا ان ظاهر ما قالوه في ضمان المثليات والعين المفصولة ، يدل على انهم لا يخالفون في تعريفه بمثل ما عرفه الحموي وفقهاء المجلة (٤)

- 
- (١) الحموي - غزعيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ج / ٢ / ٢١٠
  - (٢) على خيدر - دurr الحكام شن مجلة الاحكام ج / ١ / ٣٢٨ مادة رقم (٤١٦)
  - (٣) الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الايخارج ج / ٥ / ٣٢٦ / ٣٦٠
  - (٤) القرائي - الفروق ج / ٢ / ٢٠٦ - الفروق ١١١ - البهوتي - كشاف القناع عن متن القناع ج / ٤ / ١٠٦ وما بعدها من صفحات ، السيوطي - الاشباه والنظائر / ٣٥٦ وما بعدها من صفحات .

على انهم لا يخالفون في تعريفه ، بمثل ما عرفه الحموي ، وفقها المجلة (١) ،  
وما تحسن الاشارة اليه ، أن القها يستخدمون للتعبير عن الضمان بمعنى  
الخرامة ثلاثة الفاظ :  
الاول : الضمان أو التضمين ، والثاني : الخرامة أو الشريم ، ومشتقاتهما  
والثالث : التمويض . الا ان لفظة الضمان اكرها استعمالا عندهم بينما التمويض  
اقلها استعمالا . (٢)

---

(١) القراني - الفروق ج/٢/٢٠٦ ، الفرق (١١) ، البهوتي - كشف القناع عن  
متن الاقناع ج/٤/١٠٦ وما بعدها من صفحات ، السيوطي - الاشباه  
والنظائر/٣٥٦ وما بعدها من صفحات .

(٢) محمد سليمان - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١/١/٦٠ ابن حزم -  
المحلى ج ١١/٤ مسألة رقم ٢١٠٥ ابن القيم - اعلام الموقعين -  
ربالبعين ج ٢/١٥٨ .

## المبحث الثاني : في مشروعية الضمان واركانه

### مشروعية الضمان :

اهتمت الشريعة الاسلامية بحفظ المال ، كثرة لها اهميتها في حياة الانسان من حيث انها وسيلة لتحقيق حاجياته ومتطلبات حياته سواء اكانت ضرورية او كمالية ولعل من ابرز مظاهر هذا الاهتمام ما اوجبه من الضمان على من ائلف مال غيره بسد ون اذنه .

وفيما يلي بعض النصوص التي تدل على مشروعية ذلك من الكتاب والسنة :

قال اللطفاي : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١)

وقال عز وجل : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٢)

وقال جل و علا : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٣)

ولاشك ان المال شقيق النفس وحب الحياة كما يقال . فهو من الالهية في نظر الشارع الحكيم بحيث ان من قتل في سبيل الدفاع عن ماله فالتقوية عليه شرعا ومن هنا نستطيع ان نقول : ان الاعتداء على المال بدون اذن صاحبه ورضاه اعتداء على صاحب المال في ماله وقد دللت الايات الكريمة بصحومها على وجوب اخذ حق المعتدى عليه من المعتد وينفس الاسلوب الذي اعتدى به . فاذا اعتدى على الانسان في ماله وجب اخذ مثل ما اعتدى به فيه من المعتدى وفي اسلوب المشاكلة في الايات الكريمة اشارة الى ذلك .

واذا كان في دلالة الايات السابقة على مشروعية الضمان شيء من الاجمال ، فان ما اجملته هذه الايات قد اوضحته السنة وفصلته .

(١) سورة البقرة اية رقم ١٩٤ .

(٢) سورة النمل اية رقم ١٢٦ .

(٣) سورة شورى اية رقم ٤٠ .

ولعل من اول الاحاديث على ذلك ما رواه انس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساءه ، فارسلت احدى امهات المؤمنين مع خدام بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال : كلوا . وجلس الرسول القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وجلس المكسورة " (١)

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : " ما رأيت صانعا طعاما مثل صفة ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما بعثت به فاخذني افكل (٢) فكسرت الاناء نقلت يا رسول الله ما كفارتما صنعت ؟ قال : اناء مثل اناء وطعام مثل طعام " (٣)

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخارى وابوداود والترمذى والنسائى وابن ماجه . انظر فى هذا صحيح الامام البخارى رحمه الله ج ١١٩/٣ ، الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٧٠/٦ ، المنذرى مختصر سنن ابى داود ج ٢٠١/٢٠٠/٥ ، حديث رقم ٣٤٢٣ سنن ابن ماجه ج ٢٨٣/٢ ، حديث رقم ٢٣٣٤ .

(٢) الافكل : الرعدة . يقال : اخذه افكل - ارتعد من برد او خوف . انظر الزايات واخرون - المعجم الوسيط ج ٧٠٦/٢ مادة (فكل) .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابوداود والنسائى واحمد وقال الشوكانى هذا الحديث فى اسناده افلت ابن خليفه ابو حسان . ويقال / فليت العامرى . قال الامام احمد : ما ارى به باسا . وقال ابو حاتم الرازى : شيخ . وقال الخطابى فى اسناد الحديث مقال . وقال فى الفتح : اسناده حسن .

انظر : المنذرى - مختصر سنن ابى داود ج ٢٠٢/٢٠١/٥ ، حديث رقم ٣٤٢٤ ، الخطابى - معالم السنن ج ٢٠٢/٢٠١/٥ ، مطبوع

مختصر سنن ابى داود - الشوكانى - نيل الاوطار ج ٧٠/٦



وهن النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من وقف دابة فسي سبيل المسلمين او في سوق من اسواقهم فاولئك اعداء او رجل فهو ضامن \* (١)

وهن صفوان ابن امية \* ان النبي صلى الله عليه وسلم استمار منه دعاء فقال : اغصبا يا محمد \* فقال : بل عارية مضمونة \* قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم ان يضمنها له \* فقال : انا اليوم في الاسلام ارجب \* (٢)

والاحاديث في هذا الباب كثيرة وهي من الرضوخ بحيث لا يحتاج الى تعليق يبينه وجه دلالتها على مشروعية الضمان \*

هذا ولقد جاء في كتاب ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد احمد \* ان قاعدة من اتلف مال غيره بلا اذن منه فهو ضامن قاعدة اتفق عليها سائر الفقهاء ولا خلاف فيها بل يمكن ان يقال : انها مسلمة بين جميع فرق المسلمين وربما يقال : انها من ضروريات الدين \* (٣)

### أركان الضمان :

واما اركان الضمان فتلاثة كما ذكرها بعض الفقهاء وهي كما يلي :

الركن الاول : موجب الضمان ويقصدون بذلك اسبابه \*

(١) هذا الحديث اخبره الدارقطني وقال في الجامع الكبير : رواه البيهقي وضعفه \* قال الشوكاني : وهذا الحديث وان كان فيه مقال ولكنه يشهد له ما في الحديث المتعلق عليه من قوله صلى الله عليه وسلم " الصجاء جرحها جبار " فان عمومه يقتضي عدم الفرق بين جنايتها برجلها او غيرها والكلام في ذلك مبسوط في الكتب الفقهية \* انظر الشوكاني - نيل الاوطار ج ٦ / ٢٢ / ٢٣ \*

(٢) سبق تخريج هذا الحديث \* انظر ص من هذه الرسالة \*

(٣) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ١١ - الموسوي - التواعد الفقهية ج ٢ / ١٧ \*

الركن الثاني : ما يجب فيه الضمان ويقصدون به محل الضمان ومحله في عقد العارية

• العين المعارة

الركن الثالث : الواجب في الضمان ويحنون بذلك ما به يكون تلف التالف من مثل

او قيمة او نحو ذلك • (١)

وسياتي ان شاء الله تعالى بيان هذه الاركان في الفصول والمباحث القادمة

مقتصرين في الكلام عليها بما له علاقة بالضمان في عقد العارية فقط تحاشيا للاطالة

والخروج عن صلب الموضوع الذي تقوم بدراسته • والله الموفق لخير الاعمال

والحمد لله رب العالمين •

---

(١) ابن رشد هداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/٣١٦ محمد علي - تهذيب  
الفروق ج ٢/٢٠٣ / الفرق ١١١ مطبوع مع كتاب الفرق للقراني - الراعي  
- فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/٢٣٩/٢٥٦/٢٣٦ - الحاملي مفتاح  
الكرامة ج ٦/٢٠٦/٢٠٧/٢٥٠

## الفصل الثاني : ضمان رد العين المعارة

لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في وجوب رد العين المعارة الى مميها اذا وجد مسوجب الرد ، فردها الى المميير مضمون ان كانت قائمة • اما اذا تلفت قبل الرد فيجب حينئذ ضمانها بزد قيمتها او ثلثها على خلاف بين الفقهاء في الواجب في الضمان هو القيمة بكل حال سواء اكانت المعارة قيمة او مثلية ام ان الواجب في القيمة القيمة وفي المثلية المثل ، وعلى خلاف بينهم ايضا في موجب الضمان عند هلاك المعارة او التلف بسبب التعدي او التقصير ام هو التلف فقط • وان لم يكن هناك تعد او تقصير وسياتي بيان ذلك ان شاء اللطعالى •

وهذا يتضح ان لضمان المعارة حالين :

الحال الاولى : ضمان رد العين المعارة •

الحال الثانية : ضمان مثل العين المعارة او قيمتها بعد تلفها •

وفي هذا الفصل ساحاول بيان ما يتعلق بضمان رد العين المعارة اما ضمان العين نفسها بعد تلفها فساقتد له فصلا خاصا سياتي بعد الانتهاء من هذا الفصل الذي نحن بمدد • ونبا يلى ثلاثتهاحت تتعلق بالفصل الذي ساقوم بدراسته هنا وهي :

المبحث الاول : في مشروعية ضمان الرد ، وموجه

المبحث الثاني : في الرد المبرأ من الضمان •

المبحث الثالث : اجرة رد العين المعارة •

## المبحث الاول

### مشروعية ضمان رد العين المماراة وموجب ذلك

#### - مشروعية ضمان رد العين المماراة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان الماراة مضمونة الرد الى مالكيها او مالك منفعتها قبل تلفها ايها اعارها لقوله عليه افضل الصلاة والسلام \* على اليد ما اخذت حتى تؤديه \* (١) حيث دل هذا الحديث الشريف على ان من اخذ شيئا ، من مال غيره وجب عليه رد عينه ، ان كان موجودا والماراة من هذا القبيل ، فهي مال

(١) هذا الحديث اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن ابي عروة عن قتادة عن الحسن بن سمره قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : \* على اليد ما اخذت حتى تؤدى \* ثم نسخ الحسن فقال : هو امينك لا ضمان عليه ا هـ . قال الترمذى : حديث حسن . اخرجه ابوداود والترمذى في البيوع والنسائي في الماراة وابن ماجه في الاحكام وليس في حديث قصة الحسن ورواه احمد في مسنده والطبراني في معجمه والحاكم في المستدرک في البيوع وقال حديث صحيح على شرط البخارى وتعقبه الشيخ تقي الدين في الامام فقال : وليس كما قال بل هو على شرط الترمذى . وقال المنذرى : وقول الترمذى فيه حديث حسن يدل على انه يثبت سماع الحسن عن سمرة ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه في البيوع وقال ابن طاهر في كلامه على احاديث اشهب اسناده حسن متصل وانما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر من ان الحسن لم يسمع من سمرة الا حديث الحقيقة \* .

انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١٦٧/٤ ، الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٤٠/٦ وانظر في وجوب رد الماراة الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٩٠٧/٨ - الدرر يسر الشرح الكبير ٣٩١ - البهوتي - كشافة القناع عن متن الاقناع ج ٧٤/٧٣/٤ ، الرانسي - فتح العزيز شرح الوجيز ج ٢١٧/١١ - التسولي - البهجة في شرح التحفة ج ٢٧٥/٢ - ابن رجب - القواعد ٥٤ / قاعدة (٤٢) .

أخذ من مالك ، أو مالك منفعته باذنه لينتفع به الأخذ فيجب رد عند انتهاء  
أصل العارية .

ويؤيد هذا قوله عليه الصلاة والسلام في خباية حجة الوداع : \* العارية  
مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والتزيم غارم \* (١) . تقوله العارية مؤداة ،  
نهي في أن العارية يجب رد عينها ما لم يتعذر ذلك .

— موجب رد العين المعارة :

ويجب رد العين المعارة عند الفسخ في أربع أحوال :

— الحال الأولى ، رجوع المعتبر عن عقد العارية :

إذا رجع المعتبر عن العارية فللقهاء في وجوب رد العين المعارة قولان :

القول الأول : يجب على المستعير رد العين المعارة في هذه الحال سواء أكانت العارية  
مطلقة أو مؤقتة ، إلا إذا ترتب على الرد ضرر بالمستعير أو ارتكاب لفعل محرم  
شرعاً حيث تبقى في يد المستعير باجرة مثلها عند بعض أصحاب هذا القول وسدون  
اجرة عند البعض الآخر .

ولقد فصلت القول في ذلك عند الكلام على تقسيم العارية من حيث المزمع ومدته  
وقد ظهر لي هناك بقاء العارية في يد المستعير متى ما أحوج الأمر إلى ذلك باجرة  
مثلها فلا داعي لاعادته . (٢)

والى هذا القول ذهب جمهور القهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة وهو  
قول للملكية في العارية المطلقة ما لم تكن أرضاً اعيرت للفرس حيث تلزم في المدة  
المعتادة للانتفاع بمثلها عندهم حتى وإن كانت العارية مطلقة من حيث المدة (٣)

(١) هذا الحديث سبق تخريجه — انظر من هذه الرسالة .

(٢) انظر من هذه الرسالة .

(٣) الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٣ / ٣٩٠٦ / ٣٩٠٧ ،  
وأما اتندي — مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ / ٣٤٧ ، الرطبي — نهاية  
المحتاج إلى شن المنهاج ج ٥ / ١٢٩ / ١٣٠ / ١٣١ الشيرازي — المهذب  
ج ١ / ٣٧٠ / ٣٧١ ، البهوتي — شرح منتهى الإرادات ج ٢ / ٣٩٨ ، محمد  
عليش — شرح منهج الجليل على مختصر المائمه خليل ج ٣ / ٤٩٦ .

— القول الثاني : اذا كانت العارية مؤقته ورجع الممير قبل بنهاية الوقت لم يجب على المستعير رد العين المعارة قبل ذلك . اما اذا كانت العارية مالمقة ورجع الممير قبل ان ينتفع المستعير بها وجب ردها حينئذ الا في اعارة الارض للغرس او البناء فلا يجب الرد اذا حصل ما لم يمض من الوقت ما يكفي للانتفاع بها في عرف الناس واصطلاحهم والى هذا ذهب المالكية في اصح الاقوال عنهم (١) . وفي قولهم ان الرد لا يجب على المستعير برجوع الممير في العارية المطلقة الا بعد ان يمض قدر ما تنال مثله في اصطلاح الناس سواء اكانت العارية ارضا للغرس او البناء او غير ذلك (٢) .

وسبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة خلافهم في لزوم العارية وعدم لزومها فمن قال منهم : بان الاصل في العارية اللزوم في الجملة قال : لا يجب رد العين المعارة بمجرد رجوع الممير في الجملة كما سبق بيان ذلك .

ومن قال منهم : بان الاصل في عقد العارية عدم اللزوم قال : يجب على المستعير رد العين المعارة برجوع الممير عن عقد العارية في الجملة . ولقد سبق ان بينت ادلة الفريقين في هذه المسألة عند الكلام على تقسيم العارية من حيث اللزوم وعدمه . وقد ظهر لي هناك - بادلت قوية - رجحان ان الاصل في العارية الجواز ، اي عدم اللزوم . (٣)

- 
- (١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٤ وانظر حاشية الدسوقي عليه - الخطاب - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ج ٥ / ٢٧١ ، محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٣ / ٤٩٦ .
- (٢) المراجع السابقة .
- (٣) انظر الصفحات التاية من هذه الرسالة .

وهي هذا فالذي يظهر لي هنا ان المعير اذا رجع عن المارية وجب رد العين  
المحارة اليه سواء اكانت المارية مطلقة او مؤقتة . الا اذا ترتب على الرد ضرر  
بالمستعير او ارتكاب فعل محرم شرعا حيث تبقى في يد المستعير باجرة مثلها  
كما سبق بيان ذلك . (١)

### — الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة :

اذا كانت المارية مؤقتة فحينئذ فانتهت المدة فهل يجب رد العين للمحارة  
بمجرد انتهاء المدة ام لا يجب ذلك الا بطلب المعير . للقهاء في ذلك قولان :

— القول الاول : يجب رد العين للمحارة الى معيرها بانتهاء ذلك الوقت

وان لم يطلبها المعير والى هذا ذهب جمهور القهاء من المالكية والشافعية والحنابلة  
وهو احد القولين عن الاحناف واختاره . منهم شمس الائمة السرخسي رحمه الله (٢)

— القول الثاني : لا يجب رد العين للمحارة بمجرد انتهاء وقت الاعارة

وانما يجب ذلك للمطالب المعير والى هذا القول ذهب الاحناف في احد القولين عندهم  
لان المارية بعد مضي الوقت تكون كالوديعة في يد المستعير والوديعة لا يجب ردها  
قبل الطلب وكذلك الامر في المارية . (٣)

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

(٢) التاودي — حلى المعاجم لمنت فكر ابن عاصم ج ٢ / ٢٧٥ مطبوعها مشرابه هجعة

شرح التحفة ، شرح الخريشي على مختصر سيد خليل ج ٦ / ١٢٧ ، الرطبي

نهاية المحتاج الى شن المنهاج ج ٥ / ١٣٠ / ١٣١ ، حاشية الشرقاوي على تحفة

الطلاب ج ٢ / ٩٤ ، المهوتي — كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٣ —

الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٦ — ابن عابد بين

— قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٨ / ٤٠٠ — نظام — الفتاوى الهندية

ج ٤ / ٣٧١ .

(٣) ابن عابد بين — قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٨ / ٤٠٠

ويمكن ان يناقش هذا الدليل \* بان قياس العارية على الوديعة في هذا الامر  
قياس مع الفارق اذ ان امساك المودع للوديعة بعد مضي الوقت امساك للمالك لانسه  
بعد مضي الوقت بنى على القبض السابق \* وهو كان للمالك وفي العارية الامساك بعد  
مضي الوقت لنفسه لان مبنى على القبض السابق وذلك ان نفسه وعدم الضمان في الوقت  
كان للاذن فلم يوجد بعد مضييه \* (١)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحانه وجوب رد العين المارة الى معيره  
باتنها \* وتنها ان كانت العارية موء قته ولو لم يطلبها وفي ترجيح هذا القول يقول  
شس الاثمة السرخسي \* ولو استمار الدابة يوما الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها  
لم يضمن اذا هلكت لان قبضها باذن صحيح ولكن اذا امسكها بعد مضي اليوم  
فمروضان لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيضمن كما في المودع  
اذا طوّل بالرد فلم يرد حتى هلك وهذا بخلاف المستاجر فان بعد مضي المدة  
اذا امسكها لا يضمنها ما لم يطالبها بحبسها بالرد لان مونة الرد هنا ليست على المستاجر  
ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك لياخذها لم يوجد من المستاجر منع بصير  
به ضامنا وهنا موء نة الرد على المستعير فاذا امسكها بعد مضي المدة فقد وجد  
منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه \* (٢)

#### الحالة الثالثة : موت المعير او المستعير :

اذا مات المعير او المستعير وجب رد العين المارة الى مالكها فان كان  
المعير هو الميت وجب على المستعير ردها الى ورثته وان كان الميت هو المستعير

(١) المرجع السابق ج / ٨ / ٤٠٠

(٢) السرخسي - المسوط ج / ١١ / ١٣٧



وجب على ورثته ردها الى المصير والى هذا ذهب الشافعية والحنبلة (١) .

اما الاحناف : فقد سبق قبل قليل ان لهم فى رد العارية المؤقتة قولين بمجرد انتهاء الوقت قولان . قول بوجوب الرد ، ولو لم يطلب المصير ذلك . وقول بعدم وجوه الا بعد طلب المصير له ، والذي يظهر - والله اعلم - ان هذين القولين بجريان فى هذه المسألة ايضا . اذ لا خلاف بين الاحناف فى ان العارية تنتهى بموت احد المتعاقدين فى عقد العارية كما تنتهى بضى المدة فى العارية المؤقتة . فاذ اكان لهم فى رد العارية عند انتهاء العقد بضى المدة قولان فلا يمسد ان يكون لهم فى ردها عند انتهاء العقد بموت احد المتعاقدين قولان ايضا . (٢)

واما المالكية : فقد سبق انهم يقولون بلزوم العارية المؤقتة الى نهاية الوقت اما المطلقة فجازت عندهم الا اذا كانت العين المعارة ارضا للخرس او للبناء وحصولها فى لازمة حينئذ فى المدة التى تكفى للانتفاع بذلك ، وهذا اصح الاقوال عندهم فى العارية المطلقة ولهم قولان اخران سبق ذكراهما (٣)

والذى يظهر من ذلك والله اعلم ان العارية ان كانت مؤقتة وكانت العين المعارة ارضا للخرس او للبناء وحصولها فلا يعتبر موت احد المتعاقدين موجبا لفسخ عقد العارية عند المالكية فضلا عن ان يكون موجبا لردها وذلك نظرا للزوم العارية عندهم الى نهاية الوقت ان كانت العارية مؤقتة ولزوم قد ماتعار لمثله ان كانت ارضا

---

(١) الرطبى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - ج ٥ / ١٣٠ / ١٣١ حاشية الشرقاوى على تحفة الطالب ج ٢ / ٩٤ - البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٣

(٢) انظر ص من هذه الرسالة . وانظر السرخسى - المبسوط ج ١١ / ١٤٣

الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٨ / ١١٣ مطبوع باعلى صفحات تكملة رد المحتار لابن عابدين .

(٣) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

للخوس أو البناء . ومن هنا فلا يؤثر في ذلك موت احد المتعاقدين كما لا يؤثر  
ذلك في سائر العقود اللازمة عندهم كالأجارة ونحوها . (١)

ولقد سبق ان الراجع فيما ظهر لي ، ان الاصل في العارية الجواز دون اللزم  
سواء اكانت مطلقة او مؤقتة ، فللمعير او المستعير حق الرجوع عن عقد العارية  
في اى وقت شاء ذلك بغير النظر عما استثنى من ذلك . ولقد ذكرت من الادلة  
ما يؤيد هذا الامر . (٢)

كما سبق بان الراجع وجوب رد العين المعارفة بمجرد انتهاء عقد العارية  
ان كانت مؤقتة ولو لم يطلب المعير ردها . (٣)

واذا ثبت ذلك فالذي يظهر لي - ان موت المعير او المستعير يوجب رد العين  
المعارفة كما هو رأي الشافعية والحنابلة وظاهر احد القولين عند الاحناف - وذلك  
نظرا الى ان المبيع لبقاء العين المعارة في يد المستعير هو عقد العارية فـ اذا  
مات هو والمعير انسخ العقد لجوازه من الطرفين واذا انسخ العقد فلا معنى  
لبقاء العين المعارة في يد المستعير او في يد ورثته ومن هنا وجب رد العين المعارة  
الى معيرها او الى ورثته ان كان الميت هو المعير لقوله عليه الصلاة والسلام : " على اليد  
ما اخذت حتى تؤديه " (٤) . ولقوله عليه السلام " العارية مؤداة " (٥)

---

(١) ابن جرير - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٠٥ - ابن عبد البر - الكافي ج ٢ /

٧٤٥ .

(٢) انظر من هذه الرسالة .

(٣) انظر من هذه الرسالة .

(٤) هذا الحديث سبق تخريجه . انظر من هذه الرسالة .

(٥) هذا الحديث سبق ايضا تخريجه انظر من هذه الرسالة .

الحال الرابعة : جنون احد المتعاقدين او اغمائه او الحجر عليه :

اذا جن الممير او المستمير ، او اغمى على احدهما او حجر عليه لسفه او على الممير  
لفلس . وجب حينئذ رد المين المارة وذلك نظرا الى ان المارة عقد جائز  
من الطرفين كالوكالة . فينفسخ بجنون احد المتعاقدين او اغمائه او الحجر عليه  
واذا انفسخ العقد وجب رد المين المارة والى هذا ذهب الشافعية (١) ولم يجد  
لغيرهم في كتاب المارة كلاما في ذلك .

---

(١) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٢ . حاشية الشرقاوي  
تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٤ . الاردبيلى - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٢٤ .

المبحث الثاني

الرد المهرأ من الضمان

اذ اوجب رد العين المعارة فلا يخلو الامر :

اما ان يرد المستعير العارية بنفسه الى المعير او الى وكيله في ذلك او الى من  
في عياله (١) ، او الى ملكه او الى الحاكم عند غيابه وغياب وكيله او الحجر عليه  
بسفه او قلبي .

واما ان يامر المستعير احدا ممن في عياله بردها الى المعير او ان يامر  
أجنبيا بذلك . وفي كل الاحوال هل يكلف المستعير برد العارية الى الموضع  
الذي يريد المعير او ليس عليه ان يردها الا الى الموضع الذي استعارها منه فيه .  
الواقع ان للفقهاء في جميع ما سبق تفصيل ، ساحاول بيانه في المسائل التالية :

- المسألة الاولى : رد العين المعارة الى معيرها او الى وكيله .  
المسألة الثانية : رد العين المعارة الى من في عيال المعير .  
المسألة الثالثة : رد العين المعارة الى ملك المعير .  
المسألة الرابعة : رد العين المعارة الى المعير مع من في عيال المستعير .

(١) عياله - بالكسر جمع عيل . والمراد بذلك في اللغلا العربية : اهل بيت الرجل  
الذي ينفق عليهم وقد يراد بالميل الجمع والعيال المفرد ويقال : هو  
عيال على غيره كل عليه لا يستقل بأمره .

ويقصد بمن في عيال المعير او المستعير عند الفقهاء وخاصة عند الاحناف : " من  
يسكن مع المعير او المستعير سواء كان في نفقته او لم يكن فالعبرة في هذه للمساكنة  
الا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد لكن يشترط في الولد الصغير ان يقدر  
على الحفظ . وعلى هذا فيعتبر الاجنبي الذي يسكن مع المعير او المستعير من  
عيالهما " انظر في هذا : الزيات واخرون - المعجم الوسيط ج ٢ / ٦٤٤ مادة  
(عول) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار - تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٣٦ .

- المسألة الخامسة : رد العين المارة الى المير مع اجنبي •  
المسألة السادسة : رد العين المارة الى الحاكم او الولي •  
المسألة السابعة : تسليم العين المارة للمير في الموضع الذي حصلت فيه  
الاستمارة •

المسألة الاولى : رد العين المارة الى ميرها او الى وكيله :

اذا وجب على المستعير رد العين المارة ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء ، في  
أنه يبرأ من الضمان بردها على صفقتها الى يد مالكيها ، او الى يد وكيله في حفظها  
والقيام عليها ولو تلفت بعد ذلك فلا ضمان على المستعير حينئذ ، وذلك نظراً  
الى انه اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس غيراً من الضمان بذلك . (١)

المسألة الثانية : رد العين المارة الى من في عيال المير :

اذا رد المستعير المارة الى من في عيال المير فلا يخلو الامر :  
اما ان يكون الذي ردت اليه العين المارة ، ممن اسند اليه الاهتمام بها وامثالها  
كالسائق اذا كانت العين المارة دابة وكالزوجة المتصرفه في مال زوجها اذا كانت

- (١) ابن عابد بن - قرة عيون الاخبار ج / ٨ / ٤٠٢ / ٤٠٣ / ٤٠٤ - الزيلعي - تبين  
الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٩ / ٩٠ ، على حيدر - دور الحكام شرح  
مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٣٢ / ٣٣٣ مادي (٨٢٨ / ٨٢٩) التسولي - البهجة  
في شن التحفة ج / ٤ / ٧٣ / ٧٤ . الناودي - حلى المعاصم ج / ٢ / ٧٣ / ٧٤  
الدردير - الشن الكبير ج / ٣ / ٣٩١ . حاشية الشراوى على تحفة الطالاب  
ج / ٢ / ٩٥ . المهيشي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ٤٢٠ مطبوع  
بهماش حاشيتي الشرواني والعبادي - الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٧١ - ابن  
عبد الوهاب - حاشية المقنع - ج / ٢ / ٢٣٠ ، البهوتي - كشاف القناع  
ج / ٤ / ٧٣ . المرادوي ح الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف  
ج / ٦ / ١١٦ / ١١٧ .

المعارية العردة مما تصرف فيه عادة •

واما ان يكون ممن <sup>ط</sup>سند اليه الاهتمام بتلك المعارية ونحوها • وحينئذ لا يخلو الامر :  
اما ان تكون العين المعارة مال نفيس • كالأحجار الكريمة ونحوها مما لا يترك تحت  
يده عادة • واما ان تكون مما يترك تحت يده ولو في بعض الاوقات •

فاذا كان من في عيال المعير ممن اسند اليه الاهتمام بالعين المعارة وامثالها  
فللقهاء في براءة المستعير من الضمان بالرد اليقوله :

- القول الاول : يبرأ المستعير من الضمان بالرد اليه • فلو تلفت المعارية في يده  
بعد ذلك فلا ضمان على المستعير حينئذ والى هذا ذهب الاحناف والحنابلة • (١)

- القول الثاني : لا يبرأ المستعير من الضمان بالرد اليه • فلو تلفت في  
يده لوجب على المستعير حينئذ الضمان ان طال به المعير بذلك • الا ان المستعير  
هنا يكون طريقا للضمان فقط • اما قراره فعلى من قبض العين المعارة منه من في عيال  
المعير الحصول التلف في يده • فافلا ضمن المعير المستعير رجع المستعير على  
من قبضها منه واذا ضمن المعير من قبضها من عياله لم يرجع على المستعير •

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية وذلك نظرا الى ان المستعير مأمور برد المعارية  
الى معيورها او الى من وكله في قبضها منه فلا يجوز ردها الى غيرها الا باذنه والمعير  
هنا لم ياذن برد المعارية الى من اسند اليه الاهتمام بالعين المعارة فمن هو في عياله  
وعلى هذا يكون المستعير طريقا للضمان اذا ردها اليه فتلفت في يده لعدم الاذن من  
المعير بالرد اليه • (٢)

(١) انظر المراجع السابقة للاحناف والحنابلة •

(٢) الانصاري - اسنى المطالب شرح رضا الطالب ج ٣٢٩/٢ • حاشية الجمل على شرح  
المنهج ج ٤٥٨/٣ - النووي - روضة الداليلين ج ٤٤٦/٤ ج ٦٧/٥ •  
الهيثي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٢٠/٥ مطبوع مع حاشيتي الشرواني  
والعبادي •

ويمكن ان يناقش هذا : بان المعير وان لم ياذ نبرد العارية الى من في عياله صراحة ، الا ان المعير لما اسند اليه الاهتمام بالعين المعارة او ما مائلها دل ذلك على رضاه بالرد اليه بدليل ان المستعير لو ردها الى المعير لردها الى من يهتم بها ويقوم عليها من عياله فلا يكون في الرد اليه اذ تضييع للعارية وبالتالي فلا يجب الضمان على المستعير حينئذ ولا ينبغي ان يكون طريقه . (١)

ومن هنا ، فالذي يظهر لي رجحانه ان المستعير يبرأ من الضمان بـرد العين المعارة الى من اسند اليه الاهتمام بما يماثلها من هو في عيال المعير كما ذهب الى ذلك كلا من الاحناف والحنابلة . وذلك نظرا الى ان المستعير قد رد العين المعارة الى من اذن له المعير بقبض ماله عرفا وعادة فاشبه ما لو ردها الى من اذن له المعير بذلك صراحة ومن هنا كان الرد على هذه الصورة مبررا للمستعير من الضمان . (٢)

اما اذا كان من في عيال المعير ممن لم يسند اليه الاهتمام بتلك العارية او ما مائلها فان كانت العارية مالا نفيسا فلا علم خلافا بين الاحناف والشافعية والحنابلة ، فسي ان المستعير لا يبرأ من الضمان بردها اليه فلو تلتفت في يده لوجب الضمان على المستعير ان طالبه المعير بذلك . وذلك نظرا الى ان العاد تجرت على ان ترد الاموال الثمينـة الى مالكيها دون غيره . فاذا ردها الى من في عياله ممن لم يسند اليه القيام عليها

---

(١) ابن عابدين - قره يون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٤٠٣ - الزيلعي تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ١٠ - البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٤ - الردادى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٢ .

(٢) المراجع السابقة .

والاهتمام بها بدون اذنه كان متعمداً بذلك فلا يبرأ من الضمان حينئذ (١) .

أما اذا كانت العين المعارة مما يترك تحت يد من في عيال المعير ولو فسى  
بعض الاوقات كالدابة ونحوها ففي براءة المستعير بردها اليه اذا لم يكن ممن اسند  
اليه الاهتمام بها قولان للقهاء :

- القول الاول : يبرأ المستعير من الضمان برد العين المعارة اليه وان لم يكن

من اسند المعير اليه الاهتمام بها والقيام عليها . والى هذا القول ذهب الاحناف  
في اصح القولين عندهم . (٢)

- القول الثاني : لا يبرأ المستعير برد العين المعارة اليه من الضمان فلو

تلفت في يده لوجب على المستعير الضمان حينئذ انما اليه الصبر بذلك . والى هذا  
القول ذهب الاحناف في احد القولين عندهم واليه ذهب الشافعية والحنابلة .

---

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٠/٥ - ابن نجيم - البحر  
الرائق ج ٢٨٤/٧ - الرغيني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١٧/٩ مطبوع  
مع كلمة فتح القدير والمناية وحاشية سعدى النورى - روضة الطالبين -  
ج ٤٤٦/٤ - ج ٦٧/٥ حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٩٥/٢ حاشية  
الجمال على شرح المنهج ج ٤٨٥/٣ - البيهقي - كشف القناع عن مشتمل  
الاقناع ج ٢٤/٣٣/٤ - ابن عبد الوهاب - حاشية القناع ج ٢٣٠/٢ -  
المرداوى - الاصحاح في معرفة الراجح من الخلاف ج ١١٧/٦

(٢) داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابهر - ج ٣٥١/٢ ابن عابد بن  
- قرة عيون الاخبار - كلمة رد المحتار ج ٤٠٣/٤٠٢/٨ - على حيدر  
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٣٣٢/٢ / ٣٩٣ مادته  
٠ (٨٢٩/٨٢٨)



فذلك نظرا الى ان المستعير لم يرد العين الى مالكيها ولا الى نائبه فيها وليس هناك ما يدل على اذن المالك له يردّها الى من في عياله فلا يبرأ حينئذ من الضمان كما لو ردّها الى اجنبي . (١)

وهو ان يناقش هذا الدليل : بان العين المصاراة لو كانت دابة فردّها المستعير الى عهد المصير او اجيره مسانحة او مشاهرة او الى ولده فان كل واحد من هؤلاء ليس ممن يسند اليه الاهتمام بالدابة واقيام عليها في العادة اذ الاهتمام بها للسائق في الغالب ولكن عدم اسناد الاهتمام بها الى احدهم لا يقتضي ان لا تدفع الدابة الى واحد منهم في بعض الاوقات . واذ اسلم هذا الامر كان رضا المصير بقبضهم لها في بعض الاوقات دليلا على رضاه بردّها الى احدهم ولهذا قد لا يسلم بما استدل به المخالفون لهذا الرأي من انه ليس هناك ما يدل على اذن المالك للمستعير بردّها الى من في عياله (٢) .

ومن هنا فالذي يظهر لي ان الرجوع ما ذهب اليه الاحناف في اصح القولين عنهم في ان العين المصاراة ان كانت غير نفيسة فان ردّها الى من في عيالي المصير يسرا المستعير من الضمان وان كان ليست في يده دائما بموجب عدم قيامه عليها والاهتمام بها الا انها كما سبق تدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك بالرد اليه موجودا دلالة فبيرا للمستعير حينئذ من الضمان بالرد اليه (٣) . والله تعالى اعلم بالصواب .

- (١) المراجع السابقة . الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٩ حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ / ٤٥٨ - النورى روضة اللالين ج ٤ / ٤٤٦ .  
ج ٥ / ٦٢ البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٤ . ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج ٥ / ١٤٧ . المرادوى - الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف ج ٦ / ١١٧ .  
(٢) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩ / ١٧ - واماد افندى - مجمع الانهر شرح ملقى الابحر ج ٢ / ٣٥١ .  
(٣) انظر المراجع السابقة .

المسألة الثالثة : رد العين المعارة الى ملك المصير :

اذا رد المستعير العين المعارة الى ملك مصيرها كبيتة ونحو ذلك فللقهاء في براءة المستعير من الضمان بهذا الرد قولان :

- القول الاول : اذا رد المستعير العين المعارة الى ملك مصيرها فان كان ذلك الملك مكانا لحفظه تلك العارية وامثالها عادة فلا ضمان على المستعير حتى يردّها اليه وذلك كما لو كانت العين المعارة دابة فردّها الى الاصطبل او ساطعا فردّه الى البيت او نحو ذلك والى هذا القول ذهب الاحناف في احد القولين عندهم . (١)

- القول الثاني : اذا رد المستعير العين المعارة الى ملك مصيرها فلا يبرأ من الضمان اذا تلفت ولو كان مكانا لحفظ تلك العارية وامثالها والى هذا ذهب الاحناف في احد القولين عندهم . ومن ذهب اليه منهم الائمة الثلاثة ابو يوسف ومحمد وزفر كما ذهب اليه الشافعية والحنابلة وذلك نظرا الى ان المستعير مأمور برد العارية الى مالكها وانائه فيها فما لم يردّها الى احدهما فلا يبرأ من الضمان كما لو ردّها الى اجنبي . (٢)

- 
- (١) ابن عابد بن - قرعة بين الاخبار تكلمة رد المحتار ج / ٤٠٢ / ٨ - المرغيناني الهداية شرح بداية المبتدى ج / ١٧ / ٩ ما يجمع مع كملة فتح القدير والمنايا وحاشية سعدى ، واما افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٣٥١ / ٢ - (٢) المراجع السابقة ، ابن مفلح - المهدع في شرح المقنع ج / ١٤٧ / ٥ - المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٦ / ٦ ، والهروي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٧٤ / ٤ - الشيرازي - المهدب ج / ٣٧١ / ١ ، الرطلي - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٥ - النووي - روضة الطالبين ج / ٤٤٦ / ٤ ج / ٦٧ / ٥ . الا ان الشافعية يستثنون من عموم هذا القول ما اذا رد المستعير العين المعارة الى ملك المصير فعلم بذلك او خيره وثقة حيث لا ضمان على المستعير اذا تلفت بهذا . انظر الانصاري ، اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣٢٩ / ٢ .

ويمكن ان يناقش هذا القول ، بان المكان الذي تحفظ فيه الممين الممارسة عادة  
مكان لا يمانع الممير في ردها اليه اذ لو ردت الي الممير نفسه لردها الي ذلك المكان  
كما سبق وان ذكرت ذلك تقريبا فهو وان لم ياذن للمستصير بردها الي ذلك المكان صراحة  
الا ان عدم مانحته في ذلك عادة و عرفا ، اذن بالرد اليه دلالة فلا يكون المستصير  
بذلك مضيعا للممين الممارسة . (١)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين ما ذهب اليه الاحناف  
في القول الاول في ان المستصير يبرأ من الضمان برد الممارسة الي ملك الممير الذي  
يعتبر مكانا لحفظ تلك الممارسة وامثالها فيه لانه اتى بالتسليم المتعارف عليه بين  
الناس ، وهذا لان المكان الذي تحفظ فيه الممين الممارسة ونحوها في يد المالك  
فلوردها المستصير الي المالك لردها بدوره الي ذلك المكان ، فكان الرد اليه  
ردا على المالك . (٢)

#### المسألة الرابعة : رد الممين الممارسة الي الممير مع من في عياله المستصير :

اذا ارسل المستصير احد من في عياله بالممين الممارسة الي الممير ، فتلفت  
في يد الرسول المرسول قبل ان يسلمها الي الممير فلا يخلو الامر ،  
اما ان يتعدى الرسول على الممين الممارسة او يقصر في حفظها ، واما ان لا يحدث  
شيء من ذلك فان تعدى الرسول على الممين الممارسة ، او قصر في حفظها فتلفت وجب  
الضمان حينئذ على الرسول دون المستصير .

اما اذا لم يتعدى عليها او يقصر في حفظها فلا ضمان عليه ولا على المستصير  
ايضا وذلك نظرا الي ان الممارسة لما كانت امانة في يد المستصير كان له ان يحفظها  
بيد من في عياله قياسا على الوديعة في هذا الامر .

(١) ابن عابد بن قرظيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٢ / ٤٠٣

(٢) المرجع السابق .

وإذا جازان يحفظها بيد من في عياله جازان يسلمها له ليردها إلى  
المعير ، وعلى هذا فلا يكون متعد يا بتسليم العين المعارة لمن في عياله وإذا لم يكن  
متعد يا فلا ضمان عليه حينئذ ، لأنه أمين والمؤتمن لا يضمن ، إلا إذا تمسدى  
على ما ائتمن عليه أو قصر في حفظه . ولما كان الرسول في هذه المسألة أميناً أيضاً  
لم يجب عليه الضمان ، كذلك ما لم يتعدى أو يقصر . وإلى هذا التفصيل ففى  
هذه المسألة ذهب فقهاء الاحناف ، كما ذهب إليه المالكية أيضاً في عارية  
ملايخاب عليه . (١)

أما الشافعية والحنابلة نصياتي ، أن الأصح عندهم أن العارية مضمونة على  
المستعير بكل حال سواء تلفت بحد تعديه عليها أو تقصيره في حفظها أم تلفت  
بآفة سماوية وإلى هذا ذهب المالكية أيضاً على أحد القولين عندهم في عارية  
ملايخاب عليه .

والذى يظهر من كون العارية مضمونة أن المستعير لا يبرأ من الضمان عندهم  
إذا تلفت العين المعارة في يد الرسول وأن كان أحد عياله لأن العين المعارة عندهم  
قبل تسليمها للمعير ، من ضمان المستعير ولا يرتفع الضمان عنه إلا إذا ردت على  
صنحتها إلى يد المعير أو إلى من يقوم مقام يده . والعين في هذه المسألة قد تلفت قبل  
الرد . فلا يبرأ من الضمان حينئذ . (٢)

---

(١) السرخسى - البسوط ج ١١/١٤٣ ابن عابد بن - قرة يمون الاخبار تكملة  
رد المختار ج ٨/٤٠٢/٤٠٣/٤١٦ - المرغيناني - الهداية - شرح بداية  
الهدى ج ٩/١٧ مطبوع من تكملة فتح القدير والحناية وحاشية سمى  
داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج ٢/٣٥١ - شرح الخرشى  
على مختصر سيد خليل ج ٦/١٢٨ ، التسولى - المهجة شرح التحفة  
ج ٢/٢٧٢ .

(٢) انظر المصنفات التالية من هذه الرسالة .

وسياتى ان صح القولين عند المالكية : ان عارية ما يخاب عليه مضمونة  
على المستعير ، الا اذا ثبت ان هلاكها بدون تعد منه او تقصير (١) .

والذى يفهم من هذا ان المستعير ورسوله لا يبرءان من الضمان الا اذا اثبتا عدم  
التعدى او التقصير .

وسياتى ان شاء الله فى الفصل الثالث من هذا الباب بيان ان العارية امانة  
لا مضمونة بلا فرق فى ذلك بين ما يخاب عليه او ما لا يخاب عليه كما هو راي فقهاء  
الاحناف وقوادتهم على ذلك تعدل على رجحان ما ذهبوا اليه . (٢)

وان كانت العارية امانة . فالذى يظهر لى رجحان ما ذهبوا اليه الاحناف  
فى هذه المسألة من ان المستعير يبرأ من الضمان اذا رد العين المعارة <sup>ص</sup> مع  
احد عياله فتلفت فى يده لعدم تعديه فى ذلك . والامين انما يضممن  
اذا تعدى .

### — المسألة الخامسة : رد العين المعارة مع اجنبى : (١)

اذا رد المستعير العين المعارة الى المعير مع اجنبى وقبل ان يسلمها  
الى المعير تلتفت فى يده فلا يخلو الامر :

اما ان يرد العين المعارة معه بعد انتهاء عقد العارية واما ان يردها  
معه قبل انتهاء عقد العارية .

---

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

فان ردها معه بعد انتهاء عقد العارية فتلقت في يده قبل ان يسلمها  
الى المير فلقبها في براءة المستعير من الضمان قولان :

- القول الاول : لا يبرأ المستعير من الضمان والى هذا ذهب الاحناف وهو ظاهر  
ما ذهب اليه المالكية في عارية ما يثاب عليه . (١)

- القول الثاني : يبرأ المستعير من الضمان . والى هذا ذهب المالكية في عارية  
مالا يثاب عليه وذلك نظرا الى ان عادة الناس جارية برد العواري مع المرسل  
فلا يكون المستعير متعمدا ببرد المين المعارة مع الاجنبى واذا لم يكن متعمدا بذلك  
فلا ضمان عليه لان عارضة ما لا يثاب عليها مائة في يده والمؤمن لا يضمن ما لم يتمدى  
او يقصر . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان المين المعار بعد انتهاء عقد العارية  
تصبح في يد المستعير كالمين المنصوبة في يد الناصب والمين المنصوبة اذا تلقت  
قبل ردها الى مالكها يجب على الناصب الضمان فكذا هاهنا . (٣)

- 
- (١) ابن عابدين - قرقيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٠٣ / ٤٠٤ الحصكلى  
الدر المنقى شرح الملتقى ج ٢ / ٣٥١ مطبوع بهامش مجمع الانهر والهابرتى  
شرح المنية على الهداية ج ٩ / ١٨ .
- (٢) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٨ - التسولى - البهجة  
فى شرح التحفة ج ٢ / ٢٧٧ .
- (٣) البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٣ ابن قدامه - المنقى  
ج ٥ / ١٢٠ .
- الكاساتى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٧ - شرح  
ابخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٧ .

ومن هنا فالذي يظهر لي عدم براءة المستمير من الضمان في هذه المسألة  
ولقد علل فقهاء الاحناف لذلك بتعليقين :

- التحليل الاول : لما كان رد العين المعارة واجبا بانتهاء عقد العارية فورا  
كان امسكها بعد الانتهاء موجبا للضمان اذا تلفت في يده فاذا انتهى عقد  
العارية ثم دفعها لشخص اجنبي ليردها الى الممير ، فلا يبرأ من الضمان اذا تلفت  
في يد الاجنبي لا لانه ردها مع اجنبي وانما لانها مسكها بعد انتهاء عقد العارية  
حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذلك اذا تركها في يد الاجنبي . (١)

وهل هذا التحليل لا يكون رد العين المعارة مع الاجنبي هو الموجب  
للضمان وانما الموجب له امسك العارية بعد انتهاء العقد .

- اما التحليل الثاني : فهو ان عقد العارية اذا انتهى تصبح العين المعارة  
في يد المستمير ودبحة والمودع بالفتح لا يملك الا يداع عند الفقهاء . فاذا اعطى  
المستمير العين المعارة لاجنبي ليردها الى الممير بعد انتهاء عقد العارية  
كان للمودع بالفتح اذا اودع العين المودعة لديه عند اخر فلا يبرأ من الضمان  
حينئذ لظهور موجه وهو التعدى باعطاء العين المعارة لاجنبي بعد انتهاء  
عقد العارية . (٢)

وهل هذا التحليل يكون الموجب للضمان حينئذ في هذه المسألة اعطاء العين

---

(١) ابن عابدين - قرقعيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ - الحمكفي

- الدر المنقوي في شن الملتقى ج / ٢ / ٣٥١ - مطبوع بهامش مجمع الانهر

البابرتي - شرح العناية على الهداية ج / ٩ / ١٨ - مطبوع مخكلمة فتح القديسر

وحاشيته سحدي والهداية .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المعارة لاجنبى ليردها الى المعير بعد انتهاء عقد المعارة لا لان المستمير  
امسك العين المعارة بعد انتهاء العقد .

وخلاف الاحناف في موجب الضمان هنا ، راجع فيما يظهر لى ، الى خلافهم  
فى الرد بمجرد انتهاء عقد المعارة فمن قال منهم : بموجب رد العين المعارة  
بمجرد انتهاء عقد المعارة فورا . قال / : بان موجب الضمان هنا امسك العين  
المعارة بعد انتهاء العقد . ومن قال بعدم وجوب الرد الا بعد طلب المعير  
قال : بان العين المعارة تبقى فى يد المستمير بعد انتهاء العقد . ودية فلا يجب  
ردها الا بطلب المعير والتالى يكون موجب الضمان حينئذ فى هذه المسألة  
اعطاء العين المعارة لاجنبى ليردها بعد انتهاء عقد المعارة . وقد سبق اول هذا  
الفصل بيان ذلك وان الراجح وجوب رد العين المعارة بمجرد انتهاء عقد المعارة  
وبينت هناك وجه رجحان هذا الامر فلا داعى لاعادته . (١)

وهل هذا فيكون موجب الضمان فى هذه المسألة هو امسك العين المعارة بعد  
انتهاء عقد المعارة . (٢)

---

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

(٢) واما الشافعية والحنابلة فلم اجد لهم كلاما فى هذه المسألة الا ان الذى  
يظهر لى من كون المعارة عندهم بعد انتهاء عقد المعارة كالعين المفصومة  
فى يد الخاصب ، ان المستمير لا يبرأ من الضمان برد المعارة مع الاجنبى  
اذا تلفت فى يده .

وله فيه فيكون موجب الضمان حينئذ امسك العين المعارة بعد انتهاء عقد المعارة

كما هو الامر عند الاحناف على احد قولين . انظر الرملى : نهاية المحتاج الى

شرح المحتاج ج / ١٢٤ / ٥ ، الهيثمى - تحفة المحتاج ج / ٤٢٠ / ٥ ،

البيهقى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٦٦ / ٤ / ٧٢ / ٧٣ ، ابن

قدامه - المخنى ج / ١٢٠ / ٥ .



أما إذا رد المستعير العين المعارة الى المصير مع اجنبى قبل انتهائهم  
عقد العارية فللقهاء فى ابراء المستعير من الضمان اذا تلفت العين المعارة فى  
يد الاجنبى قولان :

- القول الاول : يبرأ المستعير من الضمان ، والى هذا ذهب الاحناف فى  
اصح القولين عنهم ، قال فى البرهان : وهذا قال مشائخ الطرق وهو ما عليه  
الفتوى . اهـ . والى هذا القول ذهب المالكية ولعلوا لذلك بان عادة الناس  
جارية برد الحواري مع الرسل وان لم يكونوا من عيال المستعير او المصير ، ولعل  
هذا فلا يكون رد ما مع الاجنبى موجبا للضمان على المستعير اذا تلفت فى يد  
الاجنبى قبل الرد لعدم تعدى المستعير وارية ما لا يخاب عليه امانة لا تضمن  
الا بالتعدى او التقصير . (١)

- القول الثانى : لا يبرأ المستعير من الضمان والى هذا ذهب الاحناف على  
القول الثانى عندهم ومن ذهب اليه منهم الكرخى والباقلانى وهو ظاهر  
ما ذهب اليه المالكية فى عارية ما لا يخاب عليه (٢) ، وسبب الخلاف بين قهه  
الاحناف فى هذه المسألة خلافهم فى جواز ايداع المستعير العارية عنده  
غيره فمن قال منهم بجواز ايداع المستعير العارية قال : ببراءة المستعير من الضمان  
اذا رد العين المعارة مع اجنبى لعدم تعديه بذلك العمل ومن قال منهم  
بعدم جواز ايداع المستعير للعين المعارة قال : بان اعطاء العارية للاجنبى

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ . الهابرتى

شن العناية على الهداية ج ٩ / ١٨ ، واماد افندى - مجمع الانهر شرح

ملتنقى الابحرج ج ٢ / ٣٥١ وانظر الدر المنقى بهامشه . شرح الخرشى

على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٨ . المههجة شرح التحفه ج ٢ / ٢٧٧ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

للأجنبي اعتداء من المستعير فلا يبرأ من الضمان إذا تلفت لتعديده بذلك الإعتداء  
والمارية امانة لاتضمن الا بالتعدى او التقصير (١) . ولقد سبق بيان ان للمستعير  
ان يودع العين المعارة عند غيره بادلة قوية . (٢)

واذا ثبت بما سبق ان للمستعير ان يودع العين المعارة جازله حثـ  
أن يرد العين المعارة مع اجنبى ولا يعتبر متعدياً بذلك كما لا يعتبر متعدياً  
بايداعها عند غيره ومن هنا فيبرأ من الضمان برد العارية مع اجنبى اذا تلفت  
فى يده .

ولم اجد لشير الاحناف والمالكية كلاماً فى هذه المسألة الا ان الذى يفهم  
من كون العارية مضمونة بكل حال عند الشافعية والحنابلة فى اصح القولين عنهم  
فى ذلك . ان المستعير لا يبرأ من الضمان الا برد العين المعارة الى يد المعتبر  
او الى من يقوم مقام يده . (٣)

فاذا تلفت العين المعارة قبل الرد فلا يبرأ من الضمان سواء اكانت فى  
يده او فى يد اجنبى وسياتى فى الفصل الثالث ان شاء الله ، ان العين المعارة  
امانة فى يد المستعير كما هو راي الاحناف ومن معهم من الفقهاء فى ذلك (٤) .

---

(١) المراجع السابقة

- (٢) انظر ص من هذه الرسالة .  
(٣) انظر ص من هذه الرسالة .  
(٤) انظر ص من هذه الرسالة .

وإذا كانت العارية امانة ، فالذى يظهر لى ان المستعير يرا من الضمان  
اذا تلقت العارية فى يد اجنبى امره بردها قبل انتهاء عقد العارية وذلك نظرا  
الى ان المستعير ، أمين على المين المارة والمؤمن لا يضمن الا اذا تصدى  
او قصر<sup>وليس</sup> فى اعطائه المين لاجنبى ليردها تعد لانه يملك الايداع فملك ردها  
مع الاجنبى . (١)

### - المسألة السادسة : رد العين المارة الى الحاكم والولى :

اذا رد المستعير العين المارة الى الحاكم ، عند غياب الممير ووكيله  
او الى الورثة عند موته او جنونه او اغماه اذا استمر الاغماء ثلاثة ايام فاكتمر  
او الى الولي عند الحجر عليه لسفه او غلبى برأ المستعير حنثا من الضمان ، لانه  
اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس فييرا من الضمان بذلك .  
والى هذا ذهب الشافعية (٢) ، والظاهر ان جمهور الفقهاء لا يخالفون  
فى ذلك فى الجملة لما سبق من انهم يقولون : بوجوب رد العين المارة عند  
انتهاء عقد العارية (٣) ، فاذا وجب ردها عند انتهاء العقد الى الممير وقد  
تعذر الرد اليه لمانع ما كوت او نحوه ، فالظاهر انها ترد الى من له الولاية  
فى ذلك كالحاكم ونحوه .

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ . الهابرتى  
العناية على الهداية ج ٩ / ١٨ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير والهداية  
وحاشية سمعدى .

(٢) الانصارى - اسنى المطالب شرح رضى المطالب ج ٢ / ٣٢٩ / ٣٣٢ ، الهيشى  
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥ / ٤٢٠ ، الرملى - نهاية المحتاج  
ج ٥ / ١٢٤ / ١٣١ وانظر فى نفس الصفحة فى اسفلها حاشية الشبراملى  
على نهاية المحتاج .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

المسألة السابعة : تسليم العين المعارة للمعير في الموضع الذي حصلت

فيه الاستعارة :

إذا وجب رد العين المعارة الى المعير وجب على المستعير ان يردها اليه حيث اخذها منه ، فلو اخذها منه في الطائف مثلا ، وجب عليه ان يردها اليه في الطائف ، الا ان يتفقا اى المعير والمستعير على بلد او موضع اخر وذلك قياسا على رد العين الفصو به .

ولا يجب على المستعير ان يردها الى غير الموضع الذي اخذها منه ولا يجوز للمعير ان يلزمه بذلك فلو اخذها من المعير في مكة والماله بها في المدينة لم يجب عليه ان يحطها اليه في المدينة الا اذا كانت معه فيلزم دفعها اليه لعدم العذر .

وذلك نظرا الى ان الاطلاق انما اقتضى الرد من حيث اخذ اعادة للشئ الى ما كان عليه فلا يجب ما زاد فالاصل ان ما وجب رده لزم رده الى موضعه كالمفصوب والى هذا ذهب الحنابلة والاحناف (١) . والله تعالى أعلم .

\*\*\*

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج ١٦٦/٥ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٧٣/٤ - ابن عابد بن - قرقيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٤١٣/٤١٤

### المبحث الثالث : اجرة رد العين المعصاة

اذا كانت العين المعصاة ، مما يفترق ، الى جهد وموئنة ، عند الرد الى المعير ، فلا اعلم خلافا بين عامة الفقهاء ، في وجوب ذلك على المستعير فسي الجملة (١) ، وما يستدل به على هذا :

قوله عليه الصلاة والسلام : على اليد ما اخذت حتى تؤديه (٢) حيث دل الحديث الشريف ، على ان اليد اذا اخذت ، من مال الخير شيئا ، وجب عليها رده اليه ، وهذا عام ، فيما كان الاخذ فيه باذن ، او بخير اذن ، وبهذا يدخل المستعير ، تحت هذا الحكم ، فيجب عليه رده العين المعصاة الى معيرها ، ان قد

- 
- (١) المهروي - شرح كنز الدقائق ج ٢/١٤١ ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج ٢/٢٠٤ ، المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١٦/١٧ ، مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير والعناية ، وحاشية سعدى ، الدرر يريد الشرح الصخير ج ٢/٢٠٨ مطبوع بهامش بلخة السالك شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج ٦/١٣٦ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/١٢٩ ، السيد البكري - فتح العين واعانة الطالبين ج ٣/١٣٣ ، مطبوعان في كتاب واحد الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج ١/٥٢٢ ، الرطبي - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان ج ١/٢١٥ ، ابي البركات - المحرر في الفقه ج ١/٣٦٠ ، ابن تيمية الاختيارات الفقهية ج ١/١٥٩ ، ابن قدامة - المغني ج ٥/١٦٦ .
- (٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص - من هذه الرسالة .

اخذ مال الغير باذنه ، فوجب عليه رده ، ويؤيد هذا قوله عليه الصلاة والسلام :  
"المعارية مؤداة" (١) اى يجب ردها الى معيرها .

واذا ثبت بهذا : وجوب رد العين المعارة ، على المستعير شرعا ، وجب عليه  
حين ان - جميع ما لا يكون الرد الا به زه ومن ذلك المؤنة ، او الجهد الذى  
يتم به رد العين المعارة .

ثم ان الاعارة ، بر ومكرمة ، فلولم تجعل مؤنة الرد على المستعير ، لنفراكثر  
الناس ، من اعارة اموالهم ، فتشجعا لاستمرار هذا الجانب من المعروف ، ونشره  
بين صفوف المجتمع ، جعلت اجرة الرد وجهده على المستعير ، دون المعير .

ولعل من الطف ، ما استدل به ، على عدم وجوب اجرة الرد ، على المعير  
ما جاء فى كتاب شرح الخرشي المالكى حيث قال : " ان الاعارة ، معروف صنعه  
المعير فلا يكلف اجرة معروف صنعه " (٢) واذا ثبت بهذا ، ان اجرة رد العين  
المعارية على المستعير ، فان الفقهاء استثنوا ، من ذلك مسألتين ، تجب اجرة  
رد العين المعارة فيها على المعير دون المستعير وهما :

المسألة الاولى ، اذا كانت المعارية عارية للرهن .

المسألة الثانية ، اذا كان المعير مستأجرا .

وفىما يلى بيان ذلك :

---

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ( ) من هذه الرسالة .

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٩ .

المسألة الاولى ، اذا كانت العارية عارية للرهن :

اذا كانت العين المعارة ، قد اخذت في مصيرها للرهن ، اى ليرهنها المستعير في دين عليه ، فاذا رهنها المستعير ثم انتهى الرهن بقضاء الدين او نحو ذلك ، فلا يكف المستعير ولا المرتهن ، بدفع اجرة رد العين المعارة وانما يجب ذلك على المصير ، والى هذا ذهب الاحناف . (١)

ويعللون لذلك ، بان العين المعارة اذا اخذت ، لترهن في دين على المستعير كانت تلك العين في يد المرتهن مضمونة ، لحد يثعطاء : " ان رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن ، فجاأ الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فاخبره بذلك ، فقال : ذهب حقه " (٢) قالوا ولا يجوز ان يراد بقوله : " ذهب حقه " ذهاب الحق فى الحبس ، لانه لا يتصور حبسه بعد هلاكه ، فلا يحتاج فيه الى البيان . (٣) ، وانما ثبت ، ان العين المرهونة مضمونة على المرتهن ، فان العين المعارة للرهن ، تكون مضمونة على المرتهن فلو تلفت فى يده لوجب عليه ضمانها ، وكونها قد اصبحت

---

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كزالدقائق ج ٢/٢٨٣ ، حاشية الطحاوى على الدر المختار ج ٣/٣٨٨ ، ابن عابدين - قره عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٨/٤٠١ .

(٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) انظر ، المراجع السابقة ، وانظر ، واماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابرج ج ٢/٥٨٦ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج ٦/٦٣ / ٦٤ وانظر ص ( ) من هذه الرسالة . فهناك كلام على ضمان العين المرهونة وعدمه .

مضمونة ، بعد ان كانت امانة ، امر يعود بالنفع على مالكيها ، فجعلنا حصول النفع هنا للمالك ، بمنزلة حصول الاجرة للمؤجر حيث لزمته اجرة الرد ، لذلك . (١)  
ولقد سبق ان بينت بادلة قوية رجحان ، ان العين المرهونة ، امانة في يـسـد المرتهن ، عند الكلام على رهن العين المصاراة ، في الباب الرابع من هذه الرسالة (٢)  
ومن هنا فالذي يظهر لي عدم استثناء المستعير للرهن ، من عموم وجوب اجرة الرد على المستعير ، والله اعلم .

### موصى

المسألة الثانية ، اذا كان المستعير مستأجرا وموصى له بالمنفعة :

اذا اعار المستأجر ، والموصى له بالمنفعة ، عين المال المؤجر او الموصى به فلا يجب على المستعير حينئذ اجرة رد العين المصطرة ، وما يتبع ذلك من جهده ، ان رد العين الى مالكيها ، كما لو ردها المستأجر والموصى له بالمنفعة الى المالك .

اما اذا ردها المستعير ، الى المستأجر ، او الموصى له بالمنفعة ، فيجب عليه حينئذ اجرة الرد ، كما في سائر العواري .

والى هذا التفصيل في هذه المسألة ، ذهب فقهاء الشافعية ، ولم اجـد لغيرهم كلاما في ذلك . والله تعالى اعلم .

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر ، ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) الانصارى - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩ ، الرطبي - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٥ ، الشربيني - معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج ٢ / ٢٦٧ .



الفصل الثالث : ضمان العين المعارة بعد تلفها

- المبحث الاول : الاصل في العارية من حيث الضمان وعدمه
- المبحث الثاني : ما يوجب الضمان ، او ما يوجب سقوطه
- المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد العارية او نفيه
- المبحث الرابع : الواجب في ضمان العارية

المبحث الاول : الاصل في العارية من حيث الضمان وعدمه

---

اختلف الفقهاء في العارية ، هل الاصل فيها انها امانة في يد المستعير  
فلا يضمنها الا اذا تعدى فيها او قصر في حفظها ، ام ان الاصل فيها الضمان ، وقد  
يعرض لها ما يجعلها غير مضمونة . ؟

للفقهاء في ذلك اربعة اقوال :

القول الاول : ان العارية امانة في يد المستعير ، وبالتالي فلا ضمان عليه اذا  
تلفت او تلف بعض اجزائها ، الا اذا تعدى عليها او قصر في حفظها .

والى هذا القول ذهب الاحناف وهو قول مرجوح عند الشافعية وذكره الحارثي  
وابن تيمية من الحنابلة عن بعض اصحاب الامام احمد واختاره منهم ابن قيم الجوزية  
كما اشار الى ذلك المرادوي .

وروى هذا القول ايضا عن عمر بن الخطاب وعلى بن ابي طالب وابن مسعود من  
الصحابة واليه ذهب عمر بن عبد العزيز والحسن البصري والنخعي والاوزاعي والثوري  
والشعبي وابن شبرمة والشيعة الزيدية وابن حزم الظاهري . (١)

---

(١) القدوري- الكتاب ومعه شرحه اللباب للميداني ج / ٢ / ٢٠٢ السمرقندي تحفة  
الفقهاء ج / ٣ / ٢٤٤ الهروي- شرح كنز الدقائق ج / ٢ / ١٤٠ النووي- روضة الطالبين  
ج / ٤ / ٤٣١ الرافعي- فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٨ مطبوع مع المجموع شرح  
المهذب حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للاروبيلي ج / ١ / ٥٢٢ المرادوي- الانصاف في  
معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٢ السرخي- المبسوط ج / ١٢ / ١٣٤ ابن قدامة  
المفني ج / ٥ / ١٦٤ المرتضى- البحر الزخار الجامع هذا من علماء المصالح ج / ٥ / ١٢٢ ابن  
حزم الاندلسي- المحلى ج / ٩ / ١٦٩ مسألة رقم (١٦٥٠) .

القول الثاني : ان الاصل في العارية الضمان ، سواء اتعدى فيها المستعير او لم يتعد **X** . فاذا تلفت او تلف بعض اجزائها ، التي لا تذهب بالاستعمال المأذون فيه ، وجب عليه الضمان حنفت ، " لان ما ضمن جملته ضمننت اجزائه كالمفصوب " (١) .  
الا انه قد يعرض ما يسقط الضمان ، وبيان ذلك في مسائل ، سيأتي الكلام عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل .

والى هذا القول ، ذهب الشافعية والحنابلة في اصح الاقوال عنهم ففى ذلك . (٢) وما استدلووا به على هذا ما يأتى :

١ - عن صفوان بن امية : ان النبي صلى الله عليه وسلم ، استعار منه دروعا يوم حنين ، فقال : اغصبا يا محمد ، قال : بل عارية مضمونة " (٣) .

فقوله عليه الصلاة والسلام : بل عارية مضمونة ، دليل على انها فى ضمان المستعير سواء اتعدى فيها اولم يتعد **X** ، فان وصف العارية بالضمان ، امر يوجب ملازمة هذا الوصف للعين المعارة ، كما اوجب وصف العين المرهونة ، بانها

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٦٥ .

(٢) النووى - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣١ ، الرملى - غاية البيان شرح زيد بن رسلان / ٢١٥ ، الشريئى - الاتناع فى حل الفاظ ابي شجاع ج ٣ / ١٣٥ مطبوع بهامش حاشية البيجرى ، المرادوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ٦ / ١١٢ ، ابو البركات - المحرر فى الفقة ج ١ / ٣٦٠ ، ابن رجب - القواعد ٥٤ قاعدة رقم (٤٢) .

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ( ) من هذه الرسالة .

مقبوضة في الآية الكريمة : " فرهان مقبوضة" (١) ملازمة هذا الوصف لها .  
وعلى هذا فقله : " مضمونة " صفة موضحة ، اى عارية من شأنها الضمان فيبدل  
ذلك على ضمانها ما لقا . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان المراد بالضمان في قوله عليه الصلاة  
والسلام : " بل عارية مضمونة " ضمان الرد ، لا ضمان العيين بعد التطف ، " ان قد  
جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في ضمان الرد ، لانه يبقى ببقاء الرد" (٣) .  
ثم ان اخذ النبي صلى الله عليه وسلم لدرع صفوان ، انما كان بخير اذ نه  
لحاجة المسلمين ، ولهذا قال : اغصبا يا محمد ، وعند الحاجة يرخص تناول مال  
الغير بدون اذنه ، بشرط الضمان كحالة المخمصة . وعلى هذا فيكون المراد بقوله  
" عارية مضمونة " اى عارية قد شرطنا لك ضمانها ، ولما كان صفوان بن امية حربيا  
في ذلك الوقت ، جاز هذا الشرط ، ان يجوز من الشروط بين الحربى والمسلم  
مالا يجوز بين المسلمين في الجملة (٤) وقال السرخى من الاحناف : " وقيل كانت  
الدرع امانة لاهل مكة عند صفوان ، فاستمارها رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) سورة البقرة ، آية رقم (٢٨٣) .

(٢) الشيرازى - المهدب ج / ١ / ٣٧٠ ، البيهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع  
ج / ٤ / ٧٠ ، الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٦ / ٤٢ الالبانى

سلسلة الاحاديث الصحيحة ج / ٢ / ٢١٠ ، حديث رقم (٦٣١) .

(٣) السرخى - المبسوط ج / ١١ / ١٣٦ .

(٤) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ ، بشى " من التصرف

د  
بمقتضى الآية  
التي فيها  
الضمان

لحاجته اليها ، فكان مستميرا من المودع ، وهو ضامن اذا فعل ذلك ، وقيل : ان قول النبي صلى الله عليه وسلم : " بل عارية مضمونة " انما كان تطييبا لقلب صفوان على ما روى انه هلك بعض تلك الدروع ، فقال صلى الله عليه وسلم : " ان شئت غرناها لك " فقال : لا ، فاني اليوم ارجب في الاسلام مما كنت يومئذ (١) ، ولو كان الضمان واجبا لامرة بالاستيفاء او البراءة " (٢) .

ب - روى الحسن عن سمرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " على اليد ما اخذت حتى تؤد به " (٣) .

حيث دل الحديث الشريف على ان من اخذ مال الغير ، وجب عليه ان يرد له اليه ، والعارية مال مأخوذ من صاحبه لمنفعة الاخذ ، فيجب فيه ذلك ، بلا خلاف (٤) .  
واذا كان الرد واجبا وقد تعذر لطف العين المعارة ، وجب رد القيمة ، كالمقبوض بطريق الغصب ، والمأخوذ بجهة السوم . (٥)

---

(١) هذه الزيادة في حديث صفوان رواها احمد وابوداود ، واخراجها للنساءى والحاكم واورد لها شاهدا من حديث ابن عباس بلفظه ، " بل عارية مؤداة " . انظر الساعاتى - الفتح الربانى ترتيب مسند الامام احمد ج / ١٥ / ١٢٩ ، الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٤١ / ٦ .

(٢) السرخى - المبسوط ج / ١١ / ١٣٦ .

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٤) انظر ص ( ) من هذه الرسالة .

(٥) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٤ ، الانصارى - اسنى المطالب شرح روض

المطالب ج / ٢ / ٣٢٨ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان الحديث انما يدل على وجوب رد المال الى صاحبه ، اما ضمان العين المعارة بعد التلف ، فلا دلالة فيه عليه ، وقياس العين المعارة ، على العين المفصولة ، والمقبوضة بجهة السوم ، ربما كان قياسا مع الفارق ، لان المعارية كما سبق قبضت باذن صاحبها ، بخلاف العين المقبوضة فصيها ، ولانها عقد تبرع بالمنفعة فلا يكون عقد ضمان كالهبة ، بخلاف المقبوض بجهة السوم ، فهو مأخوذ على سبيل المبادلة فيكون عقد ضمان . (١)

ج - ان المستعير من الخاصب ، يستقر عليه الضمان ، ولو كانت المعارية امانة لما استقر كالمودع من الخاصب . (٢)

وقد اجاب الزيلعي عن هذا : " بان المستعير انما لا يرجع بضمان الاستحقاق لان الرجوع به يسبب الغرور ، وهو لم يفره احد ، لان الحير متبرع كالمواهب ، وليس على المحسنين من سبيل . " (٣)

القول الثالث : ان كانت العين المعارة ، مما لا يغاب عليه كالمقار والسبيارات ونحوهما ، فهي امانة في يد المستعير لا يضمنها الا بالتعدى او التقصير في حفظها .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ .

(٢) ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٤ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض

المطالب ج / ٢ / ٣٢٨ .

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ .

اما اذا كانت العين المعارة مما يغاب عليه (١) ، كالحلى والثياب ونحوهما  
فهى مضمونة على المستعير ، الا اذا ثبت ان هلاكها بدون تعد منه او تقصير . هذا  
اذا تلفت العين المعارة جميعها ، اما اذا تلفت بعض اجزائها ، فيحلف المستعير  
ان ما حدث فى المعارة لم يكن بناء على تعد منه او تقصير ، ويبرأ بذلك من الضمان  
سواء كانت العين المعارة مما يغاب عليه او مما لا يغاب عليه ، فان نكل المستعير عن  
اليمين ، الزم حينئذ بالضمان ، ولا ترد اليمين ، لانها يمين تهمة .

والى هذا القول ذهب المالكية ، وهو احد القولين المرويين عن الامام مالك

وهو المشهور عنه ، وعن ابن القاسم واكثر اصحابه ، كما قال ذلك بن رشد . (٢)  
وذلك نظرا الى ان المستعير متهم فى العوارى التى يمكن اخفائها ، فالضمان  
فيها عندهم ضمان تهمة ، ينتفى باقامة البينة على ان الهلاك كان بدون تعد منه  
او اهمال .

---

(١) يقصد المالكية : " بما لا يغاب عليه " : الاعيان التى لا يمكن اخفائها ، كالعقار  
ونحوه ، وكذلك الاعيان التى يصعب اخفائها كالدواب والسيارات ونحو ذلك  
ويقصدون " بما يغاب عليه " : الاعيان التى يمكن اخفائها ، كالحلى ونحوها .

انظر : ابن عبد البر - كتاب الكافي فى فقه أهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠٨ .

(٢) المرجع السابق ، وانظر : ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد  
ج / ٢ / ٣١٣ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩١ ، شرح الخرشي على مختصر  
سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٤ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بما ناقشه به ابن حزم الاندلسي حيث قال  
" لانعلم للمالكية سلفا في قولهم بتضمين المستعير ما يغاب عليه ، الا عثمان البستي  
ولانعلم لهم حجة اصلا الا انهم قالوا : نتمهم المستعير فيما غاب ، فقلنا : ليس  
بالتهمة تستحل اموال الناس ، لانها ظن والله تعالى ، قد انكر اتباع الظن ، فقال  
تعالى : " ان يتبعون الا الظن ، وان الظن لا يغني من الحق شيئا " (١) وقال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اياكم والظن ، فان الظن اكدب الحديث (٢)  
ويلزمكم ، اذا اعلمتم الظن ، ان تضمنوا المتهم ، ولا تضمنوا من لا يتهم كما يقول  
شريح ، ويلزمكم ان تضمنوا الوديعة ايضا بهذه المتهمة (٣) .

القول الرابع : ان عارية ما لا يغاب عليه ، امانة لا تضمن الا بالتمدى او التقصير  
اما عارية ما يغاب عليه ، فمضمونه مطلقا ، سواء أثبت المستعير عدم تعديه على  
العارية ام لم يثبت ذلك .

والى هذا القول ذهب الامام مالك في احد القولين المرويين عنه . (٤) ودليل  
المالكية على هذا القول ، الجمع والتوفيق بين حد يشين :

- 
- (١) سورة النجم ، آية رقم (٢٨) .
  - (٢) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم  
الظن والتجسس والتنافس والتناجس ونحوهما .
  - انظر : صحيح الامام مسلم ج ٨ / ١٠ .
  - (٣) ابن حزم - المحلى ج ٩ / ١٦٩ مسألة رقم (١٦٥٠) .
  - (٤) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ ، ابن عبد البر  
كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج ٢ / ٨٠٨ .



أحدهما : انه عليه الصلاة والسلام ، قال لصفوان بن امية : " بل عارية مضمونة " (١) فقله : " مضمونة " صفة موصحة للعارية ، فيكون المراد ، عارية مضمونة شأنها الضمان ، وهذا يدل على ضمان العارية مطلقا .

والحديث الثاني : قوله عليه الصلاة والسلام : " ليس على المستعير غير المفل ضمان ، ولا على المستودع غير المفل ضمان " (٢) .

فدل الحديث الشريف ، على ان كل واحد من المستعير والمستودع لاضمان عليه ما لم يففل ، والمفل هو الخائن ، ومن الخيانة بلاشك ، تعدى الانسان على ما وضمن عليه ، او تفريطه في حفظه .

وعلى هذا ، فالحديث دليل ، على ان العارية امانة في يد المستعير ، لا تضمن الا بالتعدى عليها ، او اهمالها .

---

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٢) هذا الحديث اخرجہ الدارقطني ، والبيهقي ، في سنتهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيده ابن حسان ، عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، قال الدارقطني : عمرو وعبيده ، ضعيفان ، وانما يروى هذا ، من قول شريح غـير مرفوع ، ثم اخرجہ من قول شريح ، ولم يروه عبد الرزاق في مصنفه الا من قول شريح وقال ابن هبان في كتاب الضعفاء : عبيده يروى الموضوعات عن الثقات . ا هـ  
انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ١١٥ ، الشوكاني نيل الاوطار ج / ٦ / ٣٧ .

ومن هنا ، فالحديثان متعارضان في <sup>الظاهر</sup> ~~الظاهر~~ وللجمع بينهما ، حمل المالكية الحديث الاول ، على الصواري التي يمكن اخفائها كالخلى ونحوها .

وحملوا الحديث الثاني ، على الصواري التي لا يمكن اخفائها كالعقار ، او التي يصعب اخفائها ، كالسيارات والدواب ونحوها .

ويمكن ان يناقش الاستدلال بحدوث الاصطفا ، على ضمان الصواري التي يمكن اخفائها بما نوقش به الاستدلال بهذا الحديث على ضمانها مطلقا كما في القول الثاني .

والذي يظهر لي بعد هذا العرض لاراء الفقهاء في هذه المسألة ، ان العارية امانة في يد المستعير لا يضمنها اذا تلفت ما لم يتمد ~~لا~~ عليها ، او يقصر في حفظها بلا فرق في ذلك ، بين العارية التي يمكن اخفائها ، كالخلى ونحوها ، والتي لا يمكن اخفائها كالعقار ونحوه ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء كما سبق بيان ذلك في القول الاول .

وذلك نظرا الى ان السبب الموجب للضمان ، هو التعدي ، فما لم يوجد من المستعير هذا السبب فلا ضمان عليه ، كما كان الامر كذلك في الوديعة والاجارة . لان الضمان لا يجب على الانسان بدون فعله ، والفعل الموجود من المستعير ظاهرا : العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب ضمان .

اما العقد ، <sup>فلا</sup> ~~فلا~~ لانه عقد تبرع ، تطيكا او اباحة ، على اختلاف الاصليين ، فلا يكون عقد ضمان كالمهبة (١) \* والدليل عليه ان ماتناوله ، وهو المنفعة ، لا يصير مضمونا بهذا

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٥ ، بشي \* من التصرف ، وانظر : السرخسي - المهسول ج ١١ / ١٣٥ .

العقد ، فما لم يتناوله العقد اولى .

ولان العقد على المنفعة اذا كان بموض كالاجارة ، لا يوجب ضمان الممين مع ان تأثير الموض فى تقدير حكم ضمان العقد ، وعلى هذا فالمتصرى عن الموض اولى بذلك " (١) .

" اما القبض فلا يصلح سببا لوجوب الضمان فى عقد الحارئة لان المستعير قبض الممين المحارة بأذن صاحبها ، لا على وجه الاستيفاء ، ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان المدوان ، لا يجب الا على المعتدى ومع الاذن بالقبض ، لا يوصف بالتمدى ، فانتهى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التمدى ، وبهذا انتهى اعتبار القبض سببا لوجوب الضمان فى عقد الحارئة وخلاصة القول : ان وجوب الضمان شرعا ، اما بعقد يوجب ذلك او بشبهته بأن كان فاسدا ، او بالتمدى ، وعقد الحارئة عقد تبرع ، وهذا يعنى ، ان العقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد هو ولا شبهته ، والتمدى لا يتصور مع الاذن ، الا ترى ان القبض فى كونه موجبا للضمان ، لا يكون فوق الاتلاف ، ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان ، فالقبض اولى " . (٢)

---

(١) السرخى - المبسوط ج ١١/١٣٥ ، بشي\* من التصرف .

(٢) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/٨٥ ، بشي\* من التصرف . وانظر : الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨/٣٩٠٥

السرخى - المبسوط ج ١١/١٣٥ .

وإذا ثبت بهذا ان عقد العارية ، وقبض العين المعارة ، لا يصلحان سبباً  
لوجوب الضمان فالسبب اذن ، هو التعدي على العين المعارة ، فما لم يوجب من  
المستعير فلا ضمان عليه والله اعلم .  
نوجد

## المبحث الثاني : في ما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه

### المطلب الاول : في ما يوجب ضمان العين المعارة :

ترجع الامور التي توجب ضمان العين المعارة ، عند الفقهاء الى اربعة امور :  
الامر الاول : تلف العين المعارة ، بتعدى المستعير عليها ، او تقصيره في حفظها  
ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا الامر سواء منهم القائلون بان الاصل في العارية الضمان ، او القائلين بانها امانة .

ولقد سبق سرد بعض الادلة الدالة على ذلك ، عند الكلام على مشروعية الضمان في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا الباب ، فلا داعي لاعادة ذلك . (١)

الامر الثاني : تلف العين المعارة ، بعد تعدى المستعير او اهماله لها ، وان لم يقع التلف ، بذلك التعدى ، في الرحلة

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف ، والشافعية والحنابلة ، وذلك نظرا الى ان سبب الضمان : التعدى ، فاذا تعدى المستعير على العين المعارة فقد وجد بذلك سبب الضمان ، فيضمنها اذا تلفت ولو لم يكن التلف بالتعدى لان العين المعارة اصبحت مضمونة بتعديه .

والواقع ، ان للفقهاء في هذه المسألة تفصيلا سبق بيانه عند الكلام على ما ينشأ عن مجاوزة المستعير لتقييد المعير من احكام في الباب الرابع من هذه الرسالة ، وانما

(١) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

اقتصر هنا على الإشارة الى ذلك باختصار كما سيأتي للاطالة.

الامر الثالث : تلف العين المعارة بأفة سماوية ، او ضياعها بدون تعد او تقصير :

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الامر موجبا للضمان ، ولهم في ذلك اربعة اقوال :

القول الاول : ان تلف العين المعارة بأفة سماوية ، او ضياعها بدون تعد

او تقصير ، امر لا يوجب الضمان ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء .

القول الثاني : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة ، والى هذا القول

ذهب الشافعية والحنابلة على الاصح عندهم .

القول الثالث : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة اذا كانت مما يفسد

عليه اما اذا كانت مما لا يفسد عليه فلا يوجب ضمانها ، والى هذا القول ذهب الامام

مالك في احدي الروايتين عنه .

القول الرابع : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة اذا كانت مما يفسد

عليه ، الا اذا اثبت المستعير ، ان تلف العارية او ضياعها كان بدون تعد او تقصير

منه ، او ان يحلف ان كان التلف في بعض اجزاء العين المعارة ، بان ما تلف منها

لم يكن بسببه ، ويبرأ بذلك من الضمان ، سواء اكانت العارية مما يفسد عليه او مما

لا يفسد .

والخلاف هنا بين الفقهاء ، راجع الى خلافهم في العارية ، هل الاصل فيها

الضمان ام ان الاصل عدمه . ؟

وهل المستعير متهم على العين المعارة ام لا . ؟

(١) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

فمن قال من الفقهاء : ان الاصل في العارية الضمان ، اوجب الضمان بتلفها او ضياعها سواء كان ذلك بتعد من المستعير او لا ، بغض النظر عما يستثنى من ذلك عنهم . (١)

ومن قال : بان الاصل في العارية ، عدم الضمان ، اى انها امانة فى يـد المستعير قال : بعدم اعتبار التلف باآفة سماوية او الضياع بدون تعد او تقصير موجبا بالضمان . (٢)

ومن قال : بان المستعير متهم على العين المعارة ، فرق بين ، عارية ما يغاب عليه وعارية ما لا يغاب عليه ، فى اعتبار هذا الامر موجبا للضمان كما سبق بيان ذلك . (٣)

الامر الرابع : اذا تلفت العين المعارة فى يد المستعير ثم ظهر انها مستحقة لغير معيرها ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء فى وجوب الضمان حينئذ ، كما لا اعلم خلافا بينهم فى ان للمستحق الخيار فى تضمين المعير او المستعير ، ايها شاء . اما المعير ، فلانه غاصب للعين ، فوجب عليه ضمانها واما المستعير ، فقد ظهر ان العين فى يده ليست عارية ، لان العارية : تملك المنفعة ، والتملك

- 
- (١) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٣) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

ول  
انما يكون من المالك ، وهذا غضب لانه تصرف في مال الغير بدون اذنه . (١)  
المطلب الثاني : ما يوجب سقوط الضمان عند الشافعية والحنابلة :

علما ان الاصل في العارية ، الضمان على الاصح عند الشافعية والحنابلة  
سواء اتعدى المستعير عليها ، او لم يتعد ، كما اذا تلفت بآفة سماوية . (٢)  
ولقد استثنوا من هذا الاصل ، مسائل يسقط فيها الضمان عن المستعير عند  
تلف العارية ، بدون تعدد من ، وسأحاول بيان تلك المسائل فيما يلي :

المسألة الاولى :

و  
اذا تلفت العين المعارة او تلفت بعض اجزائها بالاستعمال المعتاد الماذون  
فيه ، فلا ضمان على المستعير حينئذ ، عند الشافعية والحنابلة على ( الاصح . (٣)  
عند الحنابلة وهو الاصح عند الشافعية

- (١) ابن عابدين - حاشية قرّة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٣٨٩ ،  
حاشية الدسوقي - على الشرح الكبير ج ٣/١١١ ، النووي - روضة الطالبين ج /  
٤/٤٣٢/٤٣٣ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/١٠٠/١٠٢ .  
(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٣) السيد البكري - اعانة الطالبين في حل الفاظ فتح المحمين ج ٣/١٣٢ ،  
حاشية البيهقي على الاقناع ج ٣/١٣٥/١٣٦ ، المرادوي - الانصاف في معرفة  
الراجح من الكلام ج ٦/١١٣/١١٤ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج ٤/٧١/٧٢ .



وانما وافقوا الاحناف ومن معهم في ذلك ، مع ان الاصل في العارية عند هم  
الضمان ، نظرا الى ان التلف هنا حصل بسبب مأذون فيه ، وهو الانتفاع بالعين  
المعارة ، في حدود ما اذن فيه المعير ، فأشبهه مالوازله في اتلافها صراحة . (١)  
وفي قول مرجوح عند الشافعية والحنابلة ، ان تلف العين المعارة ، او تلف  
بعض اجزائها بالاستعمال المأذون فيه ، يوجب الضمان ايضا على المستعير .  
وذلك نظرا الى ان مقتضى عقد العارية رد العين المعارة على صاحبها ، وقد  
تعدر ردها عند تلفها ، فيضمن في آخر حالات التقويم ، وكذا اذا فات بعضها  
فقد تعدر ردها جميعها فيضمن ما فات منها . (٢)

وفي قول مرجوح عند الشافعية ايضا : ان تلف العارية بالاستعمال المأذون  
يوجب الضمان على المستعير بخلاف تلف بعض اجزائها به ، حيث لا يعتبر ذلك من  
ضمانه ، وذلك نظرا الى ان مقتضى الاعارة الرد ، وقد يبقى من العين المعارة

- 
- (١) الانصارى - تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى عليها ج / ٢ / ٩٤ ، الانصارى  
- اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٨ ، البهوتى - كشاف القناع عن  
متن الاقتناع ج / ٤ / ٧١ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٥ .  
(٢) المراجع السابقة ، وانظر : الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج  
ج / ٥ / ١٢٦ ، للمحلى - شرح منهاج الطالبين ومعه حاشيتى القليوبي وعميرة  
ج / ٣ / ٢٠ ، المرادوى - الانصاف ج / ٦ / ١١٣ / ١١٤ .

عند تلف بعض اجزائها بالاستعمال المأذون ما يحقق هذا المقضى ، بخلاف ما اذا تلف كلها . (١)

### السؤال الثانية :

اذا كان المستعير ، قد استعار من مستأجره ، فلا تعتبر العارية حنث من ضمانه الا اذا تعدى فيها ، وذلك نظرا الى ان يد المستعير نائية عن يد غير ضامنة ، وهى يد المستأجر ، والانتفاع مستحق على المالك فأشبه انتفاع المستأجر (٢) هذا اذا كان المستعير قد استعار من مستأجره فى اجارة صحيحة ، اما اذا كانت الاجارة فاسدة ، فان العارية مضمونة على المستعير من المستأجر حنث عند الشافعية ، سواء اتعدى فيها اولم يتعدى ~~ل~~ وذلك نظرا الى ان المعير ضامن فيضمن المستعير ايضا كما جزم به البغوى من الشافعية ، قال لانه فعل ماليس له . فان قيل ، فاسد كل عقد كصحيحة فى كل ما يقتضية ، فكان ينبى عدم الضمان اجيب بان الاجارة الفاسدة ، ليست كحكم الصحيحة فى كل ما تقتضية بل فى سقوط الضمان بما تناوله الاذن ، لا بما اقتضاه حكمها . (٣)

وفى قول مرجوح عند الحنابلة والشافعية ، ان العارية هنا مضمونة مطلقا ، سواء اكانت الاعارة من مستأجر اجارة صحيحة ام فاسدة .

(١) المراجع السابقة .

(٢) الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٩ ، الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٦ ، المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ٥٠ ، ابن رجب القواعد / ٢١٢ .

(٣) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩ بشى \* من التصرف .

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك ، تغليا للاصل في العارية ، والاصل فيها  
عندهم الضمان ، كما سبق بيان ذلك . (٦)

### المسألة الثالثة :

اذا طلب المستعير العارية ليرهنها في دين عليه ، فهي غير مضمونة عند  
الشافعية ، ان تلفت عند المرتهن .

اما ان تلفت في يد المستعير ، قبل ان يقبضها المرتهن ، او بعد ان ردها  
على المستعير ، فهي من ضمان المستعير حنئذ ، لان هذا التصرف عارية  
ابتداء ، والعارية مضمونة فيضمن المستعير مادامت العارية في يده ، اما اذا  
قبضها المرتهن ، فقد تحول من العارية الى الرهن ، فاذا تلفت في يد المرتهن  
بدون تعد منه ، فلا تكون من ضمانه ، لان العين المرهونة امانة في يد المرتهن  
والامانة لا تضمن الا بالتعدى ، ولا ضمان على الراهن ايضا ، لانه وان كان مستعيرا  
والاصل انه ضامن بكل حال ، الا ان العين المعارة ، لما لم تكن تحت يده  
فلا ضمان عليه ايضا .

ولان هذا التصرف لا يعتبر عارية ، حال وجود العين المعارة عند المرتهن  
وانما هو ضمان من المصير لدين في رقبة المزار المرهون ، والحق الذي رهننت

---

(١) الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٩ ، الرملى - نهاية  
المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٦ ، المرداوى - الانصاف في معرفة الراجح  
من الخلاف ج / ٦ / ٥٠ ، ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ٢١٧ ، القاعدة  
رقم : ( ٩٤ ) .

العين المعارة فيه ، متعلق بذمة المستعير للرهن فلا يسقط بثلفها ، فلو الزمناء  
بالضمان لكان في ذلك اجحاف به . (١)

وأما عند الحنابلة ، فالعين المعارة للرهن مضمونة على الراهن ، لأنه مستعير  
وهو ضامن ، وأمانة عند المرتهن ، فلا يضمن الا اذا تعدى ، لان يده يد امانة  
لا يد ضمان .

وظاهر قولهم هذا ، ان العين المعارة للرهن اذا تلفت في يد المستعير بتعد  
او غيره ، او تلفت في يد المرتهن بدون تعد او تفريط ، فالعارية حينئذ مضمونة  
على المستعير لان الاصل في العارية ، عندهم الضمان . (٢)

#### المسألة الرابعة :

اذا كانت العين المعارة كتابا موقوفا على المسلمين ، او دروعا موقوفة على  
الغزاة ، ونحو ذلك فالعارية حينئذ غير مضمونة على المستعير ، طالما يتعدى او يقصر  
في حفظها .

وعلى ذلك في تحفة المحتاج ، بأن المستعير من جملة الموقوف عليهم . (٣)

(١) الاقصادى - تحفة الطلاب حاشية الشرقاوى عليها ج / ٢ / ٩٢ / ٩٣ ، الرطلى

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤ / ٢٤١ .

(٢) ابن رجب - القواعد فى الفقه الاسلامى / ٤٨ ، القاعدة رقم (٣٧) ، البيهوتى

كشاف القناع عن متن الاقتاع ج / ٣ / ٣٢٣ / ٣٢٤ .

(٣) الرطلى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٥ ، الهيئى - تحفة

المحتاج مع حاشيتى الشروانى والعبادى ج / ٥ / ٤٢٣ ، ابن عبد الوهاب - حاشية

المقنع ج / ٢ / ٢٢٩ .

وتردد البهوتى من الحنابلة فى التحليل لذلك فقال : " ولحل وجه عدم ضمانها لكون قبضها ليس على وجه يختص المستعير بنفعه ، لكون تعلم المثلّم وتحليمه ، والغزو ، من المصالح العامة ، او لكون الملك فيه ليس لمعين ، او لكونه من جملة المستحقين له ، اشبه ما لو سقطت قنطرة موقوفة بسبب مشية عليها . وفى التحليل الاول نظر ، اذا عليه لافرق بين الملك والوقف ومقتضى التحليلين الاخرين ان ذلك لو كان وقفا على معين ونظف . ضمنه المستعير ، وهو ظاهر ، ولم اراه (١)

المسألة الخامسة :

اذا كانت العين المعارة موقوفة على معينها ، ولم يشترط لى الواقف عليه الانتفاع بنفسه او كانت العين المعارة مما اوصى للمعير بمنفعته ، بنحو صداق ، او صلح او سلم فلا يضمن المستعير منه حينئذ فى الاصح عند الشافعية ، لان يده نائبة عن يد غير ضامنة . (٢)

المسألة السادسة :

حينئذ

اذا كانت العين المعارة جلدا ضحيته مندورة ، فلا ضمان على المستعير حينئذ

كما ذكر ذلك البلقىنى من الشافعية ، وذلك لابتناء يد المستعير على يد غير مالك

(١) البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٧١ .

(٢) الهيثمى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥/٤٢٢ ، حاشية

الجمال على شرح المنهاج ج ٣/٤٥٩ .

بخلاف الاضحية نفسها فانها مضمونة على كل من المعير والمستعير ، كما ذكر ذلك الشرواني وغيره من الشافعية ، ثم قال : " ولعل الفرق ، ان الاضحية لما كان المقصود منها ، ذبحها وتفرقة لحمها اشبهت الوديعة فضمنت على المعير والمستعير ، بخلاف الجلد ، فان المقصود منه مجرد الانتفاع ، فاشبهه بالمباحات فلم يكن مضمونا على واحد منهما " (١) .

#### المسألة السابعة :

من وجد انسانا مقطعا ، فاركبه على دابته ، كان هذا التصرف عاريا والراكب مستعير ، لاضمان عليه الا اذا تعدى ، عند الحنابلة ، لان المالك هو الطالب لركوبه تقريبا الى الله . (٢)

اما الشافعية فذهبوا الى ان المستعير هنا ضامن ، لان الدابة تحت يدي الراكب ، ولان الاصل في العارية الضمان ، حتى يهتت مسقطه . (٣)

#### المسألة الثامنة :

اذا غطى المضيف ضيفه بلحاف ، او القى عليه وسادة ليستند اليها ، اعتبر هذا التصرف ، عارية غير مضمونة ، عند الحنابلة .

---

(١) الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج / ٥ / ٤٢٣ ، الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج مع حاشية الشبرايطسي ج / ٥ / ١٢٥ .

(٢) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧١ .

(٣) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩ / ٣٣٠ .

وطلوا ، لهذا ، بان المستعير في هذه المسألة لم يطلب الاعارة من المعير  
فناسب ان لا يجب عليه الضمان حينئذ . (١)

واما الشافعية ، فلهم في هذه المسألة وجهان :

أحدهما : ان هذا التصرف اباحة . ولا تضمن العين المباحة منفعتها الا بتعددها  
وقيل ان هذا هو الوجه .

الثاني : ان هذا التصرف ، عارية ، والاصل في العارية الضمان ، فتكون  
مضمونة على المستعير . (٢)

المسألة التاسعة :  
مضمونة

اذا اردف مالك الدابة انسانا خلفه على الدابة ، كان هذا التصرف عارية  
غير مضمونة ، فلو تلفت الدابة دون تعدى الرديف ، فلا ضمان عليه ، لان الدابة  
بيد مالكها . (٣)

اما عند الشافعية فعلى الرديف نصف ضمانها .

لان هذا التصرف عارية ، والاصل فيها الضمان ، فيجب عليه ذلك في نصيبه

كسائر العواري . (٤)

- 
- (١) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٢١٠ .
  - (٢) الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج ٥/٤١٨/٤١٩ .
  - (٣) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٢١٠ .
  - (٤) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/٣٢٩ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج ٥/٤٢١ .

المسألة العاشرة :

إذا تلفت العين المعارة بدون تعدد من المستعير وإنما بمرور الزمن عليهم  
وتقادمه ، فالمعارة حنث غير مضمونة على المستعير ، عند الحنابلة .  
ويطلبون لذلك ، بان التلف بمرور الزمان في حكم ما تلف بالاستعمال لانه تلف  
بالامساك المأذون فيه ، فاشبه تلفه بالفعل المأذون فيه . (١)

المسألة الحادية عشر :

إذا أعار المحرم صيداً ، فتلّف في يد المستعير ، فلا ضمان عليه ، عند  
الشافعية ، على الأصح . وظل لذلك الميجرمي من الشافعية ، بان المحرم ملزم  
بارسال الصيد وعليه الجواز لله تعالى ، لانه متعدد بالاعارة . (٢)

المسألة الثانية عشر :

إذا أعطى الامام شيئاً من طل بيت المال على سبيل المعارة كان ذلك عارية  
صحيحة غير مضمونة على المستعير الا اذا تعدى عليها او قصر في حفظها ، والى  
هذا ذهب الاسنلوى من الشافعية ، لان المستعير من جملة المستحقين .

---

(١) ابن قدامة - المغنى ج / ١٦٥/٥ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن  
القناع ج / ٧٢/٤ .

(٢) حاشية البيجرمى على القناع ، وهو مطبوع بهامش هذه الحاشية  
ج ١٣٦/٣٦ ، الرطلى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج / ١٢٥/٥  
الشريينى - منى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج / ٢٦٧/٢ .



و أما صحة الاعارة ، فلأن الامام يجوز له ان يملك من بيت المال ، فإذا جاز له ذلك فالاعارة اولى . (١)

والراجع عند الشافعية ان هذا التصرف لا يعتبر عارية ، قالوا لان اعطاء (١) منفعه مال بيت المال " ان كان لمن له حق في بيت المال ، فهو ايضال حسيق . لمستحقة ، فلا يسمى عارية ، اول من لا حق له فيه أيجز ، لان الامام فيه كالسولي فسي مال موليه ، وهو لا يجوز له اعارة شيء منه مطلقا ، ومن ثم كان الصواب عنده الشافعية ، عدم صحة بيع الامام لقن بيت المال ، من نفسه لانه عقد عتاقة ، وهو ليس من أهل الحق ولو بعوض ، كالكتابة ، لانه بيع لبصير مال بيت المال ببيع غير آجر لملكة اكساية ، لولا البيع ، ولانه يمنع عليه تسليم ما باعه قبل قبض ثمنه وهذا مثله ، لان القن قبل الحق لا ملك له وبعبده قد يحصل وقد لا . فالمصلحة منتفية في ذلك لبيت المال رأسا .... ولا يلزم من تشبيه الامام بالسولي ، اعطائه احكامه من سائر الموجهه ، وقياس ذلك على اعتاق العبد من نفسه ممنوع " (٢)

السؤال الثالث عشر : اذا وضع رجل متاعه على دابة رجل ، ولم يأمره بتسييرها فسار بها ، كان هذا التصرف عارية غير مضمونه ، فاذا تلفت الدابة ، فلا ضمان على المستعير عند الشافعية ، ما لم يتعد . قالوا : لان العين الممارسة تحت يد مالكةا .

(١) الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٨ / ١٢٥ ، الهيثمى

- تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتى الشروانى والصبادى ج / ٥ / ١٢٢

(٢) الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٨ بشيء من التصرف

### هيند

اما اذا امره المستعير بتسيير الدابة ، فهي حنث مضمونة عليه ، كسائر الصواري . و للمستعير تضمين المعير المتاع ، اذا تلف ، لان المالك الدابة طرحه عنها ، (١) وان حمل مالك الدابة المتاع ، فان كان يسوءال صاحبه فمالك الدابة معير ، وان كان يسوءال المالك ، فهو وديع ، فلا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع .

" قال السبكي : ولك ان تقول لم جعل ذلك ، مع سوءال صاحب المتاع عارية ومع سوءال صاحب الدابة وليعة ، مع ان كلا منهما يصح بالايجاب والاستيجاب ولم يجد ما يميز احدهما عن الاخر ، الا ان يقال : الخرض في الانتفاع في تلك لصاحب المتاع فجعلت عارية ، وفي هذه لم يتحقق ذلك فحمل على الوديعة وتفرق هذه مسألة مالواركبتها منقطعا ، بان الدابة ثم تحت يد الراكب بخلافها هنا " . (٢)

وبهذا نأتى الى ختام المسائل التي استثناهما الشافعية ، والحنابلة من كون العارية مضمونة عندهم ، وان لم يتعد إليها المستعير . ولعل الراجح ، ان العارية امانة مطلقا ، فلا تضمن الا بالتعدى او التقصير في حفظها كما هو مذهب الاحناف ومن معهم من الفقهاء كما سبق بيان ذلك . (٣) واذا ثبت بما سبق ان العارية امانة ، فلا داعى لاستثناء هذه المسائل . والله تعالى اعلم بالصواب .

- 
- (١) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩ .  
(٢) المرجع السابق ، ج / ٢ / ٣٢٩ - ٣٣٠ بشىء من التصرف .  
(٣) انظر ص ( ) من هذه الرسالة .

المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد العارية او نفيه

المطلب الاول : اشتراط الضمان في عقد العارية :

علمنا ، ان الفقهاء في العارية من حيث الضمان وعدمه ، فريقان :

فريق يرى : انها امانة ، فلا تضمن الا بالتعدى عليها والتقصير في حفظها .

وفريق يرى : انها مضمونة في الجملة سواء اتعدى عليها المستعير اولم يتمدد <sup>نصر</sup>

الا في بعض مسائل سبق بيانها .

واذا ثبت هذا ، فان الفقهاء القائلين ، بان العارية مضمونة ، بغض النظر

عما استثنوا من ذلك ، لا يفرقون في ضمانها بين ان يشترط المعير الضمان صراحة

اولا يشترط ذلك ، لانها مضمونة عندهم بلا شرط . (١)

وعلى هذا ، فسواء اشترط المعير الضمان على المستعير صراحة اولم يشترط

ذلك ، فهي من ضمان المستعير ، سواء اتعدى فيها اولم يتعدى .

اما ما استثنوه من كون العارية مضمونة ، كقولهم بعدم ضمان ما تلف بالاستعمال

المأذون فيه ونحو ذلك مما سبق بيانه قبل قليل ، فهل يجوز اشتراط الضمان فيه

عندهم اولاً ، الواقع انني لم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم كلاما في

ذلك .

(١) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

ولعلمهم يعتبرون الشرط هنا باطلا لمخالفته لمقتضى العقد ، كما اعتبروا  
اشتراط نفي الضمان مطلقا ، شرطا باطلا لا اثر له ، لمخالفته ذلك على الاصح  
عندهم . (١)

واما الفقهاء القائلون ، بان العارية امانة لا تضمن الا بالتعدي ، فاختلفوا  
فيما اذا اشترط المصير الضمان ، فقال : اعرتك هذه الدابة على ان تضمنها عند  
تلفها ، هل يعتبر هذا الشرط صحيحا لازما ، فيضمنها المستعير ، ام يعتبر  
شرطا باطلا .

ولهم في ذلك اربعة اقوال هي كما يلي :

القول الاول : اذا اشترط المصير على المستعير ضمان العارية ، فالعقد صحيح  
والشرط لازم ، وبالتالي يجب على المستعير ضمان العارية سواء اتعدى فيها او لم  
يتعدى والى هذا القول ، ذهب المعتزلة من آل البيت ، والهادي ، وداود وقتادة  
وعثمان البتي والعمري ، والصنماني ، وهو قول عند الاحناف ، وعند المالكية

---

(١) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب مع حاشية الرطبي الكبير  
بهامشه ج ٢/٣٢٨ ، الرطبي - نهاية المحتاج بشرح المنهاج ج ٥/١٢٥  
حاشية الشيرقاوي على تحفة الطلاب ج ٢/٩٢ .  
البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٧١/٢٠ ، ابن عبيد  
الوهاب - مختصر الانصاف والشرح الكبير / ٣٨٩ .

في عارية مالا يفتاب عليه . (١)

القول الثاني : اذا شرط المعير على المستعير ضمان العين المعارة ، فالحق قد

صحيح ، والشرط باطل ، وبالتالي فلا ضمان على المستعير مالم يتعد .

والى هذا القول ، ذهب الاحناف في احدى الروايتين عنهم ، وهو القول

المعتمد عند المالكية في عارية مالا يفتاب عليه ، اما عارية ما يفتاب عليه ، فهي

مضمونة عندهم في الجملة فلا فائدة من اشراط ذلك ، والى هذا القول ذهب ابن

حزم الظاهري ايضا . (٢)

ومما استدل به لهم حديث عبد الله بن عمر ، ان رسول الله صلى الله عليه

---

(١) الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٣٨ / ٣٧ / ٦ ،  
الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٦٧ / ٣ ، المرتضى - البحر الزخار  
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ١٢٦ / ٥ / ١٢٧ ، الزيلعي - تبيين الحقائق شرح  
كنز الدقائق ج / ٨٥ / ٥ ، ابن عابدين - قره عيون الاخير تكلمة رد المحتار ج / ٨ /  
٣٨٩ / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣٩١ / ٣ / ٣٩٢ ، ابن عبد البر -  
كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج / ٨٠٨ / ٢ / ٨٠٩ .

(٢) ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٩٩ ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز  
الدقائق ج / ٢٨١ / ٧ ، داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ /  
٣٤٧ ، الدردير - الشرح الصغير ، ومعه حاشية الصاوي ج / ٢٠٦ / ٢ / ٢٠٧ ،  
شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج / ١٣١ / ٦ ، ابن حزم - المحلى ج / ٩ /  
١٦٨ / ١٧٠ مسألة رقم (١٦٥٠) .

وسلم قال : " ليس على المستعير غير المفل ، ولا المستودع غير المفل ضمان " . (١)  
فنفى في الحديث الشريف ، الضمان عن المستعير ، ومن في حكمه ، ما عدا  
المفل ، وهو الخائن ، ومن هنا كان اعتبار شرط الضمان ، مع ماورد في هذا  
الحديث ، من ان العارية لا تضمن الا بالتعدى ، مخالفة لمقتضى العقد ، فلا  
يعتبر حنثاً . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بان الاستدلال بهذا الحديث لا تقوم به حجة ، لان  
الحديث اخرجه الدارقطني والبيهقي وضعفاً ، وصححا وقفه على شريح ، كما  
جاء ذلك في كتب الحديث .

على انه لو صح فلا دلالة فيه على عدم جواز اشتراط الضمان في عقد العارية  
" لان المراد ليس عليه ذلك من حيث هو مستعير ، لانه لو التزم الضمان للزمه . (٣)  
القول الثالث : اذا شرط المصير الضمان على المستعير لا مريخاف منه ، فالشرط  
لازم ان هلكت العين المعارة <sup>من</sup> الامر الذي خافه وشرط الضمان من اجله .

- 
- (١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٢) الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٦٧ ، الشوكاني - نيل  
الاطوار من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ٣٧ / ٣٨ ، السرخي - المبسوط ج ١١ /  
١٣٥ ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١١٧ .  
(٣) الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٦٧ .

والى هذا القول ، ذهب مطرف بن عبدالله من المالكية .  
وعلل لذلك الرهونى ، بان المعير قصد كرامة المستعير ، ان سلمت المـيـن  
المعاراة ، ورفع الضرر عن نفسه فيما له مندوحة عنه ،  
هذا فى عارية ما يغاب عليه ، اما فى عارية ما يغاب عليه ، فمضمونة فى الجملة  
عند المالكية ، وحتند فلا فائدة من اشتراط الضمان عند اعارتها . (١)  
القول الرابع : اذا شرط المعير الضمان فى عارية ما لا يغاب عليه ، بطل الشرط  
ووجبت اجرة المثل ، ان استوفى المستعير المنفعة ، وان لم يستوفها بعد فسخ  
العقد ، ان الشرط يخرج عقد المعارية عن حكمة الى باب الاجارة الفاسدة  
والفاسد يجب فسخه .

يرضى  
وبيان ذلك ، ان المعير هنا لم يرضى بائشاء عقد المعارية ، الا بشرط الضمان  
وهو عوض مجهول ، لا يعرف مقداره حال العقد ، فكانت المعارية هنا فى معيـنى  
الاجارة الفاسدة ، ان العبرة فى العقود للمعانى لا للالفاظ والمباني .  
ومن هنا وجب ان يرد العوض المجهول الى ما هو معلوم ، وذلك بوجوب اجرة  
المثل ، ان استوفى المستعير المنفعة ، وان لم يستوفها بعد وجب فسخ العقد  
رفعا للفساد .

---

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ج / ٦ / ٢٠٠ / ٢٠١ ،  
ابن عبد البر - كتاب الكافي فى فقه اهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠٨ / ٨٠٩ ،  
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩١ / ٣٩٢ .

والى هذا القول ، ذهب المالكية فى احد الاقوال الحروية عنهم . (١)  
ويمكن ان يجاب على هذا القول والذي قبله ، بما جاء فى حديث صفوان بن  
اميه : " ان النبى صلى الله عليه وسلم ، استعمار منه ادراعا يوم حنين ، فقال :  
اغصبا يا محمد ، فقال عليه الصلاة والسلام : بل عارية مضمونة " (٢) .  
قال الامير الصنعانى : " فوصف العارية بانها مضمونة يحتمل انها صفة  
موضحة وان المراد من شأنها الضمان ، فيدل على ضمانها مطلقا ، ويحتمل انها  
صفة للتقييد ، وهو الاظهر ، لانها تأسيس ، ولانها كثيرة ، ثم ظاهره ، ان المراد  
عارية قد ضمانها لك ، وحنثذ يحتمل انه يلزم ، ويحتمل انه غير ملزم ، بل كالوعد  
وهو بعيد ، فيتم الدليل بالحديث للقتال ، بانها تضمن اما باشتراط المصير  
او بتبرع المستعير . " (٣)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى : ان العارية امانة لاتضمن الا بالتصدى او التقصير  
الا اذا شرط المعير الضمان او تبرع بذلك المستعير ، فتضمن حنثذ مطلقا ، سواء  
اتلفت بتعدى المستعير او بغيره ، وذلك لما ذكره الصنعانى ، فى بيان دلالة  
حديث صفوان ابن امية على هذا الامر .

---

(١) التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٦ ، حاشية الرهونى على شرح  
الزرقانى لمختصر خليل ج / ٦ / ١٩٩ / ٢٠٠ / ٢٠١ ، حاشية الدسوقى على الشرح  
الكبير ج / ٣ / ٣٩١ / ٣٩٢ .

(٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٣) الصنعانى - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٣ / ٦٨ .



ويؤيد هذا ، ان حديث صفوان ابن امية زوى بروايتين ، احدهما بلفظ  
" بل عارية مضمونة " والثانية بلفظ " بل عارية مؤنثة " . (١)

وفي هذا اشارة الى ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه عاريتين ، احدهما  
اشترط فيها الضمان ، والثانية لم يشترط فيها ذلك .

ويقوى هذا النظر ، ما جاء في نصيب الراية ، بعد ذكره للروايتين السابقتين

حيث قال : " قلت بل هما واقفتان ، يدل عليه ما رواه عبد الرزاق في مصنفه فسي

اثناء البيوع ، اخبرنا معمر عن بعض بني صفوان ، ان النبي صلى الله عليه وسلم  
استعار منه عاريتين ، احدهما بضمان ، والاخرى بخير ضمان " (١) وفي هذا دليل  
على ان العارية لا تضمن الا باشتراط الضمان ، والله اعلم .

المطلب الثاني : اشتراط نفى الضمان :

اختلف الفقهاء القائلون ، بان العارية مضمونة ، في جواز اشتراط نفى

الضمان ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : اذا اشترط المصير عدم ضمان العارية ، فالعقد صحيح والشرط  
باطل ، والى هذا ذهب المالكية في عارية ما يخاب عليه على احد الاقوال عتدهم

(١) سبق تخريج هاتين الروايتين ، انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

(٢) الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١١٧ .

وبه قال ابن القاسم منهم واليه ذهب الشافعية والحنابلة في احد القولين عندهم  
وبه قال الاسنوى والقلوبى من الشافعية (١) وذلك نظرا " الى ان كل عقد اقتضى  
الضمان ، لم يغيره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح او فاسد ، وما اقتضى الامانة  
فكذلك كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة " (٢) .

القول الثانى : ان الشرط ، والعقد فاسدان ، وبالتالي فالمستعير آثم اذا  
استعمل العين المعارة ، وعليه ضمان اجرة المثل .

والى هذا القول ، ذهب المالكية فى عارية ما يئجاب عليه على احد الاقوال  
عندهم واليه ذهب الشافعية فى احد القولين ، ومن قال به منهم ، الرطلى

- 
- (١) الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج /٣/ ٣٩١ ، شرح الخرشي  
على مختصر سيدى خليل ج /٦/ ١٢٤ ، المواق - التاج والاكيل لمختصر خليل  
ج /٥/ ٢٦٩ مطبوع بهامش مواهب الجليل ، الهيشى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج  
مع حاشيتى الشروانى والعبادى ج /٥/ ٤٢١ ، حاشية القلوبى على شرح منهاج  
الطالبين ج /٣/ ٢٠ ، حاشية الرطلى الكبير على اسنى المطالب شرح روض الطالب  
ج /٣/ ٣٢٨ مطبوع بهامش الاسنى ، ابن قدامة - المغنى ج /٥/ ١٦٤/١٦٥ ،  
المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج /٦/ ١١٢ ، البهوتى  
كشاف القناع عن متن الاقناع ج /٤/ ٢٠/٢١ .
- (٢) ابن قدامة - المغنى ج /٥/ ١٦٥ .

الصغير ، ووصفه بأنه الاوجه . (١)

ولعل وجه فساد العقد : ان شرط عدم الضمان ، شرط مخالف لمقتضى عقد  
المعارية ان مقتضى عقد المعارية ، ضمان العين المعارة ، بلا فرق بين ما يفتاب  
عليه وما لا يفتاب عليه عند الشافعية على الاصح ، بغض النظر عما استثنوا من  
ذلك . (٢)

ومقتضاه عند المالكية ، ضمان العين المعارة اذا كانت مما يفتاب عليه ، وعدم  
ضمانها اذا كانت مما لا يفتاب عليه في الجملة . (٣)

فاذا كان مقتضى عقد المعارية الضمان ، كان اشتراط عدم الضمان حينئذ شرطاً  
مخالفًا لمقتضى العقد ، فيوجب فسادَه حينئذ .

القول الثالث : ان العقد صحيح ، والشرط لازم ، وبالتالي فلا ضمان اذا تلفت  
العين المعارة عند اشتراط عدم الضمان .

والى هذا القول ذهب المالكية على احد الاقوال عندهم ، وهو مروى عن ابن  
القاسم منهم ، وقال ابو الخطاب من الحنابلة : أو ما الى ذلك احمد بن حنبل .

---

(١) التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٦ ، الدردير - الشرح الصغير  
مع بلغة السالك للصاوى ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ ، الرطى - نهاية المحتاج الى شرح  
المنهاج مع حاشية الشيراطسى ج / ٥ / ١٢٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهاج  
ج / ٣ / ٤٥٩ .

(٢) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .  
(٣) انظر : ص ( ) من هذه الرسالة .

ورواه ابن قدامة ، عن قتادة والمعبري ، ثم قال : وثيل ان قولهما ، عدم

ضمان العارية ، الا اذا اشترط ضمانها . (١)

ومما استدل به اصحاب هذا القول ، ان العارية معروف ، واسقاط الضمان

معروف آخر لا مانع منه ، ثم ان المعير لو اذن في اتلاف العين المعاراة ، لم يجب

ضمانها ، فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها . (٢)

وناقش ، ابن قدامة هذا فقال : " ان الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ، ويسقط

حكاه ، ان لا ينعقد موجبا للضمان مع الاذن فيه ، واسقاط الضمان ههنا نفسي

للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ، ولا يملك الاذن فيه " . (٣)

ولقد سبق ، ان الفقهاء فريقان في الجملة ، فريق يروى ان العارية ، امانة

وفريق يروى انها مضمونة .

---

(١) الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٣/٣٩١ ،

شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/١٢٤ ، التسولي

البهجة في شرح التحفة ج ٢/٢٧٦ ، ابن قدامة - المفني

ج ٥/١٦٤/١٦٥ ، المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف

ج ٦/١١٢/١١٣ .

(٢) ابن قدامة - المفني ج ٥/١٦٤ ، التسولي - البهجة في

شرح التحفة ج ٢/٢٧٦ .

(٣) ابن قدامة - المفني ج ٥/١٦٥ .

هذه ليس كصحي

والذى ظهر لى رجحانه هناك ، قول القائلين بأنها امانة ، بادلته ذكرتها  
فى موضعها فلا داعى لاعادتها تحاشيا للتكرار والاطالة . (١)  
واذا ثبت بما سبق ، ان العارية امانة ، فلا فائدة حينئذ من اشتراط نفسى  
الضمان ، ان هو منفى دون اشتراط ذلك صراحة ، فمقتضى كونها امانة ان لاتضمن  
مطلقا الا بالتعدى فيها .

والله تعالى أعلم بالصواب .....

---

(١) انظر : ص ( ٤٤٢ ) من هذه الرسالة .

المبحث الرابع : الواجب في ضمان العارية

العين المعاراة ، اما أن تكون مالا مثليا ، او مالا قيميا (١) .

ويقصد بالمثل : ما يوجد له مثل في الاسواق ، بلا تفاوت يمتد به ، كالكيلو والوزن ، والعددي المتقارب (٢) .

وللمثل تعريفات اخرى في الفقه الاسلامي لا تعد كثيرا ، عن هذا التعريف وان اختلفت معه في بعض القيود ، التي لا تشير كثيرا من المعنى العام .

x

(١) المثلي نسبة الى المثل ، لان كل نوع منه بعضه مثل بعضي .  
والقيمي : نسبة الى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد عما سواه . انظر

سليمان محمد - ضمان التلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ٦٨ .

(٢) واماد افندي - مجمع الانهر شن ملحق الابحرج / ٤٥٦ / ٢ .

لحل من المفيد ، ان ابين هنا ، ولو بايجاز ، ما يقصد بالمكيلات والموزونات والعدديات من الاموال وما يعتبر منها مالا مثليا وما لا يعتبر كذلك :

فالمكيلات : هي التي تقدر بالكيل كالقمح والشعير والذرة ونحوها من الحبوب واللبن والزيت وغيرها من السوائل . وربما استعمل الناس الوزن في بعض المكيلات . فقد شاع استعمال الوزن في الزيت وبعض الحبوب وحينئذ يجوز اعتبارها من الموزونات لقيام الصرف بذلك بين الناس .

وما تجدر الاشارة اليه أن لاعراف الناس وعادتهم اثرا كبيرا في تقسيم الاموال الى مكيلات وموزونات . فما كان يعرف في العصر الاولي للاسلام بانه من المكيلات كالحب والشعير يعرف اليوم بانه من الموزونات في بعض البلدان . بل قد يختلف الصرف في العصر الواحد من بلد الى اخر . فاللبن مثلا يعتبر في بعض البلدان مما يكال ، وفي البعض الاخر مما يوزن ، بل قد نجد هذا الاختلاف في البلد الواحد في السلعة الواحدة بحسب المناطق أو

\* والقيس من الاموال هو : ما لا يقدر بكيل ولا وزن ، ولا عد . ويعرف أيضا بأنه

الوضع . وفي كثير من عواصم العالم ومدنه في الوقت الحاضر يكاد الكيل ان ينعدم في تقدير الاموال لاستبداله بالوزن .  
أما الموزونات المتحدة : فهي الاموال التي تقدر بالوزن ، كالمعادن من ذهب وفضة ونحاس ونحو ذلك . والماكولات من سكر وحلوى ولحم والفواكه التي توزن كالتفاح والموز ونحو ذلك . ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في اعتبار المكيل والموزن مثليا في الجطة بنظر النظر عما استثنى من ذلك عند بعض الفقهاء .

واما العدديات : فهي التي تقدر بالعد ، مما تتقارب احاده في الحجم بحيث لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ، ويرتبون عليه اختلاف القيم في المعاملات ، اذا كان ذلك من نوع واحد كالبيض والليمون وطوب البناء ونحو ذلك .

ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار العددي من الاموال مثليا ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : ان العددي المتقارب يعتبر مالا مثليا والى هذا ذهب الاحناف والمالكية .

القول الثاني : لا يعتبر العددي مالا مثليا والى هذا ذهب الامام زفر من الاحناف واليه ذهب الشافعية وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة .

وذلك نظرا الى "ان المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا ، فلا يقطع بكون المضمون مثلا للمثل ، فيصير الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون ، لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه السلام : "الحنطة بالحنطة مثلا بمثل" وكذا قال في الذهب والفضة . وهما موزونان والحنطة مكيل ، فامكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لاقيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي .

مالا يوجد له مثل في الاسواق اصلا ، او يوجد ولكن مع تفاوت كبير ، يعتمد به فسى

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بانه لامعنى للقول بان المماثلة في العدديات تثبت بالاجتهاد ، لان المكيلات والموزونات ايضا تثبت بذلك " اذ ان مطلق الجنس لا يكفي ، بل لابد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك لا يعرف بالاجتهاد ، وواضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف الا بالاجتهاد ، فلامعنى لما قيل في الاستدلال السابق اذ لم يكن بد من الاجتهاد في الكل . \*

ومن هنا فالذى يظهر ان العددي مال مثل لان المالية هي المعتمدة في المماثلة ، ومالية العدديات متساوية ، فكما يماثل الريال الريال فسى المالية فكذلك الجوز والليمون ، والبيض وما الى ذلك من العدديات المقارنة ، ولهذا لا تتفاوت قيمة احادها في عرف الناس . ومن هنا كانت المماثلة في العدديات اتم من المكيلات والموزونات ، فوجب ضمان ماتلف منها بجنسه لانه مثل له صورة ومعنى .

وما تحسن الاشارة اليه ان المتقدمين من الفقهاء لا يعتبرون المذروحات من الاموال المثلية وذلك نظرا الى أن الاموال المذروحة لم تكن في عهدهم متماثلة الاجزاء لتخلف المستوى الصناعي في ذلك العصر .

أما في عصرنا هذا ، فان التقدم الصناعي المذهل جعل من المذروحات اموالا متماثلة الاجزاء لا تتباين احادها اللهم الا من حيث الالوان فاذا حدد نوع القماش ولونه ، كان كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب ان لم يكن اولى بالمثلية منها .

ومن آثار الصناعة ايضا في هذا العصر استحداث اموال مثلية لم تكن معروفة عند المتقدمين وذلك كالسيارات وادواتها والنسخ المتعددة من كتاب مطبوع متوفر في الاسواق والكراسات والملابس والاواني المنزلية والادوية والمنسادل والجوارب والمالعق والشوك والساكين وجميع ما تنتجه المصانع الحديثة ، لاتحادها في المادة والحجم والشكل ، اذ قد



المعاملات •  
فالاول ، كالتحف النادرة ، والاثار القديمة ، والثاني كالحيوان بجميع أنواعه ، والمباني والاشجار والنسخ المخطوطة ، ولو من كتاب واحد ، والاحجار الكريمة لان بعضها لا يقوم مقام بعض\* (١)

وإذا اتضح المراد بالثلثي من الاموال بهذا الموجز ، فان الفقهاء اختلفوا

---

بلغت المصانع في هذا العصر من الدقة بحيث لا يستطيع الانسان التفريق بين احاد ما صنعه لشدة التماثل فيما بينها • فكان القياس ان يجرى عليها حكم المال المثلئ •  
وذالك نظرا الى ان الاساس الذي تعتبر به الاموال مثلية هو عدم التفاوت بين احادها اذ كانت من المعدودات وعدم التباين بين اجزائها اذ كانت من الكميات او الموزونات وغيرهما متوفرهما في الاسواق وهذا يوجد فيما ينتجه المصانع في هذا العصر بل ربما كانت اجدر بالمثلية من الموزونات والكميات والمعدودات لدقة صناعتها وتوفرها في الاسواق • انظر في هذا : سليمان محمد — ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ١ / ٦٨ / ٦٩ / ٧٠ / ٧١ / ٧٢ ، داماد افندي — مجمع الانهر شرح ملثقى البحر ج ٢ / ٤٥٦ / ٤٥٧ الحمصكي — الدر المختار معرد المحتار ج ٥ / ١٥٩ / ١٦١ • ابن قاضي سماونه — جامع الفصولين ج ٢ / ٩٧ • شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٦ / ١٤٣ ، الرافعي فتح العزيز شن الوجيز ج ٢٦٦ / ٢٦٩ • المحلى — شرح منهاج الطالبين ج ٣ / ٣١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وعميره • ابن مفلح — المبدع في شرح المقنع ج ٥ / ١٨٠ / ١٨١ • ابن حزم — المحلى ج ٨ / ٤٨٣ / ٤٨٤ مسألة رقم (١٤٧٦) — شلبي نظام المعاملات / ٩٨ / ٩٩ : ١٠٠ عيسوي الفقه الاسلامي ٢٤٢ / ٢٤٣ محمد يوسف — الاموال ونظرية العقود ، ١٦٤ / — بدران — تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود / ٢٨٩ • المحصاني — النظرية العامة للموجبات والمقنود ج ١ / ١٥ — حامد مصطفى — الالتزامات والعقود في الشريعة الاسلامية ٣٦ / ٣٧ •

(١) سليمان محمد — ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ٧١ / ٧٠ • وانظر المراجع السابقة •

في ضمان العارية المثلية ، هل تضمن بمثلها او بقيمتها •  
كما اختلفوا في ضمان العارية القيمية ، هل تضمن بجنسها او بقيمتها •  
واختلفوا ايضا في الوقت الذي تقدر فيه قيمة العارية عند وجوب ضمانها بالقيمة  
وفيما يلي ثلاثة مطالب لبيان ذلك عند الفقهاء :

- المطلب الاول : الواجب في ضمان العارية المثلية •
- المطلب الثاني : الواجب في ضمان العارية القيمية •
- المطلب الثالث : بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة العارية •

المطلب الاول : الواجب في ضمان العارية المثلية :

اختلف الفقهاء في ضمان العارية المثلية ، هل يجب ضمانها بمثلها  
او بقيمتها ، وللفقهاء في ذلك قولان :

- القول الاول : اذا كانت العين المعارة من الاموال المثلية ، فالواجب  
في ضمانها المثل لا القيمة ، والى هذا القول ذهب الحنابلة ، وهو أحد  
القولين عند الشافعية ، وظاهر مذهب الیه الاحناف ، لان العارية عندهم  
لا يجب ضمانها الا اذا تعدى المستعير عليها نتلفت من تعديه او بعمده بخيره ،  
ويعملون لذلك ، بأن المستعير مؤتمن على العين المعارة ما لم يتعدى ، حيث  
يعتبر في حكم الناصب ، وفي النصب عندهم يضمن المثل بمثله ، والذي  
يظهر ان العارية عندهم كذلك على اعتبار ان العين المعارة لا يجب ضمانها

عندهم ، الا اذا كان المستعير في حكم الغاصب ، (١)

- القول الثاني : اذا كانت العين المصاراة من الاموال المثلية فالواجب في ضمانها القيمة لا المثل ، والى هذا ذهب الشافعية في احد القولين عندهم وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، حيث قالوا : بأن المصاراة تضمن بقيمتها دون أن يفرقوا بين المصاراة المثلية والقيمية ، والذي يظهر من هذا الاطلاق ، أن كلا المصارتين تضمن عندهم بالقيمة (٢) .

ويحلل لذلك الشافعية : " ان رد مثل العين المصاراة مع استعمال جزء منها بالاذن متعذر ، فصار بمنزلة المثلى المفقود ، فرجع الى القيمة (٣) .

- 
- (١) ابن مفلح - المصدع في شرح المقنع ج ١٤٤/٥ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٧١/٧٠/٤ ، المهيشي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج ٤٢١/٥ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار مع حاشيتي الكثر والحاج ابراهيم ج ٥٢٢/١ ، النزيلي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٢٢٣/٨٩/٨٥/٥ ، السرخسي - البسوط - ج ١٣٧/١١ ، على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج ٤٦١/٣٠٨/٣٠٧/٢ ، مادة رقم (٨١٤) ورقم (٨٩١) .
- (٢) الشيرازي - المذهب ج ٣٧٠/١ - الانصاري - اسنى الطالب شرح رضى الطالب ج ٣٢٨/٢ - شرح السرخسي على مختصر سيدي خليل ج ٣٩١/٣/٦/١٢٣/١٢٤ ، الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٣٩١/٣
- (٣) حاشية الرملي الكبير على اسنى الطالب . شرح رضى الطالب ج ٣٢٨/٢ مطبوع بهامش الاسنى .

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأن المراد بالمثل ، المثل فى الجنس ، والتقارب فى الصفة ، فليس المراد المماثلة من كل وجه ، حتى يلزم من كون العين المعارة . قد استعملت فترة معينة بالاذن ان يتعذر وجود ما يماثلها فى الجنس ، ويتقارب معها فى الصفة يوم التعدى عليها او يـ تلفها فالسيارة التى استعملت لمدة شهر لا يتعذر وجود ما يماثلها فى الجنس ويتقارب معها فى الصفة يوم التعدى او يوم التلف وكذلك سائر المثلثات (١)

ومن هنا فالذى يظهر لى . أنه اذا وجب ضمان العين المعارة ، فإن كانت مالا مثليا ضمنى بالمثل كما هو القول الاول .

وذلك لقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٢)  
وقوله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٣)

حيث دل اسلوب المشاكلة فى الايتين الكريمتين على وجوب اخذ حـق المعتدى عليه من المعتدى بمثل ما اعتدى به ، والاعتداء على الانسان فى ماله داخل فى عموم ذلك كما سبق بيانه ، اول هذا الباب فيجب بموجب الايتين رد مثل التالف الذى وجب فيه الضمان صورة ومعنى ان كان مثليا كالمكيـل والموزون ، والمحدد المتقارب او معنى فقط ان لم يكن له ما يقاربه فى صفته من جنسه ، وذلك بالقيمة .

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤٥٩/٣ ، حاشية الباجورى ج ١١/٢

حاشية الصبـادى على تحفة المحتاج ج ٤٢١/٥ ، مطبوعة مـ

التحفة وحاشية الشروانى .

(٢) سورة البقرة اية رقم (١٩٤)

(٣) سورة الشورى اية رقم (٤٠)

" لان حق المالك ثابت فيما تلتصق به ، وقد أمكن اعتبارهما بايجاب  
المثل ولا ريب ان مثل الشيء ، أقرب اليه من غيره ، واسمه ينسب عن ذلك  
وحيث تقدرت العين وجب السير الى ما هو مثلها لانه أنتم واقرب الى  
رد العين الذي هو الاصل من القيمة فايجاب له لمائلته لها من طريق الصورة  
والمشاهدة والمعنى والقيمة مماثلة عن طريق الثمن والاجتهاد فكان ما طريقه  
المشاهدة مقدما ولان المثل اعدل وانتم في جبر الخائب وادفع للضرر لما فيه من  
مراعاة الجنس والمالية ولقيامه مقامه من جميع الوجوه والاعراض فان الاعيان  
اذا تساوت في قدر المالية والاصناف الخلقية ، فقد حصل الجبر بما يقصده  
العقلاء من المالية والاصناف وجميع الاعراض ، ولا التفت الى تفرع العين  
فانه لا يتعلق بها غرض مما قل بعد الفوات " (١)

فعلى هذا ، فاذا كانت العين الممارسة ، مثلية ، بان كانت طوما للبنان  
او خشبا أو سيارة ، أو معدنا يقدر بالوزن ونحو ذلك لزم رد مثلها متى وجب  
ضمانها والله أعلم .

---

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٥٨ ، -  
الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٢٢٣ ، الشيرازي  
المهذب ج ١/ ٣٧٥ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج  
مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج ٥/ ٢٢١ ، ابن قدامة - المغني  
ج ٥/ ١٧٧ الههوي - كشف القناع عن متن القناع ج ٥/ ٧٠ /

المطلب الثاني : الواجب في ضمان المعارية القيمية :

اختلف الفقهاء فيما اذا كانت العين المعارة مالا قيميا هل تجب القيمة عند وجوب ضمانها أم ان الواجب رجوعها ، ولا يعدل عن ذلك الا عند انعدامه .  
الواقع ان للفقهاء في هذه المسألة قولين :

القول الاول : ان المال اذا وجب فيه الضمان وكان قيميا لزم حينئذ رد قيمته .  
والى هذا القول ذهب جماهير الفقهاء من الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة  
والشيعة الزيدية . (١)

القول الثاني : ان القيمي يضمن بجنسه من حيث الخلقة حيونا كان او غيره ،  
ولا يضمن بالقيمة الا عند عدم الجنس .

والى هذا القول ذهب شريح وقتادة وعطاء والغنوي وعبد الرحمن الدارمي والظاهرية  
وهو رواية عن الامام احمد وقال بها من الحنابلة ابن تيمية وابن القيم الجوزية (٢) وما  
استدلوا به على ذلك ما يأتي :

---

(١) انظر : المراجع السابقة وانظر : المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذهب

علماء الاصار ج / ٥ / ١٧٤ / ١٢٥

(٢) ابن القيم - اعلام الموقعين عن رب العالمين ج / ٢ / ٧ / ٨ / ٩ / ١٠ ، ابن قدامة

المفتي ج / ٥ / ١٧٧ ، ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٠ / ٥٦٣ ، المحلى

ج / ٨ / ١٤٠ / ١٤١ مسألة رقم " ١٢٥٩ " ، الخطابي - معالم السنن

ج / ٥ / ٢٠١ مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للمنذرى وتهذيب ابن القيم

سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج / ٢ / ٤٦٦ .

أولاً: قال الله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١)

وقال تعالى: " فان عاقبتهم فمما قبوا بمثل ما عوقبتهم به " (٢)

وقال تعالى: " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٣)

حيث دللت الآيات السابقة على مشروعية المماثلة في استيفاء الحقوق المشروعة المعتدى عليها ومنها الاموال وذلك عام فلا فرق بين أن يكون المال مثليا او قيميا ، ومن هنا فلا يعدل عن جنس التالف من الاموال الى القيمة الا عند تعذره .

ويمكن ان يناقش هذا : بان المماثلة في الاموال تقسمان : مماثلة في الجنس والصورة والمعنى وهذا في ضمان المثليات ، ومماثلة في المعنى فقط وهذا في ضمان القيميات : (٤)

ثانيا : قال الله تعالى : " فجزاء مثل ما قتل من النعم " (٥)

حيث دللت الآية الكريمة على أن الواجب في اتلاف الصيد مثله ، لا قيمته ، ومع

انه قبيح لامثلي فيكون ذلك حكما عاما في سائر المتعلقات . (٦)

---

(١) سورة البقرة اية رقم (١٩٤)

(٢) سورة النحل اية رقم (١٢٦)

(٣) سورة الشورى اية رقم (٤٠)

(٤) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/٤٦٦

(٥) سورة المائدة اية رقم (٩٥)

(٦) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/٣١٧ ، محمد عيسى

- تهذيب الفروق ج ٢/٢٠٥ ، الفرق رقم ١١١ ، سليمان محمد - ضمان

المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/٤٦٨/٤٦٩ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : " بان الحكم في جزاء الصيد بالمثل من النعم حكم خاص في التقيد فلا يجوز القياس عليه لان ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر وحقوق الله تعالى تجرى فيها المساهلة ولا تحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء كحقوق الادميين " (١)

ثالثا : روى عن انس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساءه فارسلت احدى أمهات المؤمنين مع خاتم بقصة (٢) فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصة فضمها وجعل فيها الطعام وقال : كلوا وحبس الرسول القصة حتى فرغوا فدفع القصة الصحيحة وحبس المكسورة " (٣)

وهن عائشة رضى الله عنها انها قالت : " مارأيت صانعة طعاما مثل صفيصة أهدت الى النبي صلى الله عليه وسلم انا من طعام فما ملكت نفسى ان كسرتة فقلت يارسول الله ما كفارته " فقال : اناء كاناء وطعام كطعام " (٤) .  
فذكر في الحدِيث ان النبي صلى الله عليه وسلم ضمن الاناء بجنسه مع انه تيمى

في ذلك العصر وفي ذلك دليل على مشروعية ضمان القيس بجنسه الا اذا انعدم ذلك .

(١) المرجع الاخير من المراجع السابقة ج ٢/ ٤٦٩

(٢) القصة : واء يؤكل فيه . ويشرد ، وكان يتخذ من الخشب .

انظر : الزيات - المعجم الوسيط ج ٢/ ٧٤٦ مادة (قصع) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث . انظر ص

(٤) سبق تخريج هذا الحديث . انظر ص

من هذه الرسالة

من هذه الرسالة .



ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بأن النبي صلى الله عليه وسلم عندما رد مثل  
الاناء ومثل الطعام الممنوع لم يكن ذلك امرا منه بضمن هذه الاشياء وما شاكلها  
بالمثل وانما ذلك من باب الاحسان والمعونة والاصالح . لان الاناء والطعام  
المطبوخ لاشل لهما معلوم من جنسهما .

على أن كلا من الاناء والاعمام ، قد اتى به من أحد بيتي النبي صلى الله عليه  
وسلم للبيت الاخر . والثاهر ان مافى البيتين ملك للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة  
مايستخدم من ذلك . ومن هنا فلا يبعد أن يكون الاناء ان مملوكين له عليه الصلاة  
والسلام وقد حكى البيهقي ذلك .

فاذا كان التالف هنا ملكا للنبي صلى الله عليه وسلم فان للمرأة أن يحكم  
في ملكه بما يراه مناسبا ولا يكون ذلك من باب ما يحتمل عليه الناس من حكم الحكام  
في ابواب الحقوق والاموال .

ولو سلمنا أن الانائين مملوكان لزوجتيه عليه السلام لاله ، لم يكن في ذلك حجة  
على مشروعية ضمان القيس بجنسه لان القيمة في القيس لاتجب الا اذا طلب ذلك  
الجاني او المجنى عليه اما اذا تراضينا على المثل فلهما ذلك .

والذي يظهر ان الرسول صلى الله عليه وسلم رأى ان المثل هنا سداد في الامر  
فرضيته التي هو في بيتها وانتقل للاخرى فرضيته وليس هناك ما يدل على ان احدي الزوجتين  
قد أبت ذلك ومن هنا حكم به فالحد يث اذن لا يتناول موضع الخلاف . (١)

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٦٦/ ٤٦٧/ ٤٦٨ الزيلعي  
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٢٢٣ ، الخطابي - معالم السنن ج ٥/ ٥٠  
٢٠١ ، الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٦/ ٧١/ ٧٢ .

رابعاً : " ان ضمان القيس كالحيوان ونحوه دائر بين شيئين اما ان يضمنه باقيمة وهي دراهم مخالفة للمتلف في الجنس والصفة ولكنها تساويه في المالية ، واما ان يضمنه بحيوان من جنس حيوانه مع مراعاة المساواة بقدر الامكان في المالية والصفة والمقصود والانتفاع ، فههنا المالية مساوية كما في النقد واما هذا بالمشاركة في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع فكان هذا امثل من ذلك واترب الى النصوص والقياس وما كان امثل فهو اعدل فيجب الحكم به عند تعذر المثل من كل وجه .

يضاف الى هذا ان المماثلة من كل وجه متعذرة حتى في الكيل والموزون فضلاً عن غيره فانه اذا اتلف احد صاعاً من بر فضمنه بصاع من بره فلا يمكن التاكيد من أن الصاع المضمون مثل التالف من كل وجه بل قد يزيد احدهما على الاخر وقد ينقص ومن هنا قال الله تعالى : " وافرأوا الكيل والميزان بالقسط لانكف نفساً الاوسعها " (١) فان تحديد الكيل والوزن ما قد يعجز عنه البشر ولهذا يقال : هذا مثل من هذا اذا كان اقرب الى المماثلة منه عند عدم حصول المماثلة من كل وجه . وما كان اقرب الى المماثلة فهو اقرب الى الصواب ولا ريب ان الجنس الى الجنس اقرب مماثلة من الجنس الى القيمة " (٢) .

ويمكن ان يناقش هذا : " بان في القول بطلب مراعاة المساواة عند ضمان القيس

بجنسه بحيث يكون المضمون به مثل المضمون في المالية والصفة والمقصود والانتفاع ، هذا

(١) سورة الانعام اية رقم (١٥٢)

(٢) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/٤٧٠ بشي من التصرف

وانظر في هذا : ابن تيمية - القياس في الشرع الاسلامي / ٤٠ / ٤١ - ابن القيم -

اعلام الموقعين ج ٢/١٣٤ .

القول فيه ذهب الى قول الجمهور ، بأن القيمة اعدل لان المماثلة من كل وجه متعذرة في القبيات واما ادعاء ان المماثلة من كل وجه متعذرة في المثليات فغير مسلم لان المثل لا تزيد ولا تنقص قيمته عن مثله الا فيما يعتمد به ، ولا اعتبار لذلك بين الناس . (١)

ومن هنا ، فالذي يظهر لي ان المعتبر في ضمان الاموال القيمة ، القيمة كما هو راي جمهور الفقهاء في القول الاول وذلك نظرا لما يأتي :

اولا : روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاه حصصهم واعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق " (٢)

وروى عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من اعتق شقفا (٣) من مملوك فعليه خلاصه في ماله فان لم يكن له مال قوم المملوك

---

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/٤٧١ بشي من التصرف .

(٢) هذا الحديث اخرجها البخاري في كتاب المتق كما اخرجها مسلم في كتاب العتق وكتاب الايمان والنذور ورواه ابوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه واحمد في المسند . انظر صحيح الامام البخاري ج ٣/١٢٦/١٢٧ الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٦/٢٠٧/٢٠٨ - الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٣/٢٨٢/٢٨٣ .

(٣) قال ابن الاثير : الشقص والشقيص . التعيب في العين المشتركة من كل شي . انظر : ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاشتر ج ٢/٢٣٠ .

قيمة عدل ، ثم استسمى غير مشقوق عليه " (١) .

فحصه الشريك في العبد وهو من القيميات متلفة بالعتق وقد امر النبي صلى الله عليه وسلم بضمانها بالقيمة دون المثل ولو كان الواجب في ضمانها المثل لما امر النبي صلى الله عليه وسلم بالقيمة ، ولأمان من تعديه هذا الحكم الوارد في العقد بهذا النص الى سائر ما اتلفنهما لامثل له دلالة ، كما اشار الى ذلك الكاساني من الاحناف (٢) .

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وابن ماجه واحمد قال ابن الاثير : " استسماء العبد اذا اعتق بحضه هو ان يسعى في فكاه ما بقى من رقه فيعمل فيكسب ويصرف ثمنه الى مولاه فسي تصرفه في كسب سعيه وغير مشقوق عليه اي لا يكلفه فوق طاقته وقيل معناه : استسعى العبد لسعيه اي يستخدمه مالك باقيه بقدر ما فيه من الرق ولا يحمله الا ما يقدر . قال الخطابي : قوله : استسعى غير مشقوق عليه لا يثبته اكثر اهل النقل مسندا عن النبي صلى الله عليه وسلم ويزعمون انه من قول قتادة " امه . وقال الشوكاني : قال ابوداود : روى هذا الحديث روح بن عباد عن سعيد بن ابى عروة ولم يذكر السعاية ، ورواه يحيى بن سعيد وابن ابى عدي عن سعيد بن ابى عروة ولم يذكر فيه السعاية ، ورواه يزيد بن زويج عن سعيد فذكر فيه السعاية . . . " وقد ضعف احمد رواية سعيد بن ابى عروة ولكنه قد تابع سعيدا على ذكر الاستسماء جماعة كما ذكر ذلك البخاري ومنهم جرير بن حازم وحجاج بن حجاج عن قتادة ومنهم احمد بن حنبل واحمد بن حنبل وشيخ البخاري وغيرهم . . . ولهذا صحح صاحبها الصحيحين كون الجميع مرفوعا " . انظر الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٦ / ٢٠٧ / ٢٠٨ / ٢٠٩ وابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاشراج ١٦٣ / ٢ / مادة (سعى) صحيح الامام البخاري ج / ٣ / ١٢٧ - الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٣ / ٢٨٣ / ٢٨٢

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٤٤٢١ / ٤٤٢٢ وابن قدامة - المغني ج / ١٧٨ / ٥ - ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٣١٧ / ٢ - محمد علي تهذيب الفرق ج / ٢٠٥ - السرخسي - الصوسط ج / ٥١ / ١١ - الطوري - تكملة البحر الرائق ج / ١٢٥ / ٨ - الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٢٣

ونقش هذا الاستدلال : بان تقويم حصة الشريك في العبد الممتق من قبل أحد الشريكين من باب تملك الانسان للمال المطوك لغيره بقيته اذ ان سهم الشريك في العبد يملكه الممتق اولا ثم يمتق عليه بالتالي وحينئذ فلا بد من تقدير دخول العبد في ملك الممتق . ليسوع عتقه عليه ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بالسراية في الممتق في هذا الامر .

ثم ان من أعتق شركا له في عبد ، لا يعتبر بذلك مستهلكا لمال غيره ولا معتديا عليه وانما فعل أمرا اباحه الله تعالى وهو عتق حصته فهو اذن حكم من الله سبحانه وتعالى انفذه لا لتعد من الممتق اصلا (١) .

قد دفع هذا الاعتراض \* بان الاتلاف يصبح أن يطلق على اخراج الشيء عن ملك صاحبه ، لانه بذلك قد جعله غير صالح للانتفاع به والتصرف فيه فلا مانع من اعتبار ذلك اتلافا معنى .

والممتق نصيبه لم يتعدى ولكنه بعتقه حصته تسبب في اخراج العبد من يد شريكه فالزمه الرسول صلى الله عليه وسلم التيممة ولم يلزمه المثل \* (٢) .

ثانيا : ان الاموال القيمة ما يتعذر فيه المساواة . فالنهاين بينها في الصرفاء أمر لا يمكن الجزر بعمده ومن هنا كانت القيمة اضبط وادعى للمعادلة من غيرها لانها

---

(١) ابن القيم - اعلام الموقعين ج / ١٠ / ٢ - ابن حزم - المحلى ج / ١٤٠ / ٨ / مسألة رقم (١٢٥٩) .

(٢) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج / ٢ / ٤٦٥ .

تستوعب سائر صفاتها فهي اجدر من المشل . (١)

ثالثا : ان المقصود من الاموال القيمة اعيانها والعين لا تقوم مقام عين اخرى وهذا بخلاف الاموال المشلية لان المقصود منها امثالها دون اعيانها . (٢)

رابعا : ان الحيوان وافي معناه مما ليس مثليا ، يوجد مثله معنى وهو القيمة ، ولكنه يتعذر وجود مثله صورة ومعنى . فاذا اخذ صاحبه بدل له من جنسه فاما ان يكون ناقصا فلا يكون قد اخذ حقه واما ان يكون زائدا فيكون قد اخذ حق غيره وليس كذلك المشلى اذا تلف فان مثله من نوعه لا تزيد ولا تنقص قيمته الا فيما لا يعتد به . (٣)

وهذا يتضح والله أعلم أن الراجع من ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن القبيح يضمن بقيمته لا بجنسه . والله تعالى اعلم بالصواب .

- 
- (١) المرجع السابق . وانظرا : ابن قدامة - المنى ج / ٥ / ١٧٨ - ابن تيمية منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار ج / ٥ / ٢٧٢ .
- (٢) الهنداوى - الاشراف على مسائل الاخلاف ج / ٢ / ٤٤ . سليمان محمد ضمان المتلفات في الفقه الاسلامى ج / ٢ / ٤٦٥ .
- (٣) المرجع الاخير من المرجعين السابقين ج / ٢ / ٤٦٥ / ٤٦٦ - السياغى الرضا التفسير ج / ٣ / ٤٠٤

المطلب الثالث : بيان الوقت الذي تقدر فيه قيمة العارية

اذا وجب في ضمان العين المعارة رد القيمة ، فمتى تقدر تلك القيمة ، أتقدر يوم التعدي عليها او يوم تلفها او اقصى قيمة لها من يوم القبض الى يوم التلـف أم ماهيو الحكم في ذلك .

الواقع أن للفقهاء في هذه المسألة ستة أقوال :

القول الاول : اذا وجب ضمان العين المعارة بالقيمة ، لنز حينئذ ان تقدر قيمتها يوم حدث موجب الضمان وهو التعدي على العين المعارة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ولذا يفتوا الى ان العين المعارة عندهم أمانة في يد المستعير لان ضمانه لا بالتعدي فاذا تعدي المستعير عليها صار حكمه بمعد التعدي حكم الغاصب والعين المفصولة عندهم تقدر قيمتها يوم الغصب والذي يظهر من كون المستعير كالغاصب اذا تعدي على العين المعارة ان تقدر قيمة العارية يوم التعدي كما كان الامر كذلك في الغصب .

ويؤيد هذا ان الاحناف يطلون لتقدير قيمة العين المفصولة يوم الغصب بان التعدي على المال بالغصب هو سبب الضمان فوجب تقدير ما يجب به يوم قيامه وسبب الضمان عندهم في العارية ايضا هو التعدي . فتقدر قيمتها يوم حدوثه كذلك (١)

القول الثاني : اذا كانت العين المعارة مما لا يقاب عليه كالسيارات والسدواب والمقار ونحو ذلك ، فتقدر قيمتها اذا وجب ضمانها يوم التعدي عليها لان هذه

---

(١) البابرتي - شن العناية على الهداية ج / ٩ / ٢ / ٩ / ١٠ / الزيلعي تبين الحقائق كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٨٥ / ٢٢٣ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب شرايع ج / ٩ / ٤٤٢٣ - السرخسي - المهبوط ج / ١١ / ١٤٣ / ١٤٥ / ١٤٦ على حيدر صدر الحكام شن مجلة الاحكام ج / ٢ / ٢٠٧ / ٣٠٨ مادة رقم ٨١٤ .

الاعيان ، لاتضمن الا بالتعدي فهو سبب ضمانها ولما كان الاصل ترتب  
المسببات على اسبابها من غير تراخ ترتب الضمان حين التعدي .

أما اذا كانت العين المصارفها يخاب عليه ، كالثياب والحلى ونحو ذلك مما يمكن  
احقاؤه ، وادعى المستعير ضياعها او تلفها دون ان ياتي ببينة على ذلك فتجب عليه  
قيمتها حينئذ وتقدر القيمة يوم قبض العين المصارف ثم ينضم منها ما ينقصه الاستعمال  
المأذون فيه خلال مدة عقد العارية . ولا فرق في ذلك بين ان يكون التلف قبل الاستعمال  
او بعده ، فلو كانت قيمة العين المصارف قبل الاستعمال عشرة . وبعد الاستعمال  
المأذون فيه ثمانية فتلفت ولو قبل الاستعمال فانه يلزم المستعير بثمانية حينئذ  
لا عشرة .

والى هذا التفصيل ذهب المالكية في اصح القولين عندهم في ذلك (١) .

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا ، الى أن عقد العارية عندهم عقد ضمان  
اذا كانت العين المصارف مما يخاب عليه ، ومن هنا وجب عندهم تقدير

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٣ / ١٢٤ / ١٢٥ / ١٤٥ شرح

الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٣١ / ١٣٢ / ١٣٢ / ١٥٢ ، الدردير

الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ج / ٣ / ٣٩١ / ٣٩٣ / ٣٩٤ .

وفي قول مرجح عند المالكية ان القيمة تقدر يوم اخر روية للعين المصارف ،

عند المستعير ان تعددت روية يثاب لديه . وان لم تتحدد روية يثاب عنده ضمن

الاکثر من قيمتها يوم قبضها ويوم تلفها . هذا اذا كان التلف بعد الاستعمال

المأذون فيه . اما لو تلفت قبل الاستعمال فانه يضمن قيمتها يوم انقضاء اجل

العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه .

انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٢ / ٢٩١



قيمة العارية يوم قبضها من المعير على اعتبار انه سبب الضمان . (١)

ولما كانت القاعدة عندهم : ان من الزم نفسه معروفا لزمه ، كان عقد العارية لازما سواء اكانت العارية مطلقة او موقتة . فان كانت مطلقة لزم قد رما تمار لمثلها وان كانت موقتة باجل او عمل لزمته الى انقضاء ذلك الاجل او العمل (٢) .

واذا كانت العارية لازمة فان ما ينقص بالاستعمال الماذون فيه خلال مدة الاعارة ساقط ضمانه عن المستعير لالتزام المعير بالتبرع به خلال هذه المدة ومن الزم نفسه معروفا فقد لزمه حينئذ لا يدخل في ضمان العين المعارة .

وهذا ما يفسر قولهم بخضم قيمة ما ينقص بالاستعمال الماذون فيه خلال مدة عقد العارية بعد تقدير قيمة العين يوم قبضها سواء كان التلف قبل الاستعمال او بعده ، وهذا التفصيل في عارية ما يخاب عليه عند المالكية انما هو فيما اذا ادعى المستعير التلف والضياع بدون تعد منه ولم يات ببينة على ذلك كما اشرت الى ذلك قبل قليل .

أما اذا اعترف المستعير بتلفها او ضياعها بتعد منه او تقصير اقامت البينة على ذلك فالذي يظهر من كون التعد عندهم على اموال الخير سببا للضمان (٣) ، ان القيمة حينئذ تقدر يوم التعد على العين المعارة كما كان الامر كذلك عندهم في عارية ما لا يخاب عليه .

القول الثالث : اذا وجب ضمان العين المعارة بالقيمة لزم حينئذ ان تقدر القيمة

---

(١) القراني - الفرق ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ . الفرق رقم (٢١٢)

(٢) انظر من هذه الرسالة .

(٣) القراني - الفرق ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ . الفرق رقم (٢١٢) .

يوم التلف • والى هذا القول ذهب الحنابلة والماتعية فى اصح القولين عندهم (١) ،  
وذلك نظرا الى ان فوات العارية يتحقق عند تلفها فوجب اعتبار الضمان به ولا منها  
لو اعتبرت مضمونة يوم القبض لدخل فى ذلك ما تلف منها بالاستعمال الماذون فى  
وهو غير مضمون • (٢)

ويمكن ان يناقش هذا القول واذاى قبله ، بما سبق من ان العارية امانة لاتضمن  
الا بالتعدى او التقصير فى حقها بلا فرق فى ذلك بين عارية ما يخاب عليه وما لا يخاب  
عليه •

واذا كان الامر كذلك فان التمدى حينئذ هو السبب الموجب للضمان والاصل ترتب المسببات  
على اسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين التمدى لابعد ذلك • ومن هنا  
يجب ان تقدر القيمة يوم حد وشال امر الذى اوجب الضمان • (٣)

القول الرابع : تقدر قيمة العارية يوم قبضها مقبل نقصانها بالاستعمال الماذون  
فيه ان كانت قيمتها اكثر حينئذ من قيمتها يوم تلفها اما ان كانت مساوية لهما  
او اقل منها فتقدر يوم تلفها • والى هذا القول ذهب الحنابلة فى احد القولين  
عندهم • وهو مبنى على ان العارية مضمونة على المستعير بكل حال • وان ما ينقضى  
بالاستعمال الماذون فيه مضمون ايضا (٤)

---

(١) ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع ج ٥ / ١٤٤ • المرادوى - الانصاف فى معرفة  
الراجح من الخلاف ج ٦ / ١١٢ ابن قدامة - المقنع ج ٢ / ٢٢٨ مطبوع مع حاشيته  
لسليمان بن عبد الوهاب • الشيرازى - المهذب ج ١ / ٣٧١ الاردبيلى - الانوار  
لاعمال الابرار مع حاشيتى الكشرى والحاج ابراهيم ج ١ / ٥٢٢ - الرافعى - فتح  
المعزى شرح الوجيز ج ١١ / ٣١٨ • مطبوع مع كلمة المجمع شرح المهذب •

(٢) المراجع السابقة •  
(٣) انظر : ص من هذه الرسالة • وانظر القرافى - الفرق ج ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩  
الفرق ٢١٧

(٤) ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٦٦ المرادوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف  
ج ٦ / ١١٣ / ١١٤ - ابن عبد الوهاب حاشية المقنع ج ٢ / ٢٢٩ • ابن مفلح  
المبدع فى شرح المقنع ج ٥ / ١٤٤ •

ويمكن ان يناقش هذا القول بما نقوش به القول الثالث .

القول الخامس : تعد رقيمة العين المعارة باقصى قيمة لها من يوم القبض الى يوم الاتلاف وبعير ما نقص بالاستعمال الماذون فيه تابعا للعين فان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان ما نقص بالاستعمال الماذون وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان ما نقص حينئذ والى هذا القول ذهب الشافعية في احد الاقوال عندهم . (١)

وذلك نظرا الى ان العين المعارة لو تلفت في حال زيادة قيمتها لوجبت القيمة الزائدة فاشبهت المخصوب في ذلك .

والمخصوب اذا تلف في يد المخصب الزم اقصى قيمة له من يوم الغصب الى يوم التلف عندهم خلافا للمالكية والاحناف في ذلك .

ويمكن ان يناقش هذا القول بما نقوش به القول الثالث ايضا .

القول السادس : تعد رقيمة العارية يوم القبض تشبيها العارية بالقرض . والى هذا القول ذهب الشافعية في احد القوال عندهم . (٢)

ويناقش هذا القول بما نقوشت به الاقوال السابقة ايضا .

والذى يظهر لي رجحانه من الاقوال السابقة : القول الاول : اى ان العارضة اذا وجب ضمانها بالقيمة لزم حينئذ أن تقدر قيمتها يوم حدث موجب الضمان ووجب النسيان في عقد العارية : هو التمدد على العين العارة او التقصير في حقها بلا فرق في ذلك بين عارية ما يخاب عليه وما لا يخاب عليه كما سبق بيان ذلك أول

---

(١) الشيرازى - المذهب ج ١/ ٣٧٠ - الشربيني - مغنى المحتاج الى معرفة

معاني الفاظ النهاج ج ٢/ ٢٧٤ / ١٠ ارفعى - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١ /

٣١٨ / مطبوع مع تكملة المجموع شرح المذهب . النورى - روضة الطالبين

ج ٤ / ٤٣١ .

(٢) المراجع السابقة .

هذا الفصل . (١)

وإذا كان التعدي هو الموجب للضمان لزم حينئذ ان تقدر قيمة العين المعارة يوم  
حدوثه قياسا على النصب في ذلك بجامع ان كلامن التعدي على العارية والنصب  
عد وان على مال النير . (٢)

والله اعلم بالصواب .

(١) انظر ص : من هذه الرسالة .

(٢) الهابري - شرح العناية على الهداية ج / ١٠ / ٩ / ٧ / ٩ - الزيلعي - تبين  
الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٧٥ / ٢٢٣ . الكاساني - بدائع  
الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٩ / ٤٤٢٣ ، السرخسي - المسوط ج / ١١ / ١٤٣  
/ ١٤٥ / ١٤٦ - شرح الخرشى على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ - الدردير  
الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩٣ / ٣٩٤ - القراني - الفروق  
ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ / ٣٠ - الفرق رقم ٢١٢

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في العين المنصومة ، أتقدر قيمتها يوم النصب  
او يوم التلف . او اتقصى قيمتها من يوم النصب الى يوم التلف .  
وللفقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : تقدر قيمة العين المنصومة يوم النصب سواء ازادت قيمتها

قبل التلف ام نقصت والى هذا القول ذهب الاحناف والمالكية .

القول الثاني : تقدر قيمة العين المنصومة باقصى قيمتها من يوم النصب

الى يوم التلف . والى هذا القول ذهب الشافعية وهو رواية عن الامام احمد .

وذلك نظرا الى ان زوائد العين المنصومة مضمونة بالنصب فاذا قدرت القيمة

يوم النصب ، لم تدخل قيمة الزوائد في الضمان وان قدرت قيمتها

يوم التلف لم يدخل في الضمان ما نقص منها بالاستعمال وغيره .

القول الثالث : تقدر قيمة العين المضمومة يوم التلف • والى هذا القول ذهب الحنابلة على اصح القولين عندهم • وذلك نظرا الى ان يوم تلف العين المضمومة هو زمن الضمان ، فوجب تقدير القيمة يوم حلوله •

ولقد اجاب القراني من المالكية عن ادلة الشافعية والحنابلة : " بان الاسباب الشرعية تنفق الى نصب شرعي ولفظ صاحب الشرع اقتضى سببية وضع اليد - حيث قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى تؤده • ومفهومه ان غير وضع اليد ليس بسبب فلا بد لسببه غيره من دليل • ولم يوجد وضع اليد في اثناء الفصب بل استصحابها واستصحاب الشيء • لا يلزم ان يقوم مقامه بدليل ان استصحاب النكاح لا يقوم مقام العقد الاول لصحته مع الاستبراء • والعقد لا يصح مع الاستبراء • وكذلك الطلاق قد يوجب ترتب العدة عنيه واستصحابه لا يوجب عدة ووضع اليد عد وانا يوجب التفسيق والتأثير ولو جن بعد ذلك وهي تحت يده لم ياشم حينئذ ولم يفسق وابتداء العبادات يشترط فيها النيات وغيرها من التكبيرات ونحوه ودوامها لا يشترط فيه ذلك فعلنا ان استصحاب الشيء لا يلزم ان يقوم مقامه لاسيما وسبب الضمان هو الاخذ عد وانا ولا يصدق عليه بعد زمن الاخذ انه اخذ الان الاعلى سبيل المجاز لان حقيقة الاخذ تجري مجرى المناولة والحركات الخاصة لا يصدق مع الاستصحاب ، فعلم ان سبب الضمان منفي في زمن الاستصحاب قطعيا ونحن انما نفيمنه الان بسبب مقدم لا بما هو حاصل الان • "

ومن هنا فالذي يظهر لي ، أن العين المضمومة تقدر قيمتها يوم غصبها كما هو قول المالكية والاحناف • وذلك نظرا الى " ان ترتب الحكم على الوصف يدل على غلبه ذلك الوصف لذلك الحكم • ورسول الله صلى الله عليه وسلم قدر تسبب الضمان على الاخذ باليد • فيكون الاخذ باليد هو سبب الضمان فمن ادعى ان غيره سبب فعلية الدليل لان الاصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم :

== " على اليد ما اخذت حتى ترد " فهذه قرينة تدل على سببية الاخذ كقولنا  
على الزاني الرجم وعلى السارق القطع فانه يدل على سببية هذه الاوصاف وهو  
في اثناء مدة النصب لا يصدق عليه انه اخذ الا ان بل اخذ فيما مضى فوجب  
ان يختص العيب بما مضى .

ثم ان الاصل ترتب المسببات على اسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين  
وضع اليد لا ما بعد ذلك . والمضمون لا يضمن لانه تحصيل الحاصل . وقياسا  
على حوالة الاسواق فانها لا تضمن عندهم " .

واذا ثبت بهذا ، ان العين المنصوبة تقدر قيمتها يوم النصب لانه يوم حدوث  
الموجب للضمان . فان العين الممار تقدر قيمتها ايضا يوم حدوث موجب  
ضمانها ولا موجب للضمان العين الممار غير التعدي والتقصير .

وانما كانت الحارة في ذلك كالنصب لان الحارة امانة لا تضمن الا بالتعدي  
فاذا تعدي المستعير اصبح بعد التعدي غاصبا او كالغاصب بجامع ان كلا  
من المستعير والغاصب قد اعتدى على حق غيره . واذا اصبح المستعير كالغاصب  
وجب تقدير قيمة العين الممار يوم التعدي كما وجب تقدير قيمة العين المنصوبة  
يوم التعدي بالنصب .

انظر : القراني - الفرق ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ / ٣٠ - الفرق رقم ٢١٧ ،  
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٥ ، الدردير - الشرح الكبير  
ومعه حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩٣ / ٣٩٤ ، الهابرتى - شرح العناية على  
الهداية ج / ٩ / ٧ / ٩ / ١٠ / ١٩ / ٢١٩ / ٢٢٠ ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح  
كفر الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٨٥ / ٣٢٣ - الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب  
الشرائع ج / ٩ / ٤٤٢٣ - السرخسى - المسوط ج / ١١ / ١٤٣ / ١٤٥ / ١٤٦ .  
الشيرازى - المهذب ج / ١ / ٣٧٥ - الانصارى - اسنى الطالب شرح روض الطالب  
ج / ٣ / ٣٤٧ - الاردبيلى - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٤٢ - البهوتى -  
كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ١٠٨ - المرادوى - الاوصاف فى معرفة  
الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١٩٤ .

الفصل الرابع

ضمان الزوائد والمنفعة

- البحث الاول : ضمان زوائد العين المعارة
- البحث الثاني : ضمان منفعة العين المعارة

\*\*\*

## المبحث الاول : ضمان زوائد العين المعمارة

اذا كانت العين المعمارة ، مما ينمو ويتوالد كالحيوان فان زوائدها حينئذ  
اما ان تكون متصلة كالسمن والجمال ونحو ذلك او منفصلة كالنتاج .

وللقهاء في حكم هذه الزوائد من حيث الضمان وعدمه اذا حدثت في يد المستعير  
تفصيل ساحاول بيانه فيما يلي :

**أولاً :** ان زوائد العين المعمارة ، امانة اذا حدثت في يد المستعير فلا تضمن  
الا بالتعمد عليها بلا فرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

وذلك نظرا الى أن العارية ، ان كانت امانة فزوائدها كذلك ، وان كانت  
مضمونة فعقد العارية لم يرد على تلك الزوائد فتكون خارجة عن حكم العارية  
لعدم وجود ما يوجب دخولها ، ومن هنا فهي امانة في يد المستعير لشببها حينئذ  
بالوديعة .

والى هذا ذهب الحنابلة في اصح القولين عندهم . (١)

---

(١) المهنتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٢ / ٤ ، ابن مفلح - المبدع فى  
شرح المقنع ج / ١٤٥ / ٥ ، ابن قدامة - المغنى ج / ١٦٦ / ٥ المهنتى  
- منتهى الارادات ج / ٣٩٧ / ٢ - المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح  
من الخلاف ج / ١١٣ / ٦ ، ١١٤ . قال المهنتى من الحنابلة :  
( وكذا لو تلف ولدها اى العارية الذى سلم معها لانه لم يدخل فى الاعارة  
ولافائدة للمستعير فيه اشبه الوديعة . فان قيل : تقدم ان الحمل وقت عقد  
مبيع فعليه هنا يكون معارا . قلت : يفرق بينها بان العقد فى البيع  
على العين بخلاف العارية فانه على المنافع ولا منفعة للحمل يرد عليهم  
العقد وكذا اذا تلفت الزيادة التى حصلت فى العين المستعمارة عند المستعير لم



وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف . حيث ذكروا في كتاب الغصب ان زوائد العين المنصوبة اذا حدثت في يد الغاصب فهي امانة لاتضمن الا بالتعدي او التقصير في حقها بلا فرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والزوائد المنفصلة ، واستدلوا على ذلك : " بأن الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تنويت اليد ، فلا يصير غاصبها فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعدد " (١) .

والذي يظهر من كون زوائد العين المنصوبة غير مضمونة عندهم ، الا اذا تعدي الغاصب عليها ان زوائد العين المعارة غير مضمونة ايضا الا بالتعدي بطريق الاولى اذ ان العين المنصوبة عندهم مضمونة مطلقا سواء اتعدى عليها الغاصب او لم يتعدى مع كونها مضمونة اعتبرت زوائدها امانة في يد الغاصب اذا حدثت عنده بينما العين المعارة امانة عندهم لاتضمن الا بالتعدي او التقصير في حقها . وليس هذا فان اعتبار زوائدها امانة حينئذ في يد المستعير اذا حدثت عنده اولى بذلك من زوائد العين المنصوبة . اذ ما تولد من عين غير مضمونة اولى بعدم الضمان

== يضمنها لانه لم يرد عليها عقد المارية وهم منه ان الزيادة لو كانت موجودة عنده المقدم كما لو كانت الدابة سمينة فهزلت عند المستعير انه يضمن نقصانها قلت : ان لهذه في الاستعمال بالمعروف او بمرور الزمان . " الههوى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٢ بشيء من التصرف .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شن كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٣٢ . الرغيناني - الهداية شرح بداية المهدي ج / ٩ / ٧ / ٣٤٨ مطبوع مع كملة فتح القدير والعناية وحاشية سعدى الحصكفي . الدر المختار شن تنوير الابصار ج / ٥ / ١٢٩ / ١٣٠ مطبوع بحاشية ابن عابدين .

• مما تولد من عين مضمونة •

والمثل هذا القول ذهب الشافعية في زوائد العين المعارة المنفصلة كولد الدابة ونحوه وذلك في أصح القولين عندهم (١)

والذي يظهر ان الزوائد المتصلة كذلك امانة عندهم لان ضمن الا بالتصدي والتقصير • ان لا فرق في الواقع بين الزيادة المتصلة والمنفصلة فكلاهما من نتاج العين المعارة •

ثم ان الراجح عند الشافعية ان العين المعارة تضمن بقيمتها يوم التلف كما سبق بيان ذلك في الفصل الثالث من هذا الباب • (٢)

(١) الانصاري اسنى الطالب - شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٨ - النووي -

روض الطالب ج / ٤ / ٤٣١ ، الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٧٠ ، حاشية

العبادي على تحفة المحتاج ج / ٥ / ٤٢١ •

قال الانصاري عن الشافعية \* ولو ولدت الدابة في يد مستعيرها فالولد

امانة ولو ساقها المستعير فتبعها ولدها والمالك ساكت ينظر • فالولد

امانة لانه لم يأخذه للانتفاع به بل اعتذر بحفظه بدوامه وذلك امانة شرعية

كما لو طيرت الريح ثوبا الى داره فاذا تمكن من رده ولم يردده ضمنه • \*

انظر : الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٨ • بتصرف •

وقال الرملي الكبير تعليقا على الكلام السابق : " قوله ولو ساقها المستعير

فتبعها ولدها " قال في الانوار • " الا ان يعتذر الانتفاع بالام بدونه

فيضمنه ايضا وكتب ايضا قال ابن عماد : ما اطلقه من عدم الضمان في الولد

التابع ينقض تقييده • بماذا علم المالك بان الولد قد تبعه فان لم يعلم

فكالحادث واولى بوجوب الضمان لانه السبب في اخراجه عن حوزة المالك

ويده • اهـ • قال ابن قاضي شهبه : وفيه نظر • انظر حاشية الرملي

الكبير على اسنى المطالب ج / ٢ / ٣٢٨ •

(٢) انظر ص من هذه الرسالة •

وفي كون العين المعارة مضمونة بقيمتها يوم التلف إشارة الى ان زوائدها المتصلة غير مضمونة اذ لو كانت مضمونة لوجب تنديرت قيمتها بارتفاع سعرها من يوم القبض الى يوم التلف لتدخل قيمة الزوائد المتصلة في الضمان .

**ثانياً :** ذهب الحنابلة في احد القولين عندهم الى أن زوائد العين المعارة الحادثة في يد المستعير مضمونة عليه اذا تلفت ولو بلا تعد او تقصير .  
بلا فرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

والى هذا ذهب الشافعية في الزوائد المنفصلة على احد القولين عندهم في ذلك وهو ظاهر احد القولين ايضاً في الزوائد المتصلة . (١)

ويعمل الحنابلة لذلك بان زوائد العين المعارة زوائد عين مضمونة فوجب ضمانها كولد الدابة المضمومة (٢) .

لا يرضى  
ويمكن ان يجاب عن ذلك : بان ولد المضمومة اذا لم يكن مخصصاً وكذلك زوائد العين المعارة اذا لم تكن موجودة حين عقد المارية وانما يضمن ولد المضمومة اذا كان مخصصاً فلا اثر لكونه ولداً لها (٣)

---

(١) ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥ / ١٤٥ / ١٤٦ ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٦ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣١ - الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٨ ، مطبوع مع حكمة المجموع شرح المذهب ، الشيرازي - المذهب ج / ١ / ٣٧٠ .

(٢) ابن قدامة - المغني ج / ٥ / ١٦٦ . ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع

ج / ٥ / ١٤٥ / ١٤٦ ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ١٦٧ ،

قاعدة رقم (٨٢)

(٣) المراجع السابقة .

ثم لا يسلم ان المين المعارة مضمونة حتى يعتبر ضمانها دليلا على ضمان  
زوائدها اذ قد سبق ان الراجح كون المين المعارة امانة لانضم الا بالتعدى (١).

ومن هنا فالذى يظهر ان زوائد المين المعارة امانة في يد المستعير لا يجب  
ضمانها الا عند وجود ما يوجب الضمان وهو التعدى وذلك لانها اموال متولدة  
من عين غير مضمونة فلا يجب ضمانها تبعا لاصولها الا عند قيام الموجب  
لذلك .

والله تعالى أعلم .

## المبحث الثاني : ضمان منفعة العين المعمارة

الاصل في منفعة العين المعمارة عدم الضمان اذ مقتضى العارية ، التبرع  
بمنفعة العين المعمارة بلا خلاف بين الفقهاء في ذلك سواء منهم القائلين بـ  
العارية تملك منفعة بلا عوض او القائلين بانها اباحة الانتفاع .  
الا أنه قد يعرض ما يوجب ضمان منفعة العين المعمارة وفيما يلي سحاول  
بيان ما يوجب ضمانها عند الفقهاء .

وقبل ذلك يحسن أن أبين ولو بايجاز اراء الفقهاء في مالية المنافع وحكم  
ضمانها ومن هنا فالكلام في هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الاول : في مالية المنافع وحكم ضمانها

المطلب الثاني : فيما يوجب ضمان منفعة العين المعمارة .

المطلب الاول : مالية المنافع وحكم ضمانها

اختلف الفقهاء في المنافع هل تعتبر مالا يمكن تقويمه اولا يعتبر كذلك ولهم  
في هذا الامر قولان :

- (١) انظر ص مابعد ها من هذه الرسالة . وانظر : ابن نجيم - البحر  
الرائق شن كنز الدقائق ج ٢٨٠/٧/ ؛ النفراوي - الفواكه الدواني  
ج ٢٣٤/٢/ الرطبي . غاية البيان / ٢١٤ هـ ابن مفلح - المهدع في شرح  
المقنع ج ١٣٢/٥/ - الرضوي - البحر الزخار الجامع لذهاب علماء الاصار  
ج ١٢٦/٥/ - ابن حزم - المحلى ج ١٦٨/٩/ مسألة رقم (١٦٤٩) .

القول الاول : تعتبر المنافع اموالا يمكن تقويمها ضمن عقد الايجار وغيره . والسى  
هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم  
الظاهرى والشيعة الزيدية (١) .  
القول الثانى : لاتعتبر المنافع اموالا وبالتالى فلا يمكن تقويمها الا ضمن عقد  
الايجار او شبيهته .

والى هذا القول ذهب الاحناف (٢) وانما لم تعتبر المنافع عندهم اموالا  
مقومة لان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتحويل والتمول صيانة الشيء وادخاره  
لوقت الحاجة والمنافع وان امكن الانتفاع بها ، لكنها مما لا يمكن حيازته  
اذ هى اعراض تتجدد بتجدد اوقاتها وتحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث  
الزمان فكما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها

- 
- (١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٤٠٦ / ط ٤٠٨ / شرح الزرقانى على مختصر  
سيدى خليل ج ٦ / ١٣٨ - السيوطى - الاشباه والنظائر / ٣٢٧ ، الرولى  
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٥٠ / ١٦٨ - الانصارى - شرح  
المنهج ج ٣ / ٤٨٢ مطبوع بهامش حاشية الحمل . البهوتى - كشاف  
القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٥٢ - ابن حزم - المحلى ج ٨ / ١٣٥ / ١٣٩  
مسألة رقم ١٢٥٩ . المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الازهار  
ج ٥ / ١٧٧ . الخفيف - المنافع / ١٠١ - الخفيف - احكام المعاملات  
الشرعية / ٣ . سليمان محمد ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج ١ / ٦٢  
(٢) السرخسى - المسوط ج ١١ / ٧٨ / ٧٩ الزيلعى - تبين الحقائق شرح  
كنز الدقائق ج ٥ / ٢٣٣ / ٢٣٤ . ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز  
الدقائق ج ٨ / ١٣٩ / ١٤٠ . المنافع / ٩٩ / ١٠٠ - سليمان محمد ضمان  
المتلفات ج ١ / ٦١ .

التمول ، ولا يتصور فيها الائتلاف ايضا لانه لا يتصور وروده عليها قبل وجودها لعدمها ، اذ المعدوم لا يعدم ولا عند وجودها لانها بسبب ارتباطها بالزمن ، وتجدد ها معه تنعدم بانعدام لحظاته ولذا فانها تنعدم حين توجد ويكـون انعدامها مقارنا لوجودها فلا يتصور فيها ائتلاف يصادف لها بقاء لان الائتلاف عبارة عن قطع البقاء والابقاء له لا يتصور ائتلافه .

وهي هذا فالمنافع لا تضمن عندهم بالائتلاف بخير عقد ولا شبهة عقد لانها ليست باموال مقومة بانفسها وانما ورد تقويمها في الشرع بعقد الاجارة على خلاف القياس للحاجة وذلك باعتبار اقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لاجل الضرورة التي اقتضت ذلك لحاجة الناس الى انتفاع بعضهم ~~بمالبعضهم~~ بالآخر ، من اعيان ليس <sup>لهم</sup> مثلها ، وليس في استطلاعهم شراؤها ومعاملاتهم ومصالحتهم تتوقف عليها ولهذا كان تقويمها في عقد الاجارة على خلاف القياس امرا اقتضته الضرورة والضرورة تقدر بقدرها ومثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص \* (١) . ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الاول : ان المنافع وان لم تكن محوزة كالاعيان الا انها اعتبرت مما يمكن حيازته لاحراز ما قامت به وهو العين فان من يحوز سيارة فعلا يجوز له ان ينسج غيره من الانتفاع بها الا باذنه .

وان اكانت المنافع محوزة بحيازة اصلها امكن حينئذ تقويمها . (٢)

---

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ٦١ / ٦٢ بشيء من

التصرف . وانظر - المراجع السابقة .

(٢) الخفيف - المنافع / ١٠٠ / ١٠١ . الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٣ .

ويمكن ان يرد على هذه المناقشة : بان احراز المنفعة باحراز عينها  
احراز ضمنى • والاحراز الضمنى لا يقتضى التقوم • فان الكلاً فى الارض المملوكة  
محرز باحرازها ومع هذا فلا يعتبر مالا متقوما لان احرازه بها احراز ضمنى (١)

ويمكن ان يدفع هذا اليراد : "بانه لما يرد اذا كان المخالف يرى ان مثل  
هذا الاحراز الضمنى لا يكتفى فى ثبوت التقوم اما اذا كان كافيا كما يرى بعض الذين  
يقولون ان المنافع اموال وان الكلاً فى الارض المملوكة مال متقوم كالمالكية • فلا  
ينهض هذا جوابا عندهم • لانه يكون حينئذ من رد الامر المختلف فيه الى امر مختلف  
فيه ايضا" (٢)

الوجه الثانى : قد لا يسلم ان تقوم منافع العين المؤجرة ضمن عقد الاجارة  
على خلاف القياس •

وبان ذلك : ان المخالفين استدلوا على اعتبار الاجارة على خلاف القياس : بان

الاجارة بيع معدوم وبيع المعدوم على خلاف القياس •

" وهاتان مقدمتان مجملتان فان قولهم الاجارة بيع ان ارادوا انها البيع الخاص  
الذى يعقد على الاعيان فهو باطل وان ارادوا البيع العام الذى هو معاوضة  
اما على عين واما على منفعة فقولهم فى المقدمة الثانية : ان بيع المعدوم لا يجوز  
انها يسلم ان سلم فى الاعيان لان المنافع •

---

(١) المرجع السابقين

(٢) المرجع السابقين



وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ، بل ولا عن احد من الصحابة ان يبيع المعدوم لايجوز لالفظ عام ولا بمعنى عام وانما فيه النهي عن بيع بعض الاشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الاشياء التي هي موجودة وليس العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الفرر (١) والفرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا او معدوما كالعبد الابق والهمير الشارد ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه بل قد يحصل وقد لا يحصل هو فرر لايجوز بيعه . وان كان موجودا فان موجب البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه ، والمشتري انما يشتريه مخاطرة ومقامرة فان أمكنه اخذه كان المشتري قد قمر البائع . وان لم يمكنه اخذه كان البائع قد قمر المشتري وهكذا المعدوم الذي هو فرر نهى عن بيعه لكونه فررا لا لكونه معدوما .

---

(١) هذا الحديث اخرجه الجماعة من حديث ابن هزيمة ، الا البخاري وقد اخرجه الامام مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه فرر . وذلك بلفظ : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر وقيل ان بيع الحصاة : ان يقول بعثك من هذه الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرى الحصاة . او من هذه الارض ما انتهت اليه في الرى .

انظر : الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٢٤٣  
صحيح مسلم ج / ٥ / ٣ .

ثم ان الشارع قد صحح بيع المعدوم في بعض المواضع فانه ثبت عنه فـسـى  
غير وجه انه نهى عن بيع الثمر حتى يبد وصلاحه (١) .

ففرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره . فأحل أحدهما وحرم الآخر ، ومعلوم  
انقبل ظهور الصلاح لو اشتراه بشرط القطع كما يشتري الحصرم (٢) ليقطع  
حصرا ما جاز بالاتفاق وانما نهى عنه اذا بيع على انه باق فيدل ذلك على  
انه جوز بعد ظهور الصلاح ان يبيعه على البقاء الى كمال الصلاح وهذا مذهب  
جمهور العلماء ومن جوز بيعه في الموضعين بشرط القطع ونهى عنه بشرط  
التبعية او مطلقا لم يكن عنده لظهور الصلاح فائدة ولم يفرق بين ما نهى عنه  
النبي صلى الله عليه وسلم وما اذن فيه وصاحب هذا القول يقول : موجب العقد  
التسليم عتيه . فلا يجوز التأخير . فيقال له : لانسلم ان هذا موجب العقد ،  
اما ان يكون ما اوجبه الشارع بالعقد او ما اوجبه المتعاقدان انفسهما وكلاهما  
منتف فلا الشارع اوجب ان يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد ولا العاقدان

---

(١) هذا الحديث رواه الجماعة ، ما عدا الترمذى وقد اخرجه البخارى ومسلم

في كتاب البيوع . باب بيع الثمار قبل ان يبد وصلاحها وذلك بلفظ : " ان

رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبد وصلاحها

نهى البائع والمبتاع " .

انظر صحيح الامام البخارى ج / ٣ / ٦٨ . صحيح الامام مسلم ج / ٥ / ١١ .

الشوكانى نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٢٧٥ .

(٢) الحصرم : الثمرة قبل النضج وحشفت كل شيء . انظر الزيات - المعجم

الوسيط ج / ١ / ١٧٨ مادة ( حصرم ) .

التزما ذلك • بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما اذا باع معيناً  
بدين وتارة يشترطان تاخير تسليم الثمن كما في السلم وكذلك في الاعيان. (١)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان المنافع  
اموال يمكن تقويمها •

وذلك نظرا الى أن المنافع مما يجرى فيها البذل والمنع فمن ملك داراً  
او ارضاً او سيارة او غير ذلك من الاعيان المنتفع بها ملك ان يبذل منافعها لمن  
يشاء كما يملك منع من يشاء عنها •

وجريان البذل والمنع في المنافع ، دليل على ماليتها ، كما كان البذل  
والمنع دليلاً على ماليتها الاعيان •

ويؤيد هذا ان البذل والمنع لا يجريان في الاعيان لذاتها ، وانما لما تشتمل  
عليه من منافع فالسيارة تشتري لمنفعة الركوب والدار تشتري لمنفعة السكنى وهكذا  
سائر الاعيان انما تطلب لما تحتوي عليه من منافع اذ لو لم تشتمل على المنافع المقصودة  
لما طلبت ولا حرص احد على منافعها •

وهل هذا استمر عمل الناس في اسواقهم فلا تعتبر الاعيان اموالاً في اصطلاحهم  
عالم تكن ذات منافع يمكن استيفائها في الحال كالفرش والاواني ونحوها  
او يرجى استيفائها بعد فترة كصغار الحيوان ونحو ذلك • فالمدار على المنفعة  
ان عاجلاً او آجلاً •

---

(١) ابن تيمية - القياس في الشرع الاسلامي ٢٢/ وما بعدها من صفحات

بشيء من التصرف •

ومن هنا يصح القول بعدم مالية المنافع وهي التي من اجلها كانت  
الاعيان اموالا يجرى فيها التمتع والبذل اذ هي بهذه الصفة اولى باطلاق  
لفظ المال عليها من الاعيان المالية •

وليس من المهم ان تتوفر الحيابة الحسية للشيء • لكى يعتبر مالا مقومًا  
وانما يكفي ان يحاز بحيابة اصله •

والمنفعة من هذا القبيل فهي محوزة بحيابة اصلها واذا وجدت وجدت  
مجازة لحيابة العين المشتملة عليها • وهذا الحوز يتحقق للمنفعة صفة المالية  
والتقوم •

قد جاء في الكتاب الكريم ما يدل على ذلك • فقد قال الله سبحانه وتعالى  
بعد تعداد المحرمات من النساء : " وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم  
محضين غير سافحين " (١)

قال القرطبي عند تفسير هذه الاية : " اباح الله تعالى الفرج بالاموال ولم  
يفصل فوجب اذا حصل بخير المال ان لا تقع الاباحة لانها على غير الشرط الماذون  
فيه " (٢) • وقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على جواز اعتبار المنفعة صداقًا  
قال الله تعالى عند ذكر قصة موسى وشعيب عليهما السلام : " ولما ورد ماء مدین  
وجند عليه امة من الناس يسقون •• " (٣) الى ان قال حكاية عن شعيب :

---

(١) سورة النساء اية رقم (٢٤)

(٢) القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٥/ ١٢٧

(٣) سورة القصص اية رقم (٢٣) •

قال انى أريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على أن تاجرني ثمان حجج  
فان اتمت عشرا فمن عندك • وما اريد ان أشق عليك ستجدني ان شاء الله من  
الصالحين • (١) قال ذلك بينى وبينك ايما الاجلين قضيت فلا عدوان على والله  
على ما نقول وكيل • (٢)

فدلت الاية الكريمة على مشروعية الاصداق بالمنفعة • وقد انعقد على ذلك  
اجماع ائمة المسلمين ولما كان الصداق بموجب الاية السابقة لا يكون الا مالا • كان  
في الاية دليل قوى على اعتبار المنافع اموالا • (٣)

واذا ثبت بهذا ان المنافع اموال يمكن تقويمها وجب حينئذ ضمانها اذا فوتت  
على مالكتها بدون اذن منه سواء استغلت او لم تستغل قياسا على الاعيان فـ  
ذلك بجماع ان كلا منهما مال يمكن تقويمه فوجب ضمانه عند حدوث ما يوجب (٤) •

---

(١) سورة القصص اية رقم (٢٢)

(٢) سورة القصص اية رقم (٢٨)

(٣) الخفيف - المنافع / ١٠١ / ١٠٢ - سليمان محمد - ضمان المتلفات في الققه  
الاسلامى ج / ١ / ٦٢ / ٦٣ • الزرقا - المدخل الى نظرية الالتزام العامة  
ج / ٣ / ٢٠٨ / ٢٠٩ •

(٤) ولا اعلم خلافا بين الفقهاء القائلين بمالية المنافع في هذا الامر الا ان المالكية  
يفرقون بين غاصب الذات وغاصب المنفعة فمن قصد باخذ العين الانتفاع  
بها فقط فهو غاصب للمنفعة • ومن قصد باخذها الاستيلاء عليها فهو  
غاصب للعين عندهم •

فاذا كان الغاصب غاصبا للمنفعة فيجب عليه ضمانها سواء استوفى المنفعة =

والله تعالى أعلم بالصواب •

== اولم يستوفها ويعتبر المستعير حال التعدي عندهم في حكم غاصب المنفعة •

اما ان كان غاصبا للعين فلا يضمن المنفعة مالم يستوفها على المشهور عندهم  
اما جمهور الفقهاء فلا فرق عندهم بين نصب الذات ونصب المنفعة ففسى  
كلا الحالين يجب على الغاصب ضمان المنفعة سواء استوفها او لم  
يستوفها •

ومن اراد التوسع في هذه المسألة فليراجع : كذب النصب عند الفقهاء  
ففيها حول هذا الموضوع كلام طويل جيد •

انظر : الدردير - الشرح الصغير ج ٢/٢١٩ - شرح الخرشى على مختصر  
سیدی خليل ج ٦/١٣٧/١٤٣ • ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية  
المتصد ج ٢/٣٢١ •

الشربيني - معنى المحتاج الى معرفة الالفاظ للمنهاج ج ٢/٢٨٦ •  
الرائى - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/٢٦٢ • الرولى - نهاية  
المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/١٦٨ •

البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤/١١١ • ابن مفلح  
- المبدع في شرح المقنع ج ٥/١٨٥ • المرادوى - الانصاف في معرفة  
الراجح من الخلاف ج ٦/٢٠١ •

سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامى ج ١/١٨٥ وما بعدها  
من صفحات •

المطلب الثاني : ما يوجب ضمان منفعة العين المعارة :

لما كان عقد المعارة عقد تبرع بالمنفعة بلا خلاف اعلمه بين القهاء في ذلك  
كان الاصل عدم ضمان منافع العين المعارة •

الا انه قد يعرض ما يوجب ضمانها وساحاول بيان ذلك في المسائل التالية :

- المسألة الاولى : استحقاق العين المعارة •
- المسألة الثانية : تعدى المستعير بما يوجب ضمان المنفعة
- المسألة الثالثة : لزوم عقد المعارة •

المسألة الاولى : استحقاق العين المعارة :

اذا استوفى المستعير منافع العين المعارة ثم ظهر استحقاق العين لغير  
معيها فللقهاء في ضمان المنفعة على المستعير تفصيل هو كما يلي :

**أولاً :** اذا استحققت العين المعارة لغير معيها فلما لكها حينئذ ان يضم  
المعير او المستعير منفعة العين المعارة باخذ اجرة مثلها من ايهما شاء •  
أما المعير فلانه تعدى بدفع العين المستحقة لمن يتفقها بدون ان مستحقها  
وأما المستعير فلقبضه مال غيره بدون ان •

وهل هذا فان ضمن المستحق المعير رجوع على المستعير بما ضمن ان كان  
المستعير عالماً بالاستحقاق لانه استوفى منافع يعلم ضمانها فيلزمه الضمان  
ويستقر عليه وان لم يكن المستعير عالماً فلا رجوع للمعير عليه لانه مفرور  
من المعير ان قد استوفى المنفعة على اساس انها مملوكة للمعير لا لغيره

فلا يلزمه بدل المنافع التي استوفىها لدخوله على عدم ضمانها •

أما ان اختار المستحق تضمين المستعير فيرجع على المعير حينئذ بما ضمن

مالم يكن عالما بالاستحقاق حيث يستقر الضمان عليه لما سبق •  
والى هذا التفصيل ذهب الحنابلة (١)

**ثانياً :** ذهب الشافعية الى مثل ما ذهب اليه الحنابلة في الجملة ، الا ان ضمان

المنافع التي استوفىها المستعير يستقر عليه عندهم في اظهر القولين  
سواء اكان عالماً بالفصب او غير عالم به • قالوا لانه المباشر لاتـ  
المنافع (٢)

ويمكن ان يناقش هذا بما سبق عن الحنابلة بان المستعير ان لم يكن عالماً  
بالفصب كان حينئذ منوروا فلا يستقر عليه ضمان المنافع التي استوفىها •

**ثالثاً :** ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ان العين الممارسة اذا استحققت لغير معيبرها

فليس لمستحقها الا اخذ هادون ان يرجع بضمان ما فات من منافعها  
في يد المعير والمستعير وما استوفاه احدهما او كلاهما •

---

(١) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٤ ، ابن قدامة - المغنى

ج / ٥ / ١٧٣

وفي وجه عند الحنابلة : ان المستحق اذا طلب من المستعير ضمان المنافع  
التي استوفىها فضمنها فلا يرجع بتبويبها على المعير لانه انتفع بالعين  
المعارة ومن هنا فقد استوفى بدل ما غرم • انظر : ابن قدامة - المغنى

ج / ٥ / ٢٠٤ • ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥ / ٢٧٧ - النووي ،

روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣٢ / ٤٣٣ - الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز

ج / ١١ / ٢٢٠ - الانصاري - اسنى الطالب شرح روضة الطالب ج / ٢ /

٣٢٩ - الشيرازي - المهذب ج / ١ / ٣٢٠ •



لما سبق من ان المنافع عند الاحناف، لا تعتبر مالا، ان لا يمكن تقويمها الا ضمن عقد الايجار او شبهته والمنافع في هذه المسألة لم تفت ضمن عقد ايجار ولا ضمن شبهته فلا يمكن تقويمها وبالتالي فلا ضمان لها .  
ويمكن ان يناقش هذا بما سبق من ان المنافع اموال يمكن تقويمها وضمانها (١).

ومن هنا، فالذي يظهر لي ان ما ذهب اليه الحنابلة في هذه المسألة هو الراجح، لقوة ما استندوا عليه في ذلك فيما بيده ولى . والله اعلم بالصواب.

---

(١) انظر : ص من هذه الرسالة . وانظر : ابن عابد بن قرة عيون الاخبار تكلمة المختار ج/ ٨ / ٣٨٩ .  
يحسن ان اشير هنا الى امرين :  
الامر الاول : ان المالكية لم يذكروا فيما اطلعت عليه من كتبهم شيئاً عن استحقاق العين المعارة .  
الا انهم ذكروا في كتاب الفصبان الخاصب اذ اذهب العين المفصوبة وكان الموهوب له عالماً بالفصب فللمستحق حينئذ ان يرجع على الخاصب بما استغله الموهوب له ان كانت العين قائمة او ان يرجع بذلك على الموهوب له فللمستحق تضمين ايها اراد .

اما اذا لم يكن الموهوب له عالماً بالفصب فلا يغير المستحق في الضمان بين الخاصب والموهوب له وانما يبدأ بالخاصب فيأخذ منه قيمة الغلّة التي استغلها الموهوب له . فان اعسر الخاصب ولم يوجد او وجد ولم يقدر عليه فيرجع حينئذ على الموهوب له ، لانه المستهلك ، ثم لا يرجع الموهوب له على الخاصب بشيء على الاصح ، لانه يقول : وهبتك شيئاً لم يتم لك .

هذا ما ذكره المالكية في كتاب الفصب عن غلة العين الموهوبة اذا استحققت لغير واهبها . ويحتمل والله اعلم ان ما فصلوه هنا ، يجرى كذلك في غلة العين المعارة اذا استحققت لغير معيها . ان لافرق بين الهبة والمعارة غاية ما هنالك ان المعارية : تمليك المنفعة بغير عوض والهبة تمليك العين بلا عوض . =

.....  
انظر التسولي - المهجة في شن التحفة ج ٣٥١/٢ - الدردير - الشن  
الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج ٤١١/٣ .  
الامر الثاني : ان الشافعية والحنابلة يرون ان العين المعارة اذا استحققت  
لغير مغيرها ثم تلفت كان للمستحق ان يرجع بضمان المنفعة والعين معا  
على المغير او المستعير .

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى ان العارية عندهم مضمونة بقيمتها  
يوم التلف . واذا ضمنت بقيمتها يوم التلف بقيت المنافع التي استوفاه المستعير  
بدون ضمان وضمانها لازم لعدم الاذن من مالكيها باستيفائها فتضمن  
حينئذ .

والواقع ان العين المعارة امانة لا تضمن الا بالتعدي . ولما كان التعدي  
هو الموجب للضمان وجب ان تقدر القيمة يوم حدوثه كما سبق بيان ذلك .  
ولما كان المستعير في هذه المسألة مستعيرا من غاصب فهو متعدي بقبض  
العين منه فتقدر القيمة يوم القبض لانه الموجب للضمان .  
واذا ضمنها بقيمتها يوم القبض كانت المنافع التي استوفاه انما حدثت فيما  
ضمنه بالقيمة فلا يلزمه ضمانها .

ومن هنا فلا يرجع المستحق في هذه المسألة بضمان المنفعة وضمان العين  
معا وانما يخير بينهما فما اختاره منهما اخذه . وخيرته تنفي ضرره .  
وهذا ظاهر ما ذهب اليه المالكية .

ولعله الراي الراجح لما سبق من ان العارية تقدر قيمتها يوم التعدي .

انظر : من هذه الرسالة /

وانظر النووي - روضة الطالبية ج ٤ / ٤٣٢ / ٤٣٣ . الرافعي - فتح العزيز

شن الوجيز ج ١١ / ٢٢٠ - الانصاري - اسنى الطالب شرح روضة الطالب

ج ٢ / ٣٢٩ - البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ١٠٠ / ١٠٢

المسألة الثانية : تعدى المستعير بما يوجب ضمان المنفعة :

إذا تعدى المستعير فجاوز تقييد المعير الى ما هو اكثر ضررا من التقييد وجب على المستعير حينئذ اجرة مثل ما زاد عن التقييد بلا خلاف بين المالكية والشافعية والحنابلة (١) وذلك نظرا الى ان المستعير لا يملك استيفاء منفعة العين المصاراة الا من جهة المعير لانه صاحب الحق فيها ومن هنا فلا يجوز للمستعير استيفاء تلك المنفعة الا على الوجه الذي اذن له المعير فيه من تقييد او اطلاق .

فاذا جاوز تقييد المعير الى ما هو اكثر ضررا فقد استوفى منافع لم يأذن للمعير باستيفائها ومن انتفع بمال غيره بدون اذنه وجب عليه ضمان ما استوفاه من منافع خلافا للحناف في ذلك .

- 
- == ابن فليح - المبدع في شرح المقنع ج / ١٧٧/٥ - ابن قدامة - المغني ج / ٢٠٤/١٧٣/٥ - التسولي - المهجة في شرح التحفة ج / ٣٥١/٢ ، الدردير - الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج / ٤١١/٣ - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٤٧/١٢٥/٦ .
- (١) الجعفي - سراج السالك شرح اسهل المسالك ج / ١٦٨/٢ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣٩٤/٣٩٣/٣ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٢٦/١٢٥/٦ حاشية القليوبي على شرح منهاج الطالبين ج / ٢١/٣ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ٥٢٣/١ - الرافعي - فتح العزيز شرح العزيز ج / ٢٢٢/١١ - ابن قدامة - المغني ج / ١٧٣/١٧٢/٥ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٧٢/٦٨/٤ - ابن مفلح المبدع في شرح المقنع ج / ١٤٢/٥ .

وعلى هذا فيجب على المستعير أجرة مثل ما زاد عن القيد (١)  
ومن صور التعدي الموجب لضمان المنفعة :

- أن يستعير شخصي سيارة مثلاً من مكة الى الطائف فيذهب بها الى الطائف ثم يتردد ويذهب بها الى أبها .
- أو أن يستعير سيارة ليحمل عليها الفكيло من القمح مثلاً فيحمل عليها الالف ويزيد عليها خمسمائة كيلو .
- أو أن يستعير كتاباً لمدة عشرة ايام فيقيه عنده عشرين يوماً .
- أو أن يستعير داراً ويأجرها بدون اذن المعير الى غير ذلك من الصور .

#### المسألة الثالثة : لزوم عقد العارية :

سبق أن الاصل في العارية الجواز الا انه قد يعرض لها ما يجعلها لازمة الى مدة معينة كما اذا ترتب على الرجوع عن عقد العارية ضرر بالمستعير وقد امكن تلافى هذا الضرر ببقاء العين المعارة في يده الى مدة معينة فتبقى العين حينئذ في يده الى انتهاء تلك المدة باجرة مثلها جمعا بين الحقين حق المعير في استرداد العين المعارة وحق المستعير في دفع الضرر عنه .

والى هذا القول ذهب الاحناف واليه ذهب الحنابلة في احد القولين عندهم كما ذهب اليه الشافعية الا انهم يستثنون من ذلك بعض الصور التي يسرون فيها بقاء العين المعارة في يد المستعير بدون اجر .

---

(١) المراجع السابقة . وانظر من هذه الرسالة صفحة

وفي قول عند الحنابلة ان العين المارة في هذه المسألة تبقى في يد  
المستعير ومن اجرمه لقا لان عقد المارة يقتضي الانتفاع بدون عوض •

وقد سبق بيان اقوال الفقهاء في هذه المسألة وادلتهم وقد اوضح لـ  
هناك ان الراجع : بقاء العين المارة في يد المستعير باجرة مثلها الى حين  
ارتفاع الضرر عنه فلا داعي لاعادة التفصيل في هذه المسألة (١)

والانتهاء من هذه المسألة نأتى الى ختام الفصل الرابع من الباب الخامس  
وهو ينتهي هذا الباب • فارجو أن اكون قد وقتت في بحث مسائله •  
والله المستعان •

الباب السادس : في الاختلاف بين المعير والمستعير

الفصل الأول : في الاختلاف في ملكية الممين المعارة

الفصل الثاني : في الاختلاف في انشاء عقد العارية

الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بعد انشاء عقد العارية

الفصل الأول : الاختلاف في ملكية العين المعارة

=====

إذا طلب المعير ، رد العين المعارة ، فجددها المستمير ، وادعى ملكيتها ،  
أما أن تكون لمدعي الاطارة بينة ، ولا بينة لمنكرها ، وأما أن لا تكون لمدعي الاطارة  
بينة ، وأما أن تكون لكل منهما بينة :

فإن كان لمدعي الاطارة بينة ، ولا بينة لمنكرها ، فللفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : يحكم لمدعي الاطارة بملكية العين ، استنادا للبينات التي قدمها ، وإلى

هذا ذهب جماهير الفقهاء (١)

القول الثاني : لا يحكم لمدعي الاطارة بملكية العين ، بمجرد البينة فقط ، بل لابد  
من أن يخلف على ما ادعاه أيضا ، وإلى هذا ذهب ، شريح ، وعون بن عبد الله ،  
والنخعي والشعبي ، وابن أبي ليلى ، وروى عن شريح انه قال لرجل : لو اثبت عندي  
كذا وكذا شاهدا ، ما قضيت لك حتى تحلف (٢) .

ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه ، دليلا لأصحاب هذا القول ، حتى يمكن

---

١ / المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدي ج / ٨ / ١٦٧ / ١٦٨ مطبوع مع المعزاية ،  
وشرح فتح القدير ، وحاشيتة سعدى - داماد افندى - مجمع الازر شرح ملتقى الابحر  
ج / ٢ / ٣٥٣ / ٢٥٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٢٨ / ٣٣٣ ابن رشد ،  
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٢ / ٤٧٢ / ٤٧٣  
حاشية الباجوري على شرح بن القاسم ج / ٢ / ٣٤٥ / ٣٤٧ ، وانظر شرح ابن القاسم  
ايضا بهامش الحاشية المذكورة ، الرملى - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٣٣٢ ،  
البيهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٦ / ٣٨٥ / ٣٩٠ / ٣٩١ ، ابن قدامة -  
المغنى ج / ١٠ / ٢٤٦ / ٢٤٧ .

٢ / ابن قدامة - المغنى ج / ١٠ / ٢٤٦

مناقشه أو الاخذ به . ومن هنا فالذى يظهر لى ، والله أعلم أن الصواب فيما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من انه يحكم لمدعى الاطارة فى هذه المسألة ، بملكية العين ، استنادا لما قدمه من بينة ، ولا يحلف فوق ذلك ، وهذا لما روى الأشعث بن قيس " قال : كان بينى وبين رجل ، خصومه فى بئر ، فاخصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال شاهدك او يمينه ، فقلت : انه اذن يحلف ولا ييالى ، فقال : من حلف على يمين ، يقتطع بها مال امرئ مسلم ، هو فيها فاجر ، لقي الله وهو عليه غضبان " ( ١ ) .

وفى الباب - أحاديث أخرى فى نفس المعنى ، وقد دل الحديث على ان البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر .

فاذا استطاع مدعى الاطارة ، اثبات ملكيته للعين ، وجب القضاء له بذلك ، دون أن يكلف بالحلف على ذلك بموجب هذا الحديث . وغيره من الاحاديث الواردة فى هذا ، الباب ، ان لو كان حلفه واجبا ، بالاضافة الى بينته ، لبين ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يبينه دل ذلك على عدم اجباره . أما اذا لم تكن لمدعى الاطارة بينة على ما يدعيه ، من ملكية العين ، واطرتها ، فللقهاء فى ذلك قولان :

القول الأول : يحلف المنكر ، على ملكيته للعين وعدم استمارتها من المدعى ،

---

١ / هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحهما ، كما أخرجه ، ابو داود ، وابن ماجه بلفظ آخر ، وأخرجه الهيثمى ايضا ، فى كتابه مجمع الزوائد ، عن عدى بن عدى الكندى ، بلفظ قريب من لفظ الصحيحين ، ثم قال رواه الطبرانى فى الكبير ، ورجال احد هما رجال الصحيح .  
أنظر ، الهيثمى - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج / ٤ / ٢٠٣ ، التبريزى - مشكاة المصابيح ج / ٢ / ٣٤٤ / ٣٤٥ ، الشوكانى - نبيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار ج / ٩ / ٢١٦ . صحيح البخارى ج ٣ / ١٠٧ ، صحيح مسلم ج / ٥ / ١٢٨ .



ويستحقها بذلك ، دون أن يطالب المدعى للاطارة باثبات خلطه بينه وبين خصمه ،  
والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء (١) .

القول الثاني : لا يحلف المنكر ، الا اذا اثبت مدعى الاطارة ان بينه وبين خصمه  
خلطه ، من بيع أو شراء أو نحو ذلك ، والى هذا ذهب الامام مالك ، وفقهاء المدينة  
السبعة ، وهو مروى عن علي بن ابي طالب وذلك نظرا الى المصلحة لكيلا يتطرق  
الناس بالدعوى الى تعنيت بعضهم بعضا ، واذاية بعضهم بعضا \* (٢)

ويمكن ، أن يناقش هذا ، الدليل ، بما سبق في حديث الاشعث ، حيث ذكر  
النبي صلى الله عليه وسلم فيه ، أن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر (٣)  
وفي عموم هذا الحديث دليل على أن اليمين تجب بنفس الدعوى ، دون ان يحتاج  
المدعى الى اثبات خلطه بينه وبين خصمه ، اذ لو كان ذلك شرطا لنبه عليه الرسول  
صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يشر اليه الرسول ، دل ذلك على عدم اشتراطه .  
ومن هنا ، فالذى يظهر لى ، رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن المنكر  
يحلف على ملكيته للعين اذا لم يكن لمدعى الاطارة بينة ، ويستحقها بذلك ، دون  
أن يطالب المدعى ، باثبات خلطه بينه وبين المنكر المدعى عليه ، وذلك لعموم الاحاديث  
الدالة على ان البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ومنها حديث الاشعث السابق  
(٤)

---

١ / داماد - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٢٥٣ / ٢٥٤ ، ابن رشد - بداية  
المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٧٢ / ٤٧٣ ، الرملى - غاية البيان شرح زيد ابن  
رسلان / ٣٣٢ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٦ / ٣٨٥ ، ابن قدامة -  
المفنى ج / ١٠ / ٢٤٧

٢ / ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٧٣ ، ابن جزى - قوانين  
الاحكام الشرعية / ٣٢٨

٣ / انظر ص من هذه الرسالة ٤ / انظر ص من هذه الرسالة .

اما اذا كان لكل من مدعى الاطارة ، ومنكرها ، بينة على ملكيته للمعين ، فللقهاء  
في ذلك ، ثلاثة أقوال هي كما يلي :

القول الأول : تقدم بينة مدعى الاطارة ، ولا تسمح بينة المدعى عليه بحال ، والى  
هذا القول ذهب الامام أحمد بن حنبل في احدى الروايات عنه ، واليه ذهب اسحاق (١)

القول الثاني : تقدم بينة المدعى عليه الجاحد للمارية ، والى هذا القول ذهب  
شريح والشعبي ، والنخعي ، والحكم ومالك ، والشافعي ، وابو عبيد ، وقال :  
هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى هذا القول عن طاوس ، وذكر ابو الخطاب من  
الحنابلة ، أنه رواية عن الامام احمد بن حنبل ، وانكر القاضي كون هذا ، رواية  
عن أحد ، وقال : لا تقبل بينة الداخل اذا لم تغد الا ما افادته يده ، رواية واحدة (٢)  
ومن أدلة اصحاب هذا القول : " ان جانب المدعى عليه اقوى ، لأن الأصل معه ،  
ويمينه تقدم على يمين المدعى ، فاذا تعارضت البيئتان ، وجب ابقاء يده على ما فيها ،  
وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما " (٣) وذلك يدل على اخبارها ويمكن ان -  
يناقش هذا الدليل " بأن بينة المدعى ، اكثر فائدة ، فوجب تقديمها ، كتقديم بينة  
الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها ، انها تثبت شيئاً لم يكن ، وبينة المنكر ،  
تثبت ظاهراً تدل اليد عليه ، فلم تكن مفيدة " (٤) .

---

١ / ابن قدامة - المنفى ج / ١٠ / ٢٤٥ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج / ٦ / ٣٩٠

٢ / ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٧٣ ، حاشية الباجوري على  
شرح ابن القاسم ج / ٢ / ٣٤٧ ، الرملي - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٣٣٢ ،  
ابن قدامة ، المنفى ج / ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦ ، المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح  
من الخلاف ج / ١١ / ٣٨٠ / ٣٨١ .

٣ / ابن قدامة - المنفى ج / ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦

٤ / المرجع السابق .

القول الثالث : ان شهدت بيعة المدعي عليه ، الجاحد للمارية بسبب الملك ، او ارخت

وقت تملكه لها وكان ما ارخت به اقدم مما ارخت به بيعة المدعي الاطارة ، فبينته حينئذ مقدمه على بيعة مدعي الاطارة وان لم يكن الأمر كذلك فبيعة مدعي الاطارة مقدمة على بيعة جاحد المارية ، والى هذا القول ذهب الامام ابو حنيفة ، وابو ثور ، وهو رواية عن الامام أحمد بن حنبل (١) .

واستدلوا ، على ذلك ، بما روى جابر رضى الله عنه ، ان رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، نتاج ناقة في يد رجل ، وأقام البيعة عليه ، وأقام ذو اليد البيعة على مثل ذلك ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بالناقة لصاحب اليد (٢) .

فبيعة ذو اليد في هذا الحديث ، قد شهدت ، بسبب الملك ، وهو نتاج الناقسة

في ملكه ، وقد قدمها النبي صلى الله عليه وسلم ، فدل ذلك على أن البيعة ، ان شهدت بالسبب للمدعي عليه ، قدمت على بيعة المدعي ، حتى وان شهدت بالسبب ايضا .

وانما قضى لجاحد المارية اذا شهدت بيئته ، بتاريخ تملكه للمعين ، وكان اسبق من تاريخ تملك مدعي الاطارة ، ان أرخت بيئته لذلك " لأن بيعة صاحب الوقت الاسبق ، اظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد ، فيدفع المدعي الى ان يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره " (٣)

---

١ / قاضى زاده - نتائج الافكار ، في كشف الرموز والاسرار ج / ٨ / ١٧٣ / ١٧٤ .

المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٨ / ١٧٣ / ١٧٤ ، الكاساني - بدائع الصنائع ج / ٨ / ٣٩٤٠ وما بعدها من صفحات ، ابن قدامة المغنى ج / ١٠ / ٢٤٥ /

٢٤٦

٢ / أخرج هذا الحديث ، البيهقي والشافعي وسكتا عنه ، واخرجه الدارقطني ، وقال الصنعاني : وفي سنده ضعف ، وقال الحافظ بن حجر في التلخيص : واسناده ضعيف ،

وفي سنده : يزيد بن نعيم وهو مجهول الحال ، كما قال ذلك ابن القطان وفيه ايضا ، محمد بن مسروق ، واسحاق بن الفرات أما محمد فمجهول الحال ، واما اسحاق - فمختلف فيه ، أنظر في هذا ، الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٤ / ١٣٥ ، حاشيته محمود عبد الوهاب على المغنى لابن قدامة ج / ١٠ / ٢٤٥ ، التبريزي -

مشكاة المصابيح ج / ٢ / ٣٤٤ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٤٢ / ٣٩٤٤ / ٣٩٤٥

ويمكن أن يناقش ، ما استدل به لهذا القول : بما رواه وائل ابن حجر ، قال :  
" جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة ، الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال  
الحضرمي : يا رسول الله ان هذا غلبنى على ، أرض ، كانت لأبي ، فقال الكندي :  
هي ارض في يدي ، ازرعها ، ليس لغيري حق ، فقال عليه السلام للحضرمي :  
ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه ، قال : يا رسول الله ، الرجل  
فاجر لا يبالي على ما حلف عليه ، وليس يتورع عن شيء ، فقال : ليس لك منه الا ذلك ،  
فانطلق ليحلف ، فقال عليه السلام لما أدبر : اما ان حلف على ماله ليأكله ظلما ،  
ليليقين الله ، وهو عنه معرض " (١)

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة بطرق مختلفة المراتب ، والفاظ  
متعددة تدل على أن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر . (٢)  
وهذا يتضح أن جنس البينة في جانب المدعي ، كما أشارت الى ذلك الاحاديث ،  
وجنس اليمين في جانب المدعي عليه ، فلا يبنى في جانب المدعي عليه حينئذ بينه .  
ثم ان بينة المدعي اكثر فائدة ، كما سبق بيان ذلك ، فوجب تقديمها ، كتقديم  
بينة الجرح على التعديل . وأما حديث جابر ، ففي مسنده يزيد بن نعيم ، وقال فيه  
ابن القطان : لا يعرف حاله ، وذكر الحافظ في التلخيص ، تضعيف اسناده . (٣)

---

١/ هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب القضاء ومسلم في كتاب الايمان : باب وعيد  
من اقتطع حق مسلم بيمين فاجره ، كما أخرجه ايضا في كتاب القضاء ، وأخرجه  
الدارقطني وابوداود .  
انظر في هذا - الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٤ / ٩٤ / ٩٥ وأنظر  
حاشيته ايضا التبريزي - مشكاة المصابيح ج ٢ / ٣٤٥ .  
٢/ أنظر في هذا - التبريزي - مشكاة المصابيح ج ٢ / ٣٤٣ / ٣٤٤ / ٣٤٥ الزيلعي -  
نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٤ / ٩٤ / ٩٥ / ٩٦ ، الصنعاني - سهل السلام  
شرح بلوغ المرام ج ٤ / ١٣٢ .  
٣/ ابن قدامة - المفني ج ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦

ومن هنا ، فالذى يظهر لى رجحانه ، ما ذهب اليه الامام أحد فى القول الأول ،  
لما سبق من أن جنس البينة على المدعى ، فلا يبقى فى جانب المدعى عليه بينة " ولأن  
الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فان ذلك جائز ، عند  
كثير من أهل العلم ، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى ،  
كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدى الفرع ، لما كانا مبنيين على شاهدى الأصل  
لم تكن لهما منزلة عليهما " (١)

إذا تبين هذا ، فانه متى ما ثبت بالبينة او بنخيرها ، ان العين ملك لمدعى  
الاطارة ، وانه قد أطارها للمدعى عليه ، فلا يخلو الأمر ، اما أن تكون العين باقية ،  
أو تالفة :

فان كانت ، باقية وجب ردها للمعير ، لانتهاء عقد العارية بطلب المعير للعين  
المعارة . (٢)

وفى أخذ الأجرة عن المدة ، ما بين طلب المعير لرد العين المعارة ، والحكم  
بردها ، خلاف بين الفقهاء ، فمن قال من الفقهاء بمسالية المنافع ، أوجب مثل  
أجرة تلك المدة ، ومن قال بعدم ماليتها لم يوجب شيئاً من ذلك ، وقد سبق

بيان ذلك ، وأن الراجح وجوب مثل الأجرة كما هو رأى جمهور الفقهاء . (٣)  
أما إذا تلفت العين فى يد جاحد العارية ، وقد ثبت انها ملك ، المدعى ، أطارها له ،

---

٧١ المرجع السابق .

٢ / أنظر ص من هذه الرسالة .

٣ / أنظر ص من هذه الرسالة .

وجب عليه حينئذ ضمانها ، وان ادعى انها قد تلفت ، بدون تعد ، او تقصير منه ،  
بلا خلاف أظنه بين الفقهاء في ذلك سواء منهم القائلين : بأن العارية مضمونه ، أو  
القائلين : بأنها أمانة في يد المستعير ، لا تضمن الا بالتعدى او التقصير ، في  
حفظها . (١) .

أما القائلون بأن العارية مضمونه بكل حال ، فظاهر ان وجه تضمينهم لجاحد  
العارية في هذه المسألة . هو ، أن الأصل في العارية عندهم الضمان .  
وأما القائلون : بأن العارية أمانة في يد المستعير ، فوجه تضمينهم ، لجاحدها في  
هذه المسألة " ان العين كانت أمانة في يده ، فيصير ضامنا بالجحود ، قياسا على  
المودع في ذلك ، بجامع أن كلا العقدين ، عقد أمانة . (٢) .  
واذا تبين جميع ما سبق ، فهل يجب على جاحد العارية ، حد السرقة ، اذا ثبت  
أن العين التي في يده ملكا لمدعى الاطارة ، قد أطرها له .  
الواقع : أن الفقهاء اختلفوا في هذا الأمر ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول : تقطع يد جاحد العارية ، والى هذا القول ذهب الحنابلة في أصح  
الروايتين عندهم واليه ذهب اسحاق وزفر ، وابن حزم الظاهري والشوكاني (٣) .

---

١ / السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٤ ، ابن عابد بن - قرعة عيون الاخبار تكملة رد  
المحتار ج / ٨ / ٤١٦ ، ابن فرحون - تبصرة الحكم في أصول الأفضية ومناهج  
الأحكام ج / ١ / ١٣٦ ج / ٢ / ٥٤ ، ابن عبد الوهاب - مختصر الانصاف والشرح  
الكبير / ٣٨٩ ، الشرييني - مفني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج  
ج / ٢ / ٢٩٧ .

٢ / السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٤  
٣ / المرادى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١٠ / ٢٥٣ / ٢٥٤ ، ابن  
حزم - المحلى ج / ١١ / ٣٥٨ وما بعدها من صفحات ، المسألة (٢٢٨٥) ،  
الشوكاني - نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج / ٧ / ٣٠٧ ، ابن رشد -  
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٤٥ / ٤٤٦ - ابن حجر - فتح الباري  
بشرح صحيح البخارى ج / ١٢ / ٩٠ .

القول الثاني : لا يقطع جاحد العارية ، والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء ،

وهو رواية عن الامام أحمد (١)

ومما استدل به الجمهور على ذلك : ان القرآن والسنة انما أوجبا القطع على السارق ، فقال الله تعالى : " والسارق والسارقة ، فاقطعوا ، ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم " (٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : " تقطع يد السارق في ربح دينار " (٣) فدل كل من الآية ، والحديث الشريف على أن القطع ، انما يجب على السارق ، والجاحد

للعارية ، لا يعتبر سارقا ، وانما خائنا .

وقد روى عن جابر بن عبد الله ، عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ليس على خائن ، ولا منتهب ، ولا مختلس ، قطع (٤) فدل الحديث الشريف على عدم

---

١ / ابن الهمام - شرح فتح القدير ج / ٥ / ٣٧٣ ، مطبوع مع الهداية ، والعناية ،  
رواحشية سعدى ، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٤٥ /  
٤٤٦ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٤ / ٣٠٥ مطبوع على هامش حاشية الدسوقي ،  
الاردبيلي - الأنوار لأعمال الابراج ج / ٢ / ٥١٠ ، المرادى - الانصاف فى  
معرفة الراجع من الخلاف ج / ١٠ / ٢٥٣ / ٢٥٤ ، الشوكلى - نيل الاوطار  
من أحاديث سيد الاخبار ج / ٧ / ٣٠٧

٢ / سورة المائدة ، آية رقم (٣٨)

٣ / هذا الحديث أخرجه البخارى فى كتابه الصحيح فى باب قوله تعالى ، والسارق  
والسارقة فاقطعوا ايديهما . من كتاب الحدود ، عن عائشة رضى الله عنها ،  
أنظر - ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، الزيلعى - نصب الراية  
لأحاديث الهداية ج / ٣ / ٣٥٥ وما بعدها من صفحات .

٤ / قال ابن حجر فى تخريج هذا الحديث : " أخرجه الأربعة ، وصححه ابو عوانة ،  
والترمذى من طريق ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر ، رفعه ، وصرح ابن جريج  
فى رواية للنسائى بقوله : أخبرنى ابو الزبير ، ووهم بعضهم هذه الرواية ، فقد  
صرح ابو داود ، بأن ابن جريج ، لم يسمعه من ابي الزبير ، وقال : ولفنى عن  
أحد : انما سمعه ابن جريج من ، ياسين الزيات ، ونقل ابن عدى فى الكامل

قطع يد الخائن ، والجاحد للمارية ، خائن في الواقع ، فلا تقطع يده ( ١ )  
ويمكن أن يناقش هذا الدليل : بما روى عن معمر بن الزهري عن عروة عن عائشة  
رضي الله عنها : " كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجده ، فأمر النبي صلى الله  
عليه وسلم بقطع يدها " ( ٢ )

فدل الحديث الشريف ، على وجوب قطع يد جاحد المارية ، لترتب الحكم على الوصف  
كما هو ظاهر من لفظ الحديث . وعلى هذا فان جاز اعتبار ، جاحد المارية ، خائنا  
لا سارقا ، فان هذا الحديث مخصص لمعوم حديث جابر السابق " ليس على خائن  
ولا منتهب ولا مختلس قطع " فيكون القطع فيمن جحد المارية دون غيره من الخونة ،  
بموجب ، حديث معمر وغيره من الأحاديث الصحيحة في الباب ( ٣ )

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة : بأن حديث المخومية ، روى من طرق متعددة ،

---

== عن أهل المدينة انهم قالوا : لم يسمع ابن جريج من أبي الزبير ، وقال النسائي :  
رواه الحافظ من أصحاب ابن جريج عنه ، عن أبي الزبير فلم يقل أحد منهم اخبرني ،  
ولا أحسبه سمعه ، قلت : لكن وجد له متابع عن أبي الزبير أخرجه النسائي أيضا  
من طريق المنيرة بن مسلم عن أبي الزبير ، لكن الزبير مدلس أيضا ، وقد عنعنه  
عن جابر ، لكن أخرجه ابن حبان من وجه آخر بمتابعة أبي الزبير ، فقوى الحديث ،  
وقد أجمعوا على العمل به الا من شذ " انظر ، ابن حجر ، فتح الباري بشرح  
صحيح البخاري ج ١٢ / ٩١ / ٩٢ ، الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام  
ج ٤ / ٢٢ ، الشوكاني - نيل الاوطار ج ٧ / ٣٠٤ ، الزيلعي - نصب الراية  
لأحاديث الراية لأحاديث الهداية ج ٣ / ٣٦٣ / ٣٦٤ / ٣٦٥ .  
١ / الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٤ / ٢١ / ٢٢ ، ابن حجر - فتح  
الباري بشرح صحيح البخاري ج ١٢ / ٩١ / ٩٢ ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٥٩ /  
٣٦٠ ، مسألة ( ٢٢٨٥ ) .

٢ / هذا الحديث ، أخرجه مسلم بهذا السند في كتاب السرقة ، باب قطع السارق  
الشريف وغيره ، وأخرجه البخاري بلفظ آخر ، ولم يذكر فيه جحد المارية ، ورواه  
أحمد والنسائي ، وابوداود ، من حديث ابن عمر بلفظ قريب من لفظ مسلم ، في  
هذا الحديث ، وأخرج حديث ابن عمر أيضا ، ابو عوانة في صحيحه من طريق



انها سرقت (١) ورواية معمر ، بأنها استعارت ووجدت ، رواية شاذة ، مخالفة لما روى عن جمهور الرواة ، قال النووي : والشاذة لا يعمل بها ، وقال ابن المنذر والطبري : قيل ان معمر انفرد بها ، وقال القرطبي : رواية انها سرقت أكثر وأشهر ، من رواية الجحد ، فقد انفرد بها معمر من بين الائمة الحفاظ ، وتابعه على ذلك ، من لا يفتدى يحفظه ، كابن اخرى الزهرى ونصطه ، هذا قول المحدثين (٢) .

= أيوب عن نافع عن ابن عمر ، واخرجه ايضا النسائي ، وابو عوانة من وجه آخر ، عن عبد الله بن عمر العمري عن نافع عنه ، ايضا بلفظ ، استعارت ، حليا ، انظر في هذا ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٣ / ٣٦٥ ، الشوكاني - نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج / ٧ / ٣٠٥ / ٣٠٦ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ١٢ / ٨٢ وما بعدها من صفحات : الصنعاني - سبل السلام ج / ٤ / ٢٠

٣ / الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٤ / ٢٢

٤ / من ذلك ما روى البخاري ، من طريق سعيد بن سليمان ، حدثنا الليث عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضى الله عنها : ان قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن يجترئ عليه ، الا اسامة ، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : اتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب ، فقال : يا ايها الناس انما ظل من كان قبلكم ، انهم كانوا ، اذا سرق الشريف تركوه ، فاذا سرق الضعيف فيهم ، اقاموا عليه الحد وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها \* ا هـ

انظر - ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ١٢ / ٨٢ وما بعدها من صفحات

٢ / المرجع السابق ج / ١٢ / ٩٠ / ٩١ .

ويمكن أن يجاب عن هذا : بان ادعاء ان معمرا ، تفرد بهذه الرواية دون غيره ، أمر لا يسلم به ، اذ قد جاء في فتح الباري : ان رواية شعيب بن ابي حمزة ، ويونس بن يزيد ، وايوب بن موسى ، كلها موافقة لرواية معمرا ولا يمكن اعتبار ، شعيب ، ويونس ، وايوب ، بابن أخي الزهري ونمطه ، فالحدثون متفقون ، على أن هؤلاء أرفع درجة في حديث الزهري من ابن أخيه . ( ١ )

وجاء في المحلي لابن حزم " أما كلامهم في اختلاف الرواية عن الزهري ، فلا متعلق لهم به ، لأن معمرا ، وشعيب بن ابي حمزة رواياه عن الزهري ، وهما قايمة في الثقة والجلالة ، وكذلك ايوب بن موسى ، كلهم يقولون : انها كانت تستمير المتاع وتجدده ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر بقطع يدها ، وأخبر أنه حد من حدود الله ولم يضطرب على معمرا في ذلك ، ولا على شعيب بن ابي حمزة ، وان كانا خالفهما الليث ، ويونس بن ابي يزيد ، واسماعيل بن أمية ، واسحق بن راشد ، فان الليث قد اضطرب عليه ، وكذلك على يونس بن يزيد ، فان الليث ويونس ، واسماعيل ، واسحق ، ليسوا فوق معمرا وشعيب في الحفظ ، وقد واقفهما ابن أخي الزهري عن عمه . " ( ٢ )

قيل اذن ، يمكن ترجيح رواية : انها سرقت ، على رواية انها استعارت ووجدت ،

من ثلاث وجوه :  
الوجه الأول : انه قد جاء في آخر الحديث ، الذي فيه ذكر جحد المارية  
" لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " ( ٣ )

١ / المرجع السابق ج / ١٢ / ٩١

٢ / ابن حزم - المحلي ج / ١١ / ٣٦٠ مسألة رقم ( ٢٢٨٥ )

٣ / هذا الحديث ، أخرجه ، مسلم وأحمد ، والنسائي من حديث عائشة رضي الله عنها وأخرجها ابن حزم في المحلي والطحاوي في مشكل الآثار من حديث عائشة أيضا .  
ومن طرقه عند النسائي ما قال فيه : اخبرنا عمران بن بكار قال حدثنا بشر بن شعيب قال : اخبرني ابي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : استعارت امرأة على السنة

قال القرطبي : وفي ذلك دلالة قاطعة على ان المرأة ، قطعت في السرقة ، ان لو كان قطعها لأجل الجحد لكان ذكر السرقة لاغيا ، ولقال : " لو ان فاطمة جحدت العارية " (١) .

ويمكن أن يناقش هذا الوجه : بأن جميع الاحاديث التي ذكرت ، الجحد ، رتبته ، قطع السيد ، على جحد العارية ، وترتيب الحكم على الوصف يشمر بالعلية ، ونفسى هذا دليل قوى ، على أن المخزومية ، قطعت في جحد العارية . وانا ثبت بهذا ، أن سبب القطع ، هو جحد العارية ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم في نهاية الحديث " لو أن فاطمه بنت محمد سرقت لقطعت يدها " دل ذلك على أن جحد العارية ، سرقة في اللفة . وثبت شرط أن حده قطع اليد ، ونظير ادخال جاحد العارية في مسمى السارق ، ادخال الرسول صلى الله عليه وسلم ، سائر أنواع المسكر في مسمى الخمر ، وتسمية النباش سارقا (٢)

ويؤيد ذلك ان السارق ، وجاحد العارية ، لا يمكن الاحتراز منهما ، بخلاف الخائن في الوديعة ونحوها والمختلس والمتنهب فان السارق يتوصل الى سرقة المال ، متخفيا ، بطريقة ما ، مهما احتراز منه ، بقفل الدار ونحو ذلك ، وجاحد العارية ، يأتي نسي في البداية للمعير طالبا على لسانه ، او لسان غيره ، جاعلا عقد الاستمارة ، ذريعة الى التوصل لاستحلال ملك غيره بدون حق . " فهو مستخف بأخذ ما أخذه من مال

= أناس يعرفون وهي لا تصرف ، حليا ، فباجده ، وأخذت ثمنه ، فأتى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسمى اهلها الى اسامة بن زيد ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو يكلمه ثم قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتشفع الى في حد من حدود الله . فقال أسامة : استغفر لي يا رسول الله ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عشيتئذ ، فأثنى على الله عز وجل بما هو أهل له ، ثم قال : أما بعد ، فانما أهلك الناس قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق الشريف فيهم تركوه واذا سرق الضعيف فيهم اقاموا عليه الحد ، والذي نفس محمد بيده لو ان فاطمه بنت محمد سرقت لقطعت يدها ، ثم قطع تلك المرأة " انظر سنن النسائي ج ٨ / ٧٣ مطبوع مسع شرحه للسيوطي وحاشية الامام السندي ، وانظر في تخريج الحديث الشوكاتى نيل الاوطار (٧ : ٣٠٥) ، الطحاوي - مشكل الاثار (٣ : ٩٧) ، والتبريزي ، مشكاة المصابيح (٢ : ٣٠٢) ، ابن حزم - المحلى (١١ : ٣٥٨) مسأله رقم (٢٢٨٥) .

(١) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (١٢ : ٩١) .

(٢) ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابن داود (٦ : ٢١٠) ، (٢١١) ، مطبوع مسع مختصر ابن داود للمنذرى ومعالن السنن للخطابي . ابن القيم - زاد المعاد في هدي خير العباد (٣ : ٢١١) ، (٢١٢) ، انظر محرر فتاوى ابن القيم في مسائل الفقه

غيره ، يورى بالاستعارة لنفسه او لشيره ثم يملكه مستترا متخفيا ، وهذه هى السرقة دون تكلف . " ولما كانت العارية من مصالح الناس التى لا بد لهم منها ، ولا غنى لأى مجتمع عنها ، كانت مما لا يمكن الاحتراز ، بمنعه ، لا شرطا ولا عادة ولا عرفا ، خاصة وانها واجبة عند بعض العلماء مطلقا ، وعند اكثرهم حال اضطرار المستعير لها ، والمستعير قد يظهر الاضطرار لها ، فلا يمكن المسعير رده ، كما لا يمكنه الاستشهاد على ذلك فى جميع الاوقات . ( ١ )

أما الخائن فى الوديعة ونحوها ، فيمكن الاحتراز منه ، بعدم دفع المال اليه ، لأن الأموال ، لا تدفع الا لذوى الأمانة فناسب حينئذ ان لا يجب على الخائن هنا ، قطع ، لتفريط صاحب المال فى دفع ماله الى غير مؤتمن ، وكان يمكن الاحتراز بعدم دفعه . ( ٢ )

وأما المنتهب فيمكن الاحتراز منه ايضا " فالمنتهب هو الذى يأخذ المال جهرة بجرأى من الناس ، فيمكنهم ان يأخذوا على يديه ، ويخلصوا حق المظلوم ، او يشهدوا له عند الحاكم " ( ٣ )

ويمكن الاحتراز ايضا من المختلس " لأنه انما يأخذ المال على حين غفلة من مالكه وغيره فلا يخلوا من نوع تفريط يمكن المختلس من اختلاسه ، والا فمع كمال التحفظ والتيقظ لا يمكنه الاختلاس ، فليس كالسارق ولا كجاحد العارية " ( ٤ )

---

١ / ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٢ / ٢٦٦ / ١٧٧ / ١٧٨ ، ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابي داود ج ٦ / ٢١٠ / ٢١١ / ٢١٢ ، ابن القيم - زاد المصنف فى هدى خير العباد ج ٣ / ٢١١ ، ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٦٢ مسألة ( ٢٢٨٥ ) ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٢ / ٩٢ ، الشوكانى - نيل الأوطار من أحاديث سيد الاخبار ج ٧ / ٣٠٧ / ٣٠٨ .

٢ / المرجع السابق

٣ / ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٢ / ١٧٦ / ١٧٧

٤ / المرجع السابق .

وقال ابن القيم رحمه الله : " ولو ثبت ان جاحد المارية ، لا يسمى سارقا ، لكان قطعه بهذا الحديث جاريا على وفق القياس ، فان ضرره مثل ضرر السارق وأكثر ، ان لا يمكن الاحتراز من السارق بالاحراز والحفظ وأما المارية ، فالحاجة الشديدة ، التي تبلغ الضرورة ، ماسة اليها ، وحاجة الناس فيما بينهم ، اليها من أشد الحاجات ، ولهذا ذهب من ذهب من العلماء الى وجوبها ، وهو مذهب كثير من الصحابة والتابعين ، وأحد القولين في مذهب أحمد ، فترتيب القطع على جحدها ، طريق الى حفظ أموال الناس وترك لباب هذا المعروف مفتوحا ، وأما اذا علم ان الجاحد لا يقطع ، فانه يقضى الى سد باب المارية ، في الغالب " (١)

الوجه الثاني : ان ذكر جحد المارية في احدى الروايتين ، انما كان تصريفا للمرأة بخاص صفتها ، اى انها كانت كثيرة الاستمارة والجحد حتى اشتهرت بذلك وعرفت به ، كما عرفت بأنها مخزومية ، ثم استمرت على هذه الحال ، حتى حدثت منها السرقة ، فقطعت بها ، لا بجحد الموارى . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بأن الاحاديث التي ذكر فيها جحد المارية دون السرقة ، صحيحة ثابتة ، كما سبق بيان ذلك (٣) وقد رتب الحكم الذي هو القطع ، على الوصف الذي هو جحد المارية ، كما رتب الروايات الأخرى القطع على السرقة ولا يخفى أن ترتيب الحكم على الوصف يشعر بالعلية ، وعليه فان كلا من الروايتين ، دال على أن

---

١ / ابن القيم — تهذيب مختصر سنن ابي داود ج ٦ / ٢١١ / ٢١٢ مطبوع مع مختصر

سنن ابي داود للمندري ، ومعال السنن للخطابي .

٢ / ابن حجر — فتح الباري بشرح صحيح البخارى ج ١٢ / ٩١ ، الزيلعي — نصب

الراية لاحاديث الهداية ج ٣ / ٣٦٥ / ٣٦٦ .

٣ / انظر ص . من هذه الرسالة ، ابن حزم — المحلى ج ١١ / ٣٦١ مسألة

رقم (٢٢٨٥) .

علة القطع، كل من السرقة وجحد العارية على انفراد، ويؤيد ذلك انه لم يأت في حديث ابن عمر، ذكر لا للسرقة ولا للشفاعة من اسامة<sup>(١)</sup>.

وقال ابن القيم رحمه الله: "واما قولهم ان ذكر جحد العارية للتعريف لا لانه المؤثر، فكلام في غاية الفساد لو صح مثله، وحاش، وكلا، ولذهب من ايدينا عامة الاحكام المترتبة على الاوصاف، وهذه طريقة لا يرتضيها ائمة العلم، ولا يردون بمثلها السنن، وانما يسلكها بعض المقلدين من الاتباع<sup>(٢)</sup>".

الوجه الثالث: لو ان يد المرأة، قطعت في جحد العارية، لدل ذلك على وجوب قطع يد كل من جحد شيئا اذا ثبت عليه، ولو لم يكن المجحود عارية<sup>(٣)</sup>.

ويمكن ان يجاب عن هذا: بأن الفرق بين جحد العارية، وجحد غيرها، ان جاهد العارية كما سبق لا يمكن الاحتراز منه، كالسارق، فان السارق ينقب الدار ويهتك الحرز، وصاحب المال لا يستطيع الاحتراز، بأكثر من وضع ماله في بيته وصنده، وكذلك جاهد العارية، لا يمكن الاحتراز منه، لان العارية من مصالح البشر التي لا غنى لاي مجتمع عنها، وهي واجبة عند اضطرار المستعير، والمعير قد لا يمكنه في

---

(١) ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابي داود (٦: ٢١١، ٢١٢)، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (١٢: ٩٢)، حديث ابن عمر، اخرج - احمد والنسائي وابو داود واخرجه ابو عوانة في صحيحه من طريق ايوب عن نافع عنه ايضا بلفظ: "استعارت حليا" ومن الفاظه عند الحديثين: "ان امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجده، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها" انظر: سنن النسائي (٨: ٧٠، ٧١)، الشوكاني - نيل الاوطار (٢: ٣٠٦، ٣٠٥).

(٢) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (١٢: ٩١).

كل وقت أن يشهد على الاطارة ، وعليه فلا يمكن الاحتراز بمنع العارية شرط وعادة وعرفا بخلاف غيرها . (١) .

ومعد عرض أدلة جمهور الفقهاء ، ومناقشتها ، بيدولى رجحان ، ما ذهب اليه أصحاب القول الاول من أن جاهد العارية ، تقطع يده ، لما سبق ، من أن الأحاديث الصحيحة قد رتب الحكم الذى هو القطع على الوصف الذى هو جحد العارية فوجب اعتباره ذلك . (٢) .

ولعل من المفيد أن أسرد هنا بعض ألفاظ ، الأحاديث التى ذكرت جحد العارية ، ليتضح كيف انها قد رتب القطع على الجحد ، وهى كما يلى :

- ١ - عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما ، قال كانت امرأة مخزومية تستعير متاعا على السنة جاراتها وتجده فأمير رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يدها " (٣)
- ٢ - عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما : " ان امرأة كانت تستعير الحلى للناس ثم تمسكه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لتتب هذه المرأة الى الله ورسوله وترد ما تأخذ على القوم ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قسم يا بائع نخذ بيده ما تأخذها " (٤)

١/ ابن القيم - تهذيب سنن ابي داود ج ٦/ ٢١١/ ٢١٢ مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للمنذرى ومعالم السنن للخطابى ، ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٢/ ١٧٦/ ١٧٧/ ١٧٨ .

٢/ انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

٣/ هذا الحديث أخرجه النسائى ، فى كتاب السرقة ، باب ، ما يكون حرزا وما لا يكون ، وأخرجه ايضا ابن حزم من حديث عبد الله بن عمر ، سنن النسائى ج ٨/ ٧٠/ ٧١ ، ابن حزم - المحلى ج ١١/ ٣٥٨ مسألة رقم (٢٢٨٥) .

يابلال فخذ بيدها فاقتطعها " (١)

٣ - عن عروة عن عائشة ، رضى الله عنها ، قالت : كانت امرأة مخزومية ، تستعير المتاع وتجدده ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها اسامة بن زيد فكلموا ، فكلم اسامة بن زيد رسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : " يا اسامة لا أراك تكلمنى فى حدود الله ثم قام خطيبا فقال : انما هلك من كان قبلكم ، انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ؛ واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسى بيده ، لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتم يدها ، فقطع يد المخزومية " (٢) .

١ / هذا الحديث أخرجه ايضا النسائي فى كتاب السرقة ، باب ما يكون حرزا وما لا يكون ، وأخرجه الطحاوى فى حديث عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه ابو عوانه فى صحيحه من طريق ايوب عن نافع عن ابن عمر ، وأخرجه ايضا من وجه آخر عن عبد الله بن عمر العمري عن نافع عنه . انظر - سنن النسائي ج ٨ / ٧٠ / ٧١ الطحاوى - مشكل الآثار ج ٣ / ٩٧ / ٩٨ - الشوكاني - نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار ج ٧ / ٣٠٥ / ٣٠٦

٢ / هذا الحديث أخرجه مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها فى كتاب السرقة ، باب قطع السارق الشريف ، كما أخرجه من حديث عائشة ايضا الطحاوى ، والنسائي ، وأحمد ، وابوداود وابن حزم الاندلسي ، انظر فى هذا ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٣ / ٣٦٥ الطحاوى ه مشكل الآثار ج ٣ / ٩٧ ، سنن النسائي مع شرح السيوطي ج ٨ / ٧٣ ، الشوكاني - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار ج ٧ / ٣٠٦ ، ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٥٨ مسألة ( ٢٢٨٥ ) .



٤ / عن ابي بكر بن عبد الرحمن ، ان امرأة جاءت ، فقالت : ان فلانة تستعير حلما ، فاطرتها ، فمكثت لا تراها ، فجاءت الى التي استعارت لها ، تسألها ، فقالت : ما استمرت شيئا ، فرجعت الى الأخرى فانكرت ، فجاءت الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فدعاها ، فسألها ، فقالت : والذي بعثك بالحق ما استمرت منها شيئا ، فقال : اذهبوا الى بيتها تجدوه ، تحت فراشها ، فاتسوه وأخذوه ، فأمر بها فقطعت " ( ١ )

٥ - وعن سعيد بن المسيب : ان امرأة من بنى مخزوم استعارت حلما على لسان أناس فوجدتها ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقطعت " ( ٢ )

---

١ / هذا الحديث من مراسيل ابي بكر بن عبد الرحمن ، أخرجه عبد الرازق بسند صحيح الى ابي بكر ، كما أخرجه بسند صحيح الى سعيد بن المسيب ، وأخرجه ايضا ابن حزم الى ابي بكر . انظر في هذا - الشوكاني - نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج / ٣٠٦ / ٢ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ٩٢ / ١٢ ، ابن حزم - المحلى ج / ٣٦١ / ١١ / ٣٦٢ مسألة رقم ( ٢٢٨٥ ) .

٢ / هذا الحديث من مراسيل سعيد ابن المسيب ، أخرجه النسائي بسند صحيح اليه ، في كتاب المرقاة ، باب ما يكون حرزا وما لا يكون ، وهذا الحديث والذي قبله ، وان كانا مرسلين ، الا انهما ، يؤيدان ما صح من الأحاديث السابقة . انظر - سنن ابي داود ج / ٧١ / ٨ ، مطبوع مع شرح السيوطي ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ٩٢ / ١٢ ، ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابي داود ج / ٢١١ / ٢١٠ / ٦ .

وهكذا فان الاحاديث السابقة دليل واضح على ان المرأة قطعت في جحد المارسة ،  
قال الشوكاني " ولا يخفى أن الظاهر من أحاديث الباب ، ان القطع كان لأجل  
ذلك الجحد . . . . ولا ينافي ذلك وصف المرأة في بعض الروايات بأنها سرقت ، فانه  
يصدق على جاحد المارية ، بأنه سارق . . . فالحق قطع جاحد المارية ، ويكون  
ذلك مخصصا للأدلة الدالة على اجبار الحرز ، ووجهه ان الحاجة ماسة ، يبين  
الناس الى المارية ، فلو علم المحير ان المستحير اذا جحد لاشي عليه ، لجر  
ذلك الى سد ، باب المارية ، وهو خلاف للمشروع " ( ١ )

والله تعالى أعلم بالصواب .

## الفصل الثاني : الاختلاف في انشاء عقد المارية

ذكر الفقهاء ، للخلاف في انشاء عقد المارية ، بين مالك عين المال ،  
والقايض له ، ثلاث صور :

الصورة الأولى : اذا قال المالك : اجرتك هذه العيين ، وقال القايض لمعين المال :  
بل اعرتني ، او العكس .

الصورة الثانية : اذا قال المالك : غصبتني هذه العيين وأنكر القايض ، وادعى انه ،  
اطارة اياها .

الصورة الثالثة : اذا قال قايض المال : اعرتني هذه العيين ، وقال المالك : أوادعتك

اياها ، او العكس . وفيما يلي ، تفصيل ما ذكره الفقهاء في كل صورة :

الصورة الأولى : اذا اختلف مالك المال وقايضه ، في قبض المال ، أكان على سبيل  
المارية ، ام على سبيل الاجارة ، فلا يخلوا الأمر :

اما ان يكون الخلاف ، قبل مضي مدة لها اجرة ، والعين باقية ، او تلفه ،  
واما ان يكون الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة ، والعين باقية ، او تالفة .

فان كان الخلاف قبل مضي مدة لها اجرة والعين باقية ، فالقول قول قايض العيين  
مع يمينه ، لأن الأصل عدم عقد الاجارة ، ومراعاة ندمته من الاجرة ، وحينئذ يحلف ان  
العقد ، لم يكن اجارة ، وانما كان طرية وترد العيين الى مالكها ، ولا أعلم خلافاً  
بين الفقهاء في هذا الأمر . ( ١ )

---

١ / البهوتي — كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٤ ، ابن قدامة — المفني ج / ٥ /

١٧٤ ، المرادى — الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٧ ،

الانصاري — اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٥ ، المحلى — منهاج

أما إذا كان الخلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، والمؤمن تالفه ، فالقول قول المالك ، سواء أكان المدعى للاطارة او الاجارة " لأنما ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب بهرأة ذمته من ضمانها ، فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاطارة فهو يدعى قبيلتها لأن المعارية مضمونه ، ومن هنا ، فالقول قوله ، لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيها يقبضه الانسان الضمان لقول " النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تولد به " (١) فاذا حلف المالك استحق القيمة " (٢)

والى هذا ذهب ، الحنابلة ، والشافعية ، واليه ذهب المالكية في طرية ما يغاب طيه ، ان كان المالك ممن لا يأنف عن الكراء ، اما اذا كان ممن يأنف من ذلك ، فالقول قول القابض بيمينه (٣)

وأما الاحناف ، فالذى يظهر من مذهبهم ، ان لا فائدة من الخلاف في هذه المسألة ، لأن المعارية أمانة عندهم ، وطيه ، فلا يستفيد المالك شيئا من ادائه ، الاطارة ، او الاجارة ، كما لا يستفيد قابض المين من انكار أحدهما ، لأن كلا العقدين ، عند أمانته ، فلا يكون ادعاء أحدهما موجبا للضمان اذا تلفت العين بدون تعد أو تقصير ،

- 
- ١/ هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص من هذه الرسالة .
  - ٢/ ابن قدامة والمفتى ج / ١٧٥ / ٥ ، بشى من التصرف .
  - ٣/ المرجع السابق ج / ١٧٥ / ٥ ، اليهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٥ ، المرادوى . الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٩ / ٦ ، الشريينى - مفتى المحتاج الى معانى الفاظ المنهاج ج / ٢٧٤ / ٢ ، الانصارى شرح المنهج ج / ٤٦٨ / ٣ ، التصولى - المههجة في شرح التحفة ج / ١٦٩ / ٢ / ٢٧٨ / ١٧٠ .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه المالكية في طرية ما لا يفتاب عليه ، لأنها أمانة عندهم ،  
بتخلاف ما يفتاب عليه ، فهي مضمونة كما سبق بيان ذلك . ( ١ )  
والذي يظهر لي هنا ، رجحان ان لافائدة من الخلاف في هذه المسألة ، لأن  
كلا من العيين الممارسة والعين المؤجرة ، أمانة في يد المستعير والمؤجر ، كما سبق  
بيان ذلك عند الكلام على الضمان في عقد المارية . ( ٢ )  
أما اذا كان الخلاف ، بعد مضي مدة لها أجرة والعين باقية ، فللقها ، في ذلك قولان :

القول الأول : اذا ادعى المالك ، الاجارة ، والقبض المارية في هذه المسألة ،  
فالقول قول المالك مع يمينه ( ١ ) والى هذا القول ذهب الحنابلة والشافعية ،  
واليه ذهب المالكية ، الا انهم يستثنون من ذلك ، ما اذا كان المالك ممن  
يأنف عن تأجير ملكه ، حيث يكون القول قول القابض بيمينه عندهم ، فان نكل  
ردت اليمين الى المالك ، واستحق الأجر بذلك . ( ٢ )

١/ اما اذا ادعى المالك ، الاطارة ، والقبض الاجارة ، فلم أجد فيما اطلعت  
عليه من كتب الفقهاء كلاما في ذلك ، ما عدا الحنابلة فقد جاء في المصنف لابن  
قدامة ، ان القول قول المالك ايضا في هذه المسألة ، لأن قابض العين  
يدعى استحقاق المنافع ، ويعترف بالأجر للمالك ، والمالك ينكر ذلك كله ،  
فالقول قوله مع يمينه ، فيحلف ويأخذ عين ماله ، انظر - ابن قدامة - المصنف  
ج / ١٧٥ / ٥ / .

٢/ الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٥ / وانظر حاشية الدسوقي عليه ، المستسولي -  
البيهجة في شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٨ ، المحلى - منهاج الطالبين وانظر  
القليوبي معه في نفس الكتاب ج / ٣ / ٢٥ ، الانصاري - شرح المنهج ج / ٣ / ٤٦٧ /  
ابن قدامة - المصنف ج / ٥ / ١٧٤ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ /  
٧٥ الرداوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٧ / ١١٨ .

القول الثاني : ان القول في هذه المسألة ، قول قابض العين مع يمينه ، والى هذا

ذهب الاحناف وهو وجه عند الحنابلة والشافعية . ( ١ )

ويلاحظ هنا ، أن الشافعية والحنابلة ، وان اتفقوا مع الاحناف ، في ان القول قسول

القابض مع يمينه على هذا الوجه ضد هم ، الا أن لكل من الفريقين تحليله .

فالأحناف ، يملكون لذلك ، بأن كلاً من مالك العين ، وقابضها ، قد تصادقا ،

على ان استعمال العين حصل بالاذن ، ثم مالك العين يدعى على القابض الأجر ،

وهو منكر له ، فالقول قوله لانكار ذلك وهذا بخلاف العين ، فإنه اذا هلك مال الضمير

في يده ، فقال وهبها لي ، وقال المالك بل بحتها منك فإنه يكون ضامناً ، لأن العين

مال متقوم بنفسه ، فلا يسقط حق المالك من ماليتها الا باسقاطه أما المنفعة ، انما

تأخذ حكم المالية والتقوم بطقد الاجاره ، ومالك عين المال في هذه المسألة يدعى

ذلك ، والقابض منكر ، فلهذا لا يضمن شيئاً " ( ٢ )

ويمكن ان يناقش هذا ، بما سبق من أن منافع الاعيان ، اموال يمكن تقويمها ، كما هو

رأى جمهور الفقهاء ، وقد سبق بيان أدلتهم على ذلك ، فلا داعي لاطاعتها ، وعلى

هذا ، فليس من الضروري ، لضمان منافع العين أن تكون ضمن عقد اجارة . ( ٣ )

وأما الحنابلة والشافعية ، فعللوا لما ذهبوا اليه " بأن كلاً من مالك عين المال ،

والقابض اتفقا على أن المنافع تلفت ، على ملك القابض ، وادعى المالك عوضاً لهما ،

---

١ / المراجع السابقة ، السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٩ ، نظام - الفتاوى

الهندية ج / ٤ / ٤٧٦ / ٤٨٢ .

٢ / السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٩ .

٣ / انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة ص ص

والأصل عدم وجوهه ، وسرأة ذمة القابض منه ، فكان القول قوله . " (١) ويمكن أن يناقش هذا التعليل ، " بأن منافع الأعيان المملوكة لا تنتقل ملكيتها في الأصل عن مالكيها ، إلا بنقل المالك لها ، ومن هنا يكون القول قول مالك المنفعة في كيفية انتقال ملك المنفعة مع يمينه ، قياسا على الأعيان في ذلك ، فإذا حلف على إنشاء عقد الاجارة استحق الأجر " (٢) .

ومن هنا فالذي يظهر لي ، رجحان ان القول قول المالك في هذه المسألة ، كما ذهب الى ذلك الحنابلة والشافعية على الأصح ، والمالكية ايضا . " وذلك نظرا الى أن المالك ، والقابض اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك القابض ، فكان القول قول المالك ، كما لو اختلفا في عين ، فقال المالك : بحتكها وقال الآخر : وهبتنيها ، ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان في الملك والمقد عليها ، ولو اختلفا في الأعيان ، كان القول قول المالك ، كذا ههنا " (٣) .

---

١/ ابن قدامة - المصنف ج ١٧٤/٥ ، بشي من التصرف ، وانظر - ابن مفلح -

البيدع في شرح المقنع ج ١٤٨/٥ - الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز

ج ٢٣٣/١١ ، مطبوع مع تكسية الجوامع للسبكي ، الشرييني - معنى المحتاج

الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج ٢٧٤/٢ ، الرملى - نهاية المحتاج

الى شرح المنهاج ج ١٤٠/٥

٢/ ابن قدامة - المصنف ج ١٧٥/٥ ، وانظر - ابن مفلح - البيدع في شرح

المقنع ج ١٤٨/٥ .

٣/ المرجعين السابقين ، وانظر - الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج ٢٣٣/١١

الرملى - نهاية المحتاج ، ج ١٤٠/٥ ، الشرييني - معنى المحتاج

ج ٢٧٤/٢ .

اما اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة ، والعين تالفة : فلا يخلو الأمر ،  
اما أن يكون الاجر بقدر قيمة العين واما ان يكون احدهما أكثر من الآخر .  
فان كان الأجر بقدر قيمة العين ، او كان ما يدعيه المالك منهما ، اقل مما  
يعترف به القابض ، فالقول قول المالك بدون يمين ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون  
المالك هو المدعي للاجارة ، او الاطارة ، وذلك نظرا الى عدم النافذة من يمين  
المالك ، على شيء يعترف به القابض .

واما اذا كان الأجر أكثر من القيمة ، او العكس ، وادعى المالك الأكثر  
منهما ، فالقول قول المالك مع يمينه لما سبق من أن كلا من المالك ، والقابض مختلفان  
في كيفية انتقال الملك في المنافع ، فكان القول للمالك كما لو اختلفا في العين ، لأن  
المنافع تجرى مجرى الايمان في الملك والعقد عليها .  
والى هذا التفصيل ، ذهب الشافعية ، والحنابلة (١) وهو راجع الى ان المارئة  
مضمونة على الراجح عندهم لا امانة ، ومن هنا ساء عندهم ان يكون المالك مدع  
قيمة العين في هذه المسألة ، اذا ادعى الاطارة (٢) . ولقد سبق ان بينت بأدلة  
قوية ، رجحان ان المارئة امانة ، كما هو رأى الأحناف ومن معهم من الفقهاء في ذلك (٣)

١/ ابن قدامة - المغنى ج ٥/ ١٧٥/ ١٧٦ ، ابن مفلح - المهدع في شرح المقنع  
ج ٥/ ١٤٨/ ١٤٩ المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٦/  
١١٩ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥/ ٤٣٦ مطبوع مع  
حاشيتي الشرواني والعبادي ، الشرييني - معنى المحتاج الى معرفة معاني  
الفاظ المنهاج ج ٢/ ٢٧٤ .

٢/ انظر ص من هذه الرسالة .

٣/ انظر ص من هذه الرسالة .



وإذا ثبت بما سبق ان العارية أمانة في يد المستعير ، فالذى يظهر لى ان المالك فى الواقع لا يدعى قيمة العين اذا تلفت ، سواء أكان مدعيا الاطارة او الاجارة ، لأن كلا المقدين ، عقد أمانة ، لا تضمن العين فيهما ، الا بالتعدى ، او التقصير .

وعلى هذا ، فلا يعتبر ادعاء المالك العارية فى هذه المسألة ، ادعاء بحق من حقوقه . لأنه اقرار فى الواقع منه ببراءة ذمة القابض ، من ضمان العين ، فلو كان القول قوله هنا ، فلا يستفيد من ذلك شيئا .

وطيه فلا يكون الخلاف بين المالك ، والقابض فى هذا الجانب من هذه المسألة مفيدا . وانما يكون الخلاف مفيدا اذا ادعى المالك ، الاجارة ، والقابض العارية ، حيث يعتبر القول قول المالك فى هذه المسألة بيمينه ، فاذا حلف استحق الاجره ، لأن الاصل فيما يقبضه الانسان من ملك غيره الضمان سواء أكان منفعة ، او عينا كما هو رأى جمهور الفقهاء ، ولما كنا متفقين على عدم ضمان العين ، لأنها أمانة ومختلفين فى ضمان المنفعة وجب تقديم قول المالك فى ادعائه الضمان مراعاة للاصل .

والذى يظهر ، ان الاحناف لا يرون فى ادعاء المالك الاطارة هذه المسألة ، ادعاء بضمان العين ، لان العارية امانة عندهم لا تضمن الا بالتعدى والتقصير . ( ١ ) . أما ادعائه الاجارة ، فهو ادعاء بضمان المنفعة فاذا ادعى المالك الايجار وانكر القابض ، فالقول قول المنكر عندهم ، كما أشار الى ذلك السرخسى ( ٢ ) ، والذى يظهر لى ، أن الراجع ما ذهب اليه الجمهور من <sup>ان</sup> المنافع مضمونة مطلقا سواء أكانت ضمن عقد الايجار أولا ، وقد سبق بيان وجه ذلك ، واذا كانت المنافع مضمونة ، فالقول قول المالك ،

١ / السمرقندى - تحفة الفقهاء ج ٢٤٤ / ٣ / الميدانى - اللباب فى شرح الكتاب

ج ٢٠٢ / ٢ /

٢ / السرخسى - المبسوط - ج ١١ / ٧٨ / ٧٩ / ١٤٩

٣ / انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

لما سبق من ان الأصل فيما يقبضه الانسان من ملك غيره الضمان . (١)

الصورة الثانية : اذا اختلف مالك العين وقابضها ، فادعى احدهما النصب ، والآخر المارية ، فلا يخلو الأمر : اما ان يكون الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، والعين قائمة او تالفة ، واما ان يكون الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة والعين قائمة او تالفة . فان كان الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، والعين قائمة : ردت العين الى مالكها ، اذا لا معنى ، للاختلاف في ذلك ، طالما ان العين قائمة ، ولم تمض مدة لها أجرة ، فلم تفت العين ، ولا المنفعة ، حتى يمكن ان يدعى ذلك ، والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، والظاهر ان الاحناف والمالكية لا يمانعون في ذلك لعدم وجود ما يوجب الخلاف ، حتى يمكن ان يكون القول لاحدهما دون الآخر . (٢)

أما اذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة ، والعين تالفة ، فلا معنى للاختلاف ايضا ، عند الشافعية والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية في طرية ما يغاب عليه . (٣)

١ / انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

٢ / ابن قدامة - المغنى ج / ١٢٦ / ٥ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٥ / ٤ ، المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٩ / ٦ ، الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣٣٥ / ٢ ، الشربيني - الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع ج / ١٣٦ / ٣ / ١٣٧ ، وانظر حاشية ، البيجورى عليه وهى مطبوعة معه فى كتاب واحد ، الارويلى - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٥

٣ / المراجع السابقة ، التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ١٦٩ / ٢ / ٢٧٨

لأن كلا من العين المعارة والمنصوبة ، مضمونة عندهم ، فتجب قيمة العين المعارة على المستعير كوجوب قيمة العين المنصوبة ، على الفاصب ( ١ ) .  
وذهب الاحناف الى ان القول قول المالك في هذه المسألة ، ان ادعى الفصّب ، وكان الفاصب قد استعمل عين المال ، وان لم يستعملها ، فالقول قول القابض حينئذ ، لأنه ان لم يستعملها ، فقد اقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه ، والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الفصّب ، فيكون القول قول المنكر ، وان كان استعملها ، فهو ضامن لها ، لأن السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال مال الغير بدون اذنه ، والاذن المسقط للضمان ، لا يثبت بدعواه " ( ٢ )  
اما ان ادعى المالك الاطارة في هذه المسألة ، فلا يكون ادعائه حينئذ ، ادعاء بقيمة العين لأن المعارية امانه ، وانما يكون ادعائه الاطارة حينئذ اقرارا منه ببراءة القابض من الضمان .

وهذا ما أميل الى ترجيحه ، لما سبق وان بيئت بأدلة قوية ، رجحان قول من قال من الفقهاء ، بأن المعارية امانة لا مضمونة . ( ٣ ) .

اما اذا كان الاختلاف بعد مضي مدة لها اجرة ، والعين قائمة ، فاذا ادعى المالك الفصّب فأنكر القابض وادعى المعارية ، فلفقهاء في وجوب اجرة المثل قولان ، كالقولين السابقين في وجوب الأجر اذا ادعى المالك الاجارة ، والقابض المعارية ، والعين قائمة ، وقد مضي مدة لها اجرة ، فليراجع نلك ( ٤ )

- ١ / المراجع السابقة .
- ٢ / السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٩
- ٣ / انظر ص من هذه الرسالة .
- ٤ / انظر ص من هذه الرسالة .

اما اذا كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجره ، والعين تالفة ، فالتفصيل في ضمان العين حينئذ ، كالتفصيل فيما اذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها أجره والعين تالفة ، والتفصيل في ضمان المنفعة هنا ، كالتفصيل في الاختلاف بعد مضي مدة لها أجره والعين قائمة ، فليراجع ذلك . ( ١ )

الصورة الثالثة : اذا اختلف المالك ، والقابض ، في الايداع ، والاطارة ، فادعى أحدهما الايداع والآخر العارية ، فالقول قول المالك مع يمينه سواء كان هو مدعى الاطارة ام الايداع . والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، لأن المالك ، ان ادعى الاطارة ، فهو يدعى ضمان العين ان كانت تالفة وان كان يدعى الايداع ، والعين قائمة ، فهو يدعى أجره ما استخدمها القابض فيه ، والأصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان ، سواء أكلن ، عينا أو منفعة . ( ٢ )

وهذا راجع الى ان العارية عندهم مضمومة ، أما الأحناف فالذي يظهر من مذهبيهم ، أن المالك ان ادعى الاطارة والقابض الايداع ، فلا وجه للاختلاف حينئذ سواء أكلنت العين باقيه او تالفة ، لأن المالك لا يدعى على القابض ، ضمان العين ولا المنفعة ، والمستعير لا يحاول أن يتخلص من ضمان أحدهما بانكار ما ادطه المالك ، لأن العين أمانه في كلا العقدين . ( ٣ )

- ١/ انظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .
- ٢/ الرداوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ١١٩/٦ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٧٥/٤ حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ج ٤٣٦/٥ مطبوعه مع تحفة المحتاج وحاشية ابن قاسم العبادى الانصارى - أسن الطالب شرح روض الطالب ج ٣٣٥/٢
- ٣/ انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

وكذلك لا وجه للاختلاف أيضا ، ان ادعى المالك الايداع ، والقابض الماربه ، ان كانت العين قائمة لأن المالك اذا ادعى الايداع ، فانما يدعيه ليتوصل الى ضمان المنفعة التي استوفها القابض ، ومنافع الاعيان غير مضمونة عند الاحناف ، ولقد سبق بيان أن الراجح ضمانها . ( ١ ) .

أما اذا كانت العين تالفه ، فالمالك باعدها الايداع ، يدعى ضمان العين ان استخدمها القابض وقبضها نهبوا اليه في الصورة الثانية ان القول هنا قول المالك ، ان استخدم القابض العين لأن المالك يدعى الايداع ، والقابض ينكره ، فاذا استخدم العين فقد ظهر سبب الضمان ، وهو استخدام ملك الغير بدون اذنه ، وادعاء الاذن لا يثبت بدعواه . ( ٢ ) .

اما اذا لم يستخدمها ، فلا وجه للخلاف حينئذ بينهما فيما يظهر ، سواء كانت العين تالفة او قائمة لأنها ان كانت تالفه ، فكل واحد منهما معترف بعدم الضمان ، لأن العين في كلا المقدمين أمانة وان كانت قائمة فلا وجه أيضا للخلاف حتى وان كان المالك هو المدعى للايداع ، وقد مضى مدة لها أجرة ، وثبت ان القابض قد استخدمها خلال تلك المدة ، لما سبق من أن المنافع عند الاحناف غير مضمونة ، الا اذا كانت ضمن عقد الايجار ، وقد سبق بيان ان المنافع مضمونه مطلقا كما هو رأى جمهور الفقهاء . ( ٣ ) .

وطى هذا ، فالذى يظهر لى ، ان القول قول المالك هنا ، بيمينه ، فيحلف ويستحق الأجرة ، لأن الأصل فيما يقبضه الانسان من ملك غير الضمان سواء أكان عينا او منفعة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

- 
- ١ / أنظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .  
٢ / أنظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .  
٣ / أنظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

### الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بين المعير والمستعير

#### بعد انشاء عقد العارية

ذكر الفقهاء من الاختلافات التي تنشأ ، بين المعير والمستعير ، بعد قيام

عقد العارية بينهما ، خمس صور يمكن بيانها في المسائل التالية :

- المسألة الأولى : الاختلاف في الاطلاق والتقييد .
- المسألة الثانية : الاختلاف في اشتراط بعض الشروط .
- المسألة الثالثة : الاختلاف في صفة العين المعارة او قيمتها عند التلف .
- المسألة الرابعة : الاختلاف في رد العين المعارة .
- المسألة الخامسة : الاختلاف في سبب هلاك العين المعارة .

وسأحاول فيما يلي بيان كل مسألة على حده ، راجيا من المولى العلى القدير

أن يوفقني فيما أنا مقدم عليه .

المسألة الأولى ، الاختلاف في الاطلاق والتقييد :

إذا اختلف المعير والمستعير في الاطلاق والتقييد ، فقال المعير مثلا اعرتك

هذه السيارة من جدة الى مكة ، فسافرت بها الى الطائف ، فيجب عليك الضمان ، وقال

المستعير : بل اعرتني من جدة الى الطائف فلا ضمان على في ذلك ، أو قال المعير :

اعرتك هذه السيارة لتستخدمها ثلاثة أيام ، فاستخدمتها أربعة فعليك الضمان ،

فقال المستعير : اعرتني سيارتك اطاره مطلقه ، فلا يلزمني الضمان ، فان للفقهاء فيمن

يصدق منهما ، قولين :

القول الأول : ان القول ، قول المعير . هذه المسألة ، والى هذا ذهب كل من

الأحناف والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الشافعية ، إذ أن القاعدة عندهم ، ان من

صدق في شيء صدق في صفته ، ولو اختلف المعير والمستعير في اصل العارية ، فالصدق

عندهم المعير وعلى هذا ، فيصدق المعير في الصفة التي تم عليها العقد ( ١ )

١ / الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٣٩٠٧ / ٩ ، ابن طبردين -  
حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٤١٦ / ٣٦٩ / ٨ ، السرخسي -  
المبسوط ج / ١٤٣ / ١١ ، الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ١٣٥ / ٥ /  
١٤١ ، الهيئى - تحفة المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤٣٠ / ٥ / ٤٣٧ مطبوع  
بهما مش حاشيتى الشروانى والعبادى ، البهوشى - كشاف القناع عن متن الاقناع  
ج / ٦٨ / ٤ ، ابن قدامة - المنقى ج / ١٧٣ / ٥ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح  
المقنع ج / ١٤٢ / ٥ .

يحسن بى أن أشير هنا ، الى ان الخلاف اذا وقع بين المعير والمستعير فى  
الاطلاق والتقييد ، فلا يخلوا الأمر اما أن تكون العين قائمة ، بعد أن استوفى  
المستعير المنافع ، الزائدة عن القيد ، الذى ادّاه المعير ، واما ان تكون تالفه  
بعد أن استوفى تلك المنافع .

فان كانت العين قائمة ، وجب على المستعير حينئذ ، اجرة مثل ما زاد عن القيد  
الذى ادّاه المعير فقط ، وهذا عند الحنابلة ، والشافعية ، أما عند الاحناف ،  
فلا يجب شيئاً من ذلك ، وانما يأخذ المعير عين ماله ، دون أن يكون له  
الحق فى مطالبة المستعير بأجرة ما زاد عن القيد ، طالما أن العين ، سليمة ،  
اما اذا كانت العين تالفة ، فيجب عند الحنابلة والشافعية ، اجرة مثل ما زاد ،  
بالاضافة الى ضمان العين نفسها ، أما الأحناف ، فلا يجب عندهم الا ضمان  
العين فقط ، وسبب الخلاف بين الاحناف والشافعية ، والحنابلة ، خلافهم  
فى مالية المنافع ، فمن قال منهم ان المنافع ، أموال ، يمكن تقويمها مطلقاً  
ضمن عقد الايجار وغيره ، كما هو رأى جمهور الفقهاء ، قال بوجوب ضمان المنفعة  
الزائدة عن القيد المدعى ، ومن قال بعدم ماليتها ، قال : بعد ضمان المنفعة  
لمدم تقويمها ، الا ضمن عقد الايجار ، ولقد سبق عند الكلام على الضمان فى

القول الثاني : ان القول ، قول المستعير في هذه المسألة ، " لأن رب الدايعة يدعى سبب الضمان وهو المخالفة الى ما هو اكثر من المدة التي حددها المعير ، والمستعير منكر لذلك ، فكان القول قوله " والى هذا القول ذهب ابن ابي ليلى (١) القول الثالث : اذا كان الاختلاف بين المعير والمستعير ، قبل استخدام العين - المعارة ، فالقول قول المعير بيمينه فن نفى الزائد عن القيد ، لأن المستعير مسدح زيادة الأصل عدمها ، وان كان الاختلاف بعد استخدام العين المعارة فيما زاد عن القيد الذي ادطه المعير ، فالقول قول المستعير مع يمينه في نفى الضمان ان تلتف العين ، او نفى ما زاد عن القيد المدعى ، هذا ، ان اشبه قوله ، لأن الأصل عدم العداء ، اما اذا لم يشبه ، فالقول حينئذ قول المعير ، والى هذا التفصيل ذهب المالكية (٢) ويمكن ان يناقش هذا القول ، والقول الثاني : " بان الاذن نفى استخدام العين المعارة ، انما يستفاد من جهة المعير ، ولو انكر المعير اصل الاذن ،

- 
- == عند العارية : ان الراجح ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من اعتبار المنافع أموال يمكن تقويمها ، فليراجع ذلك ، انظر في هذا - الاردبيلى - الأنوار لأعمال الابراج / ١ / ٥٢٢ / ٥٢٣ ، حاشية الرولى على اسنى المطالب ج / ٢ / ٣٣٠ مطبوع بهامش الاسنى ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٢٢ / ٧٠ / ٦٨ ، ابن قدامه - المفنى ج / ٥ / ١٦٤ / ١٦٥ / ١٧٣ ، السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ٧٨ / ٧٩ / ١٤٥ / ١٤٦ ، على حيدر - درر الحكلم شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٠٧ / ٣٠٨ مادة (٨١٤) .
- /١/ السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ١٤٣ ، بشىء من التصرف
- /٢/ الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٥ ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقى عليه ، التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٧ / ٢٧٨ ، شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٣٤ ، المواق - التاج والاكليل لمختصر خليل ج / ٥ / ٢٧١ / ٢٧٢ - مطبوع بهامش مواهب الجليل .



كان القول قوله ، فكذلك اذا انكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير ، وهذا لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر ، وهو احتمال عين مال النير ، والمستعير يدعى ما يسقط الضمان عنه ، وهو الاذن ، وصاحبها منكر لذلك ، فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى المستعير ضامنا بالسبب الظاهر " (١)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى رجحان ان القول فى هذه المسألة قول المعير ، لأن المالك فى الواقع مدعى عليه ، فكان القول قوله ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للمدعى حينما سأله القضاء فيما ادّاه على خصمه : " شاهدك أو يمينه " (٢)  
المسألة الثانية ، الاختلاف فى اشتراط بعض الشروط :

اذا اختلف المعير والمستعير ، فى اشتراط شرط لا يخالف مقتضى عقد العارية ، كما اذا قال معير الأرض : اعرفك ارضى للغرس على أن تطلع ما غرسته عند انتهاء عقد العارية ، فقال المستعير : بل اعترنى لذلك ولم تشتط على القلع ، فللقهاء فيمن يصدق قوله منهما ، قولان :

القول الأول : ان القول فى هذه المسألة قول المعير ، والى هذا ذهب الشافعية (٣)  
القول الثانى : ان القول قول المستعير فى هذه المسألة ، لأن الاصل عدم الشرط ،

- 
- ١/ السرخسي - المبسوط ج / ١٤٣/١١١ بشئ من التصرف .
  - ٢/ ابن قدامة المفضى ج / ١٧٣/٥ ، هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر من هذه الرسالة .
  - ٣/ الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ١٣٥/٥ ، الهيثمى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٤٣٠/٥ ، الشريينى - مفضى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج / ٢٧١/٢ .

واحترام مال المستعير ، والى هذا ذهب الأذرعى <sup>به</sup> ، الشافعية . ( ١ )  
ويمكن ان يناقش هذا القول : بأن الأصل . ان من صدق في شئ صدق في صفته ،  
والمعير والمستعير لو اختلفنا في اصل عقد العارية ، صدق المعير ، فيصدق حينئذ في  
صفة هذا العقد .

والذى يظهر لى ، ان الكلام في اختلاف المعير والمستعير في هذه المسألة ، كالكلام  
في اختلافهما من الاطلاق <sup>حيث</sup> والتقيد ، ان كل منهما لا يخرج عن كونه خلافا في شرط  
من الشروط ، فكما يصح ان يقال : بأن المعير اشترط قلع الفرس من الأرض المعارة ،  
يصح ان يقال : ان المعير اشترط تقيد العارية بنوع من أنواع الانتفاع .  
وانذا كان الخلاف في هذه المسألة ، كالخلاف في المسألة السابقة ، فالذى يظهر لى :  
ان القول هنا قول المعير ، كما كان القول قوله في المسألة السابقة . ( ٢ )

المسألة الثالثة : الاختلاف في صفة العين المعارة او قيمتها عند التلف :

انما اختلف المعير ، والمستعير في صفة العين المعارة او في قيمتها بعد تلفها ،  
فالقول حينئذ قول المستعير في ذلك مع يمينه ، وذلك نظر " الى ان المستعير قام ،  
ومنكر لما يدعيه المعير ، من الزيادة ، والأصل عدمها ، الا أن يكون للمعير بينة " هذا  
انما شبه قول المستعير ، اما اذا لم يشبهه فالقول قول المعير . والى هذا التفضل ذهب  
الحنابلة ، واليه ذهب المالكية في صفة العين المعارة ( ٣ ) .

والذى يظهر لى ، ان الاحناف ، وكذلك الشافعية على احد القولين عندهم ، لا يخالفون  
الحنابلة في هذه المسألة ، ان قد وجدت في كتاب الفصب عندهم : ان الفاصب ،  
والمقصوب منه اذا اختلفا في صفة المقصوب او قيمته بعد تلفه ، فالقول قول الفاصب ،

١ / المراجع السابقة  
٢ / انظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .  
٣ / البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٨ ، التسولى - البهجة في شرح  
التحفة ج / ٣ / ٢٧٦ .

وطلوا لذلك " بأن الاصل براءة ذمة الفاضب مما زاد ، ولأنه منكر للزيادة فكان القول قوله " (١) قلت : وانما ثبت هذا الأمر في الفاضب ، فالذي يظهر لي أن ثبوته في المستعير اولى ، لأن الفاضب ، أخذ عين المال بدون اذن ، والمستعير أخذه باذن ولأن المال أمانة في يد المستعير وخاصة عند الاحناف ، ومضمون في يد الفاضب بلا خلاف اعلمه بين الفقهاء (٢) .

وأما الملكية ، فالذي يظهر مما جاء في كتاب النصب ، ان القول في قيمة العين ، قول المستعير ايضاً بيمينه ان اشبه قوله ، وان لم يشبهه فالقول قول المعير بيمينه ان اشبه قوله ، فان لم يشبهه قول احدهما قضى بأوسط القيم بمد ان يحلف كل واحد منهما بنفى دعوى صاحبه ، واثبات دعواه (٣) .

### المسألة الرابعة ، الخلاف في رد العين المعارة :

إذا اختلف المعير والمستعير في رد العين المعارة ، فقال المعير للمستعير مثلاً :

أردد الي مالي الذي استعرته ، وقال المستعير : رددته اليك ، فللقهاء فيمن يصدق منهما بينه قولان :

- ١/ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٩/ ٤٤٥١ ، النووي - روضة الطالبين ج ٥/ ٢٨ - الشيرازي - المهذب ج ١/ ٣٨٣ .
- ٢/ انظر من هذه الرسالة ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج ٢/ ١٨٨ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٣١ - الشربيني - الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ج ٣/ ١٤١ - ابن مفلح - البدع في شرح المقنع ج ٥/ ١٥٠/ ١٥١ وما بعدها .
- ٣/ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٤٥ - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٥٢ .

القول الأول : يصدق المستعير بيمينه في هذه المسألة ، والى هذا ، ذهب الاحناف ،  
واليه ذهب المالكية في طرية ما لا يفتاب عليه / ٤

القول الثاني : يصدق المعير في هذه المسألة بيمينه ، لأن الأصل عدم رد العين  
المعارة ، والى هذا القول ، ذهب الشافعية ، والحنابلة ، واليه ذهب المالكية  
في طرية ما يفتاب عليه . ( ١ ) .

ويمكن ان يناقش هذا القول : " بأن القاعدة ، ان من قبل قوله في الضياع ، والتلف ،  
تجب عليه في الضمان ، فالتلف ، قبل قوله في الرد الى من دفعه اليه ، الا أن يكون  
أخذه بينة مقصودة للتوثق فانه لا يقبل قوله في رده الا بينية " ( ٢ ) .

ولعل هذا هو الراجح ، لأن المستعير يقبل قوله في التلف والضياع ، مع يمينه ، نظرا  
الى أن العارية أمانة في يد المستعير ، لا تضمن ، الا بالتعمد والتقصير في حفظها ،  
كما سبق بيان رجحان ذلك بأدلة قوية ، ( ٣ ) وعليه فيقبل قوله في ردها مع يمينه ،  
ان أن القاعدة ، ان كل أمين ادعى ائصال ما أؤتمن عليه قبل قوله مع يمينه . ( ٤ ) .

- 
- ١ / الشرييني - الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ١٣٧ / ٣ مطبوع بهامشي  
حاشية البيجوري ، حاشية الشرقاوى على التحرير ج / ٩٤ / ٢ ، حاشية الباجوري  
على شرح ابن قاسم الشؤي ج / ٦٥ / ٢ البهوتي - كشاف القناع عن متن  
الاقتناع ج / ٧٥ / ٤ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩٥ / ٣ / ٣٩٦ المواق -  
التاج والاكليل لمختصر خليل ج / ٢٧٢ / ٥ مطبوع بهامش مواهب الجليل ،  
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢٨ / ٦ .  
٢ / شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢٨ / ٦ .  
٣ / المرجع السابق ، وانظر ص من هذه الرسالة .  
٤ / الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج / ٤٠٨ / ٨ مطبوع بأعلى صفحات  
تكملة رد المحتار .

المسألة الخامسة ، الاختلاف في سبب هلاك العين المارة :

إذا اختلف المصير والمستعير في سبب هلاك العين المارة ، فلا يخلو الأمر :  
 إما أن يدعى المصير تلف العين ، بتعدي المستعير أو تقصيره ، والمستعير  
 ينكر ذلك ويدعى تلفها بأفة سماوية .

وأما أن يدعى المستعير استهلاكها بالاستعمال المأذون ، وينكر المصير  
 ويدعى استهلاكها بغيره . فإذا ادعى المصير تلف العين المارة بتعدي المستعير  
 أو تقصيره ليضمنها ، فأنكر ، وادعى تلفها ، بأفة سماوية أو نحو ذلك ليتخلص من  
 الضمان ، فالقول حينئذ قول المستعير مع يمينه ، وذلك نظراً إلى أن عقد العارية  
 عقد أمانة ، فالمستعير مؤتمن على العين المارة ، والمؤتمن يصدق بيمينه في ادعاء  
 هلاك الأمانة بدون تعد أو تقصير منه ، ما لم تقم بينة على خلاف ذلك وإلى هذا  
 ذهب الأحناف واليه ذهب المالكية في طرية ما لا يغاب عليه ، أما طرية ما يغاب عليه  
 فالقول فيها عندهم قول المصير ، فيجب ضمانها بقوله ، إلا إذا اثبت المستعير تلفها  
 بدون سببه على الأصح عندهم ( ١ ) . وأما الشافعية ، والحنابلة ، فلما كانت العارية  
 على أصح الأقوال عندهم ، مضمونة بكل حال ، سواء تلفت بأفة سماوية ، أو بتعد من  
 المستعير أو تقصير منه ، إلا إذا استهلكها الاستعمال المأذون ، كان خلاف المصير

١ / المرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٨ ، ابن عبد البر - كتاب الكافي في فقه  
 أهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠٨ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٢ .  
 سبق بيان أن العارية عند المالكية أمانة لا تضمن إلا بالتعدى والتقصير ، إلا  
 أن طرية ما يغاب عليه استثنيت من ذلك عندهم فاجبروها مضمونة إلا إذا ثبت  
 هلاكها أو ضياعها بدون سبب المستعير ، وسبق بيان وجه ذلك فاليراجع ،  
 أنظر ص

والمستعير في هذه المسألة ، فيما يبدو خلافا لافائدة فيه عندهم ، وهذا ما يفسره  
عدم ذكرهم لهذه المسألة في كتبهم ، وذلك نظرا الى أن المعير اذا ادعى هلاك  
العين المعارة ، يتعدى المستعير ، فانما يحاول بذلك ايجاب ضمان العين المعارة  
على المستعير ، وهي مضمونة بكل حال عندهم ، بلا فرق بين هلاكها بالتعدى او  
هلاكها بأفة سماوية ، فلا يكون حينئذ ، باء طائفة هذا ، مطالبا بحق ينكره خصمه ،  
وانما هو يطالب بحق خصمه معترف به ، ولا فائدة في الواقع من الاختلاف حول أمر كهذا  
وهذا ظاهرا أحد القولين عن الامام مالك ، في طرية ما يغاب عليه ، ان قد روى عنه  
انها مضمونة بكل حال حتى وان ثبت هلاكها بأفة سماوية (١)

والواقع ، فيما يظهر لى : ان العارية امانة ، غير مضمونة ، كما سبق بيان ذلك بأدلة  
توية ، واذ ثبت بما سبق ان العارية امانة (٢) ، فالذى يظهر لى هنا ، رجحان  
ما ذهب اليه ، كل من الأحناف والمالكية ، من أن الخلاف في هذه المسألة مفيد ،  
وأن القول قول المستعير منها ، لأن القاعدة عند الفقهاء ، ان المؤتمن مصدق في دعوى  
هلاك الامانة بدون تعدى او (٣) تقصير .

أما اذا ادعى المستعير استهلاك العين المعارة بالاستعمال المأذون فيه ،  
وادعى المعير استهلاكها بغيره ، فلفقهاء ، فيمن يصدق منهما قولان :  
القول الأول : يصدق المستعير في هذه المسألة ، والى هذا ، ذهب الأحناف

---

١ / أنظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

٢ / أنظر ص من هذه الرسالة .

٣ / الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٨ / ٤٠٨ / ٨ مطبوع بأطى

صفحات تكملة رد المحتار .

والمالكية في طرية لا يفتاب عليه ، وهو أحد القولين ضد الشافعية ، ومن رجحه منهم  
الشهاب الرملى والبجرمى ، والشروانى وغيرهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة (١)  
القول الثانى : بصدق المصير في هذه المسألة ، وذلك نظرا الى " أن الاصل فى  
العارية الضمان حتى يثبت ما يسقطه " فاذا أقام المستعير البينة التى تثبت سقوطه ،  
ثبت له حينئذ عدم الضمان ، وان لم يقمها حلف المصير ، واستحق الضمان ، والى  
هذا القول ذهب الشافعية فى أحد القولين عندهم ، واليه ذهب المالكية فى طرية  
ما يفتاب عليه (٢) .

ويمكن أن يناقش هذا القول ، بما سبق فى باب الضمان فى عقد العارية ، حيث  
بينت بأدلة كثيرة رجحان ، ان العارية أمانة فى يد المستعير ، لا تضمن الا بالتعمد  
او التقصير ، فيكون القول قوله فى سبب هلاك العين العارية لأمانته (٣) الا اذا ثبت  
المصير خلاف ذلك بالبينة . على أننا لو سلمنا ، ان العارية مضمونة " فالمصدق ايضا  
المستعير ، لأن الأصل براءة ذمته ، ولا يرد ، أن الاصل الضمان ، لأن هذا ضمانين ،  
شغل الذمة ، ورفع اليد ، فأما الأول ، فالأصل عدمه ، وأما الثانى ، فمعناه ان اليد

/١/ السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ١٤٨ ، ابن عبد البر - كتاب الكافى فى فقه  
أهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠٨ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٢ ،  
الهيثى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ٤٢٢ وأنظر فى نفس الصفحة  
حاشيتى - الشروانى ، والعبادى على التحفة . البهوتى - كشف القناع  
عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٧٣ .

/٢/ انظر المراجع السابقة ، للمالكية والشافعية .

/٣/ انظر من هذه الرسالة .

سبب لشغل الذمة ، اذا حصل استهلاك العين المعارة بغير الانتفاع المأذون فيه ،  
والأصل عدم حصول ما ذكر ، ومجرد وضع اليد لا يستلزم حصوله " (١)

ومن هنا ، فالذي يظهر لي رجحان أن القول في هذه المسألة قول المستعير  
لأن العارية أمانة والمؤمن مصدق في السبب الذي هلكت به العين المعارة ، كما  
هو مصروف عند الفقهاء . والله أعلم .

وبالانتهاء من هذه المسألة ، أتى الى ختام الكلام في عقد العارية ، فأرجوه  
أن أكون ممن وفق في بحث أبوابه ، وفصوله ، وبباحثه ، والله أسأل أن ينفع به هذا  
العمل ، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، والحمد لله رب العالمين .

---

(٧) حاشيتي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج ج ٤٢٢/٥/ بشيء من

التصرف .



## الختاتمة

وتشتمل على اهم نتائج هذا البحث .

من اهم النتائج التى توصل اليها البحث فى عقد العارية، مايلى :

اولا : ان العقد : التزام ينشأ عنه حكم شرعى، سواء اكان هذا الالتزام صادرا من شخصين كما فى البيع ونحوه، او من شخص واحد كما فى الوقف على غير معين، ونحو ذلك من التصرفات التى لا يقابلها التزام من طرف آخر .

ثانيا : ان العارية عقد تبرع، يترتب عليه ملك المنفعة بغير عوض، خلافا لمن قال من الفقهاء، بانه عقد يشتمل على الاباحة .

ثالثا : ان عقد العارية، فعل خير مندوب اليه فى الجملة، خلافا لمن قال بوجوبه من الفقهاء، الا انه قد يعرض له ما يجعله واجبا او مباحا، او محرما او مكروها، فيجب كلما كانت الضرورة الى الاستمارة متأكدة، ويباح كلما استغنى عنها، ويحرم، ويكره، كلما ادى الى حرام او مكروه .

رابعا : ان لعقد العارية، كأى عقد من العقود، اربع مقومات هي : الصيغة والمعير، والمستعير، والعين المعارة، ولا خلاف بين الفقهاء فى ان عقد العارية لا يمكن تصور وجوده، وعند تخلف احد هذه المقومات .

خامسا : ان الايجاب من المعير ركن فى عقد العارية، اما القبول من المستعير فلا يعتبر ركنا، وانما شرط لثبوت التصرف فى المنفعة، حتى ان من حلف ان لا يعير، يحنث ان اوجب عقد العارية، وان لم يقبل الطرف الاخر .

سادسا : ان عقد العارية، ينعقد بكل وسيلة تدل على ارادته دلالة واضحة سواء اكانت تلك الوسيلة لفظا، او كتابة، او اشارة، او فعلا .

سابعا : ان العارية تنقسم الى مطلقة ومقيدة، والاطلاق والتقييد فى عقد العارية، اما ان يكون من حيث الزمان، او من حيث المكان، او من حيث نوع المنفعة، او من حيث المنتفع، او من حيث بعض هذه الوجوه او كلها .

ثم ان العارية مهما كانت مطلقة فان اطلاقها لا يتعدى ماتعارف الناس عليه لما تقرر عند الفقهاء من ان المعروف عرفا كالمشروط شرعا .

ثامنا : ان للمستعير فى العارية المطلقة، ان ينتفع بالعين المعارة فى كل ما هو مهيأة له من منافع، دون ان يتعدى المتعارف عليه من ذلك .

اما المقيدة، فله ان ينتفع بها فى حدود ما قيدت به، ومثله ودونه فى الضرر دون ان يتجاوز القيد الى ما هو اكثر ضررا، والا اصبح متعديا يجب عليه ضمان العين المعارة، ولو تلفت بعد ذلك .

تاسعا : ان للمستعير ان يعير العين المعارة لغيره، مالم ينهه مالكمها عن ذلك صراحة، خلافا لمن قال من الفقهاء بعدم جواز اعارته لغيره مطلقا مالم يأذن المعير فى ذلك صراحة .

عاشرا : ان للمستعير ان يودع العين المعارة، خلافا لمن قال بعدم جواز ذلك من الفقهاء .

الحادى عشر : ان للمستعير ان يأجر او يوهن العين المعارة، اذا اذن له المعير بذلك، اما اذا لم يأذن له، فلا يجوز حينئذ تأجيرها او رهنه لها، واذا فعل كان متعديا بذلك يجب عليه الضمان .

الثاني عشر : ان الاصل في العارية الجواز لا اللزوم ، وعلى هذا ، فكل واحد من المتعاقدين في عقد العارية ، ان يرجع عن العقد في اى وقت شاء ، الا انه قد يعرض له ما يجعله لازماً ، كما اذا ترتب على الرجوع ضرر بالمستعير ، يمكن ارتفاعه عنه ببقاء العين المعارة في يده مدة معينة ، وحيث تبقى في يده الى نهايتها تلك المدة باجرة مثلها جمعا بين الحقين .

الثالث عشر : ان العارية مضمونة الرد الى مالكها او مالك منفعتها ، قبل تلفها ، ايها اعارها ، لقوله عليه افضل الصلاة والسلام : " على اليد ما اخذت حتى تؤديه " .

الرابع عشر : يجب رد العين المعارة في اربع احوال :

الحال الاولى : رجوع المعير عن عقد العارية .

الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة .

الحال الثالثة : موت المعير او المستعير .

الحال الرابعة : جنون احد العاقدين ، او اغماغه ، او الحجر عليه لسفه

او على المعير لفس .

واذا وجب رد العين المعارة ، فأخرها المستعير عنده ، ولو لم يستخدمها

اعتبر متعديا بذلك ، فيجب عليه الضمان .

الخامس عشر : يبرأ المستعير من ضمان العين المعارة ، بردها على صفتها

الى معيرها او وكيله في حفظها ، والقيام عليها ، او الى من في عياله ، اذا كان ممن

اسند اليه الاهتمام بها ، او كانت مما يترك في يده ولو في بعض الاوقات

او بردها الى ملك معيرها ، ان كان ذلك الملك مكانا لحفظ العين المصاراة  
وامثالها عادة ، كما اذا كانت دابة فردها الى الاصطبل ، او بساطا فرده الى  
البيت او نحو ذلك .

السادس عشر : للمستعير ان يرد العين المصاراة مع من في عياله الى  
المعير ، ولا يعتبر متعديا بذلك ، واذا لم يكن متعديا فلا ضمان عليه لو تلفت العين  
المصاراة في يد من في عياله .

وله ان يردها ايضا مع اجنبي ، ولا يضمن ان تلفت في يده بدون تعدد  
الا اذا كان الرد بعد انتهاء عقد العارية ، فيجب الضمان ، لا لأنه ردها  
مع اجنبي ، وانما لانه امسكها بعد مضي وقتها فكان بذلك متعديا فوجب عليه  
الضمان .

السابع عشر : للمستعير ان يرد العين المصاراة الى الحاكم عند غياب المعير  
ووكيله او الى الورثة عند موته او جنونه او اغماه ، اذا استمر الاغماه ثلاثا يمام  
فاكثر ، او الى الولي عند الحجر عليه لسفه او فليس ، ولا يكون بفلك متعديا لانه  
اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس ، فيبرأ من الضمان حينئذ .

الثامن عشر : اذا وجب رد العين المصاراة الى المعير ، وجب على  
المستعير ان يردها اليه حيث اخذها منه ، فلو اخذها منه في الطائف مثلاً  
وجب عليه ان يردها اليه في الطائف ، الا ان يتفقا ، اي المعير والمستعير ، على  
بلد او موضع آخر وذلك قياسا على رد العين المضمومة .

وعليه فلا يجب على المستعير ان يردها الى غير الموضع الذي اخذها منه  
ولا يجوز للمعير ان يلزمه بذلك .

التاسع عشر : اذا كانت العين المعاراة مما يفتقر الى جهد ومؤنفة عند الرد الى المعير، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في وجوب ذلك على المستعير في الجملة . ويستثنى من ذلك ما اذا كان المعير مستأجرا او موصا له بالمنفعة حيث لا يجب على المستعير حينئذ اجرة رد العين المعاراة وما يتبع ذلك من جهد . هذا اذا رد العين المعاراة الى مالكها .  
اما اذا ردها الى المستأجر او الى الموصى له بالمنفعة، فتجب عليه الاجرة حينئذ .

العشرون : ان الاصل في العارية كونها امانة في يد المستعير، لا تضمن اذا تلفت بدون تعد او تقصير .

ويعتبر المستعير متعديا، كلما خالف تقييد المعير الى ما هو اكثر ضررا من القيد، او خالف عرف الناس في استعمال العين المعاراة . اوارتكب امرا نهى عنه المستعير عنه صراحة، ولو كان ذلك الامر مما تلا لما اذن له فيه، او اخف ضررا منه . وليس من الضروري ان يكون تلف العين المعاراة بنفس التعدي، ليعتبر المستعير ضامنا، وانما يكفي ان يقع التلف بعد التعدي في الجملة، ولو حدث بسبب آخر .

الحادي والعشرون : اذا اشترط المعير على المستعير ضمان العارية فالعقد صحيح والشرط لازم، وبالتالي يجب على المستعير ضمان العارية سواء تعدى فيها او لم يتعدى .

الثاني والعشرون : اذا وجب ضمان العين المارة، فان كانت مثلية وجب ضمانها بمثلها، وان كانت قيمة وجب ضمانها بقيمتها .  
وتقدر القيمة، يوم حدوث موجب الضمان، والموجب للضمان في عقد العارية هو التعدي في الجملة .

الثالث والعشرون : ان زوائد العين المارة، امانة في يد المستعير لا تضمن الا اذا تعدى عليها او قصر في حفظها، ولا فرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

الرابع والعشرون : ان الاصل في منفعة العين المارة عدم الضمان الا انه قد يعرض ما يجعلها مضمونة، وذلك كما اذا استحققت العين المارة الى غير معيرها، او جاوز المستعير قيد المعير الى ما هو اكثر ضررا، او عندما يعرض ما يجعل عقد العارية لازما الى مدة معينة .

الخامس والعشرون : اذا طلب المعير رد العين المارة، فجددها المستعير، وادعى ملكيتها، فان كان لمدعى الاعارة بينة، ولا بينة لمنكرها، حكم لمدعى الاعارة حينئذ بملكية العين، واستنادا للبينات التي قدمها .

وان لم تكن لمدعى الاعارة بينة على ما يدعيه، فيحلف المنكر على ملكيته للعين وعدم استعارتها من المدعى ويستحقها بذلك .

اما اذا كان لكل من مدعى الاعارة ومنكرها بينة على ملكيته للعين، فتقدم بينة مدعى الاعارة، ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال .

السادس والعشرون : اذا ثبت بالبينة او بغيرها ان العين ملك لمدعى الاعارة اعارها للمدعى عليه ، فان كانت العين باقية وجب ردها للمعير لانتهاء عقد العارية بطلب المعير العين المعاراة .

ويجب على المستعير فى هذه الحالة ايضا رد اجرة مثل المدة من وقت طلب المعير للعين المعاراة ، الى حين ردها اليه بعد الحكم له بها .  
اما اذا تلفت العين المعاراة فى يد جاحد العارية ، وقد ثبت انها ملك المدعى اعارها له ، وجب عليه حينئذ ضمانها ، وان ادعى انها قد تلفت بسدور تعد لئو تقصير منه .

السابع والعشرون : ان جاحد العارية ، تقطع يده ، لما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنه : " قال كانت امرأة مخزومية تستعير متاعا على السنة جاراتها وتجده ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يدها " .

الثامن والعشرون : اذا اختلف مالك المال وقابضه فى قبض المال ، اكان على سبيل العارية ام على سبيل الاجارة ، فان كان الخلاف قبل مضى مدة لها اجرة والعين قائمة ، فالقول قول قابض العين مع يمينه ، لان الاصل عدم عقد الاجارة وبرائة ذمته من الاجرة ، وحينئذ يحلف ان العقد لم يكن اجارة وانما كان عارية ثم ترد العين الى مالكها .

اما اذا كان الخلاف قبل مضى مدة لها اجرة والعين تالفة ، فلا فائدة من الخلاف فى هذه الحال ، لان كلا من العين المعاراة ، والمؤجرة امانة فى يد المستعير والمؤجر .

اما اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة والعين باقية ، فالقول قول المالك حينئذ ، وكذلك اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة والعين تالفة فالقول قول المالك بيمينه ان ادعى الاجارة ، ولا يتصور ادعائه العارية ، ان لا فائدة له من ذلك ، على اعتبار ان العارية امانة لا تضمن الا بالتعمد .

التاسع والعشرون : اذا اختلف مالك العين وقابضها فادعى احدهما الغصب والاخر العارية ، فان كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة والعين قائمة ردت العين الى مالكها ان لا معنى للاختلاف في ذلك طالما ان العين قائمة ولم تضر مدة لها اجرة ، فلم تفت العين ، ولا المنفعة حتى يمكن ان يدعى ذلك .

اما اذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة والعين تالفة ، فالقول قول المالك ان ادعى الغصب ، وكان القابض قد استعمل عين المال ، اما اذا لم يستعملها ، فالقول قول القابض حينئذ .

اما ان ادعى المالك الاعارة في هذه المسألة فلا يكون ادعائه حينئذ ادعاء بقيمة العين لان العارية امانة ، وانما يكون ادعائه الاعارة حينئذ اقرارا منه ببراءة القابض من الضمان .

الثلاثون : اذا اختلف المالك والقابض في الايداع والاعارة ، فان ادعى المالك العارية ، والقابض الايداع ، فلا وجه للخلاف حينئذ ، سواء كانت العين قائمة او تالفة ، لان المالك لا يدعى على القابض ضمان العين ولا ضمان المنفعة على اعتبار ان العارية امانة في يد المستعير .

اما اذا ادعى المالك الايداع ، والقابض العارية ، فان استخدم العين المعارة



فالقول قول المالك، لان المالك يدعى الايداع والتقايض ينكره، فاذا استخدم العين فقد ظهر سبب الضمان وهو استخدام ملك الغير بدون اذنه، وادعاء الاذن لا يثبت بدعواه .

الحادى والثلاثون : اذا اختلف المعير والمستعير فى الاطلاق والتقييد فقال المعير مثلا : اعرتك هذه السيارة من جدة الى مكة، فسافرت بها الى الطائف فيجب عليك الضمان، وقال المستعير : بل اعرتنى من جدة الى الطائف فلا ضمان على فى ذلك، فالقول حينئذ قول المعير فى هذه المسألة، لان المالك مدعى عليه فكان القول قوله .

الثانى والثلاثون : اذا اختلف المعير والمستعير فى اشتراط شرط لا يخالف مقتضى عقد العارية، كما اذا قال معير الارض مثلا : اعرتك ارضى للفرس على ان تعلق ماغرسته عند انتهاء عقد العارية، فقال المستعير، بل اعرتنى لذلك ولم تشترط على القلع، فالقول حينئذ قول المعير، لان الاصل ان من صدق فى شىء صدق فى صفته، والمعير والمستعير لو اختلفا فى اصل عقد العارية صدق المعير .

الثالث والثلاثون : اذا اختلف المعير والمستعير فى صفة العين المصاراة اوفى قيمتها بعد تلفها، فالقول حينئذ قول المستعير فى ذلك مع يمينه، وذلك نظرا الى ان المستعير غارم ومنكر لما يدعيه المعير من الزيادة والاصل عدوها الا ان يكون للمعير بينه .

هذا اذا اشبه قول المستعير، اما اذا لم يشبهه فالقول قول المعير .

الرابع والثلاثون : اذا اختلف المعير والمستعير في رد العين المعارة فقال المعير للمستعير مثلا : اردد الى مالي الذي استعرت ، وقال المستعير : رددته اليك ، فيصدق المستعير حينئذ ، لانه يقبل قوله في التلف والضياح مع يمينه نظرا الى ان العارية امانة في يد المستعير لا تضمن الا بالتعدى او بالتقصير في حفظها .

الخامس والثلاثون : اذا ادعى المعير تلف العين المعارة ، بتمسدي المستعير او تقصيره ليضمنه اياها ، فانكر وادعى تلفها بأفة سماوية ونحو ذلك ليتخلص من الضمان ، فالقول حينئذ قول المستعير مع يمينه ، وذلك نظرا الى ان عقد العارية امانة ، فالمستعير مؤتمن على العين المعارة ، والمؤتمن يصدق بيمينه في ادعاء هلاك الامانة بدون تعد او تقصير منه ، مالم تقم بينة على خلاف ذلك .

وبعد فهذه اهم نتائج البحث في عقد العارية ، وبها تنتهي هذه الرسالة التي حاولت ان اجعلها وافية بموضوعها ما استطعت الى ذلك سبيلا .  
فان كنت موقفا في محاولتي فذلك فضل من الله عز وجل ، واحمده على ذلك واشكره .

وان لم يكن الامر كذلك فعزائي اني قد بذلت وسعي مخلصا ، وافرغت جهدي صابرا محتسبا ، لا قدم عملا جيدا ، فارجو ان لا احرم من ثواب المجتهدين المخطئين ، كما وعد بذلك سيد المرسلين عليه افضل الصلاة والتسليم . . . وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع  
متممة

( مرتبة على حروف المعجم )

- القرآن الكريم
- الحديث الشريف

( أ )

- احكام القرآن
- لابى بكر محمد بن عبدالله، المعروف بابن العربي، ولد سنة ٤٦٨ هـ، وتوفى سنة ٥٤٣ هـ.
- تحقيق : على محمد البجاوى
- الطبعة الثالثة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م بمطبعة ميسو البابى الحلبي وشركاه .
- احكام المعاملات الشرعية
- لعلى الخفيف، استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول .
- طبع بمطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٤ م .
- الاحكام فى اصول الاحكام
- لسيف الدين ابى الحسن على ابن ابى على بن محمد الامدى، المولود سنة ٥٥١ هـ والمتوفى سنة ٦٣١ هـ .
- تعليق : عبدالرزاق عفيفى مدير المعهد العالى للقضاء بالرياض .
- تصحیح : عبدالله بن غديان - وعلى الحمد الصالحى .

الطبعة الاولى ١٣٨٧/٨/٧ هـ بمطبعة مؤسسة النور بالرياض .

الناشر : على الحمد الصالحى .

الاختيار لتعليق المختار

لعبدالله بن محمود بن مودود بن محمود ، ابي الفضل ، مجد الدين ،

الموصلى ، المتوفى سنة ٦٨٣ هـ .

تحقيق : محمد محيى الدين عبدالحميد

الطبعة الثالثة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م مطبعة المدنى بالقاهرة .

ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول

لمحمد بن على بن محمد الشوكانى ، المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .

مطبوع بهامشه شرح الشيخ احمد بن قاسم العبادى الشافعى على شرح

جلال الدين محمد بن احمد المحلى الشافعى ، على الورقات فى الاصول

لامام الحرمين عبدالملك بن عبدالله الجوينى الشافعى المتوفى سنة ٤٧٨ هـ .

الطبعة الاولى ١٣٥٦ هـ / ١٩٣٧ م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي

واولادة بمصر .

اسنى المطالب شرح روض الطالب

لابى يحيى زكريا الانصارى الشافعى ، المتوفى سنة ٩٢٦ هـ .

مطبوع بهامشه حاشية الشهاب ابي العباس احمد الرملى الكبير .

تصحيح : محمد الزهرى الغمراوى

المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣ هـ .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

- الاشباه والنظائر، في قواعد وفروع فقه الشافعية  
لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي، المتوفى سنة ٩١١ هـ .  
الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م، بمطبعة البابي الحلبي واولاده بمصر.
- الاشباه والنظائر، على مذهب ابى حنيفة النعمان  
لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، المولود بالقاهرة عام ٩٢٦ هـ والمتوفى  
عام ٩٧٠ هـ .
- تحقيق : عبد العزيز محمد الوكيل  
مطابع سجل العرب ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .  
الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع بالقاهرة .
- الاشراف على مسائل الخلاف  
للقاضي عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي، المتوفى سنة ٤٢٢ هـ .  
مطبعة الارادة .
- اصول السرخسي  
لاحمد بن ابى سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٩٠ هـ .  
تحقيق : ابو الوفا الافغانى  
مطبعة دار المعرفة - بيروت، لبنان ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .  
عنيت بنشره : لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدر اباد الدكن بالهند .
- اصول الفقه  
لمحمد الخضرى بك، المفتش بوزارة المعارف، ومدرس التاريخ الاسلامى  
بالجامعة المصرية .

- الطبعة الثانية ١٣٥٢هـ / ١٩٣٣م، المطبعة الرحمانية بمصر .
- اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المحيين  
للسيد ابي بكر المشهور بالسيد البكرى بن الحارث بالله السيد محمد شطا  
الدمياطى نزيل مكة المشرفة .  
الطبعة الرابعة ١٣١٩هـ المطبعة الميمنية .
- اعلام الموقعين عن رب العالمين  
لشمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية  
المتوفى سنة ٧٥١هـ .  
مطبعة فرج الله زكى الكردى بالقاهرة .
- اقرب الموارد فى صحيح العربية والشوارد  
لسعيد الخورى الشرتونى اللبناى  
مطبعة مرسلو اليسوعية، بيروت ١٨٨٩م .
- الاقتاع فى حل الفاظ ابي شجاع  
لمحمد الشربينى الخطيب، مطبوع بهامش تحفة الحبيب على شرح الخطيب .  
الطبعة الاخيرة ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م .  
مطبعة مصطفى البلى الحلبي واولاده بمصر .
- الافصاح فى فقه اللغة  
لعبد الفتاح الصعدي عضو مجمع اللغة العربية، وحسين يوسف موسى  
المفتش الاول بالتعليم الثانوى " سابقا " .  
الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م مطبعة المدنى بالقاهرة .

- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل  
لعلاء الدين ابي الحسن على بن سليمان المرداوي الحنبلي، المتوفى  
سنة ٨٨٥ هـ .

تحقيق : محمد حامد الفقى

الطبعة الاولى ١٣٧٦هـ / ١٩٥٧م مطبعة السنة المحمدية .

- الانوار لاعمال الابرار

ليوسف الاردبيلي، مطبوع مع حاشية الكثرى، وحاشية الحاج ابراهيم .

الطبعة الاخيرة ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م، مطبعة المدني بالقاهرة .

( ب )

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

لعلاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى عام ٥٨٧هـ .

مطبعة الامام، بالقلعة بالقاهرة .

الناشر : زكريا على يوسف .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي

المولود سنة ٥٢٠ هـ المتوفى سنة ٥٩٥ هـ .

الطبعة الرابعة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق  
لزين الدين ابن نجيم الحنفى  
الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- البحر الزاخر الجامع لمذاهب علماء الاصار  
للمهدى لدين الله، احمد بن يحيى بن المرتضى، المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .  
وبهامشه كتاب جواهر الاخبار والاثار، المستخرجة من لجة البحر الزخار  
لمحمد بن يحيى بهران الصمدى المتوفى سنة ٩٥٧ هـ .  
تعليق : القاضى عبد الله بن عبد الكريم الجرافى اليمنى الصنعمانى  
الطبعة الثانية ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م مؤسسة الرسالة، بيروت .
- بلوغ الامانى من اسرار الفتح الربانى  
احمد عبد الرحمن البنا، الشهير بالساعاتى  
مطبوع مع الفتح الربانى لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيبانى  
الطبعة الاولى ١٣٧٠ هـ .

( ت )

- تاج العروس من جواهر القاموس  
لمحمد المرتضى الزبيدى الحنفى، نزيل مصر .  
المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦ هـ .  
منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت .



- التاج والاكيل لمختصر خليل  
لابي عبدالله محمد بن يوسف بن ابي القاسم الصبرى ، الشهير بالمواق  
المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .  
مطبوع بهامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب .  
الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م مطبعة دار الفكر .
- تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الحكام  
للقاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن ابي القاسم بن محمد بن  
فرحون ، المالكي المدني ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ .  
مطبوع بهامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب مالك لابي عبدالله  
الشيخ محمد احمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ .  
الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م مطبعة مصطفى البابى الحلبي  
واولاده بمصر .
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق  
لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ .  
الطبعة الاولى ١٣١٥ هـ ، بالمطبعة الكبرى الاميرية بمصر .
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب " حاشية البيجرى على الاقناع"  
لسليمان البيجرى  
الطبعة الاخيرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م مطبعة مصطفى البابى الحلبي  
واولاده بمصر .

- تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب  
لابي يحيى زكريا الانصاري، المولود سنة ٨٢٦هـ، المتوفى سنة ٩٢٥هـ .  
مطبوع بهامش حاشية الشرقاوى عليه .  
دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- تحفة الفقهاء للسمرقندي  
تحقيق : محمد المنتصر الكتاني ، ووهبة الزحيلي  
دار الفكر بدمشق .
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج  
لاحمد بن حجر الهيتمي الشافعي ، نزيل مكة ، المتوفى سنة ٩٧٣هـ .  
مطبوع مع حاشيتي الشرواني والعبادي .  
دار الفكر، بيروت .
- تحقيق المراد في ان النهي يقتضى الفساد  
لصلاح الدين خليل بن كيكدي العلائي الشافعي ، المولود سنة ٦٩٤هـ ،  
المتوفى سنة ٦٧١هـ .  
تحقيق : ابراهيم محمد السلقيني  
مطبعة زيد بن ثابت بدمشق ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م .  
من مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق .
- تخريج الفروع على الاصول  
لشهاب الدين ابي المناقب محمود بن احمد الزنجاني ، المتوفى سنة ٦٥٦هـ .  
الطبعة الاولى ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢م مطبعة جامعة دمشق .

- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير و اساس البلاغة  
لاحمد طاهر الزاوى  
الطبعة الاولى ١٩٥٩ م مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- تسهيل منح الجليل  
لمحمد عليش، مطبوع بهامش شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل  
لمحمد عليش ايضاً .  
دار الطباعة الكبرى .  
الناشر : مكتبة النجاح ، طرابلس - ليبيا .
- التعريفات  
للسيد الشريف على بن محمد الجرجاني  
مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م بمصر .
- تفسير ابن كثير - تفسير القرآن العظيم -  
لعماد الدين ابو الفداء اسماعيل بن كثير  
الطبعة الثانية ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- تفسير الابلوسى " روح المعانى "  
للسيد محمود الالوسى ، طبعة بالافست ، انتشارات جيهان . ايران  
طهران .
- تفسير الرازى - التفسير الكبير -  
للامام الفخر الرازى ، طبعة بالافست .  
الناشر : دار الكتب العلمية . طهران .

- تفسير النفسى - مدارك التنزيل -
- لابى البركات عبد الله بن احمد النفسى . دار احياء الكتب العربية بمصر .
- تقرير الرافعى على حاشية ابن عابدين - التحرير المختار لرد المحتار -
- لمعيد القادر الرافعى الفاروقى الحنفى مفتى الديار المصرية سابقا .
- الطبعة الاولى ١٣٢٣ هـ - المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق مصر .
- تكملة المجموع شرح المذهب - التكملة الثانية -
- لمحمد بخيت المطيعى احد كبار فقهاء القرن الرابع عشر الهجرى ، ومفتى
- الديار المصرية سابقا ، توفى سنة ١٩٣٥ م .
- مطبوع مع المجموع شرح المذهب للنووى ، وتكملة السبكي - التكملة الاولى - .
- مطبعة الامام بمصر ، الناشر : زكريا على يوسف .
- تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على السنة الناس من الحديث
- لعبد الرحمن بن على بن محمد بن عمر بن الديبع الشيبانى الشافعى
- المتوفى سنة ٩١١ هـ .
- الطبعة الاخيرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م مطبعة مصطفى البابى الحلبي .
- تهذيب الفروق
- لمحمد على بن حسين مفتى المالكية ، من فقهاء القرن الرابع الهجرى .
- مطبوع بهامش الفروق للقراى .
- دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

- تهذيب مختصر سنن ابي داود
- لشمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية ،  
المتوفى ٧٥١ هـ .
- مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للحافظ المنذرى ، ومعالم السنن لابن  
سليمان الخطابي .
- تحقيق : محمد حامد الفقى  
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٩ م .
- التوضيح فى شرح التنقيح
- للقاضى صدر الشريعة ، عبدالله بن مسعود المحبوسى البخارى الحنفى  
المتوفى سنة ٧٤٧ هـ .
- مطبوع مع شرحه المسمى - التلويح على التوضيح - لسعد الدين التفتازانى .  
الطبعة الاولى ١٣٢٢ هـ المطبعة الخيرية بمصر .
- تيسير الكريم الرحمن فى تفسير كلام المنان
- لعبد الرحمن بن ناصر السعدى ، المطبعة السلفية ومكتبتها ١٣٧٦ هـ .

( ج )

- الجامع لاحكام القرآن - تفسير القرطبي -
- ابو عبدالله محمد بن احمد بن ابي بكر بن نوح الانصارى الخزرجى  
المتوفى سنة ٦٧١ هـ .

- الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م .
- الناشر : دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة .
- جامع الاصول في احاديث الرسول
- مجدد الدين ابو السعادات المبارك بن محمد بن الاثير، المتوفى ٦٣٠هـ .
- تحقيق : عبدالقادر الرناؤوط .
- مطبعة الملاح ، مكتبة دار البيان ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م .
- الناشر : مكتبة الحلواني .
- جامع البيان عن تأويل القرآن
- للامام محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠هـ .
- الطبعة الثالثة ١٣٨٨هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- جوهرة اللفظة
- لبن دريد ، ابي بكر محمد بن الحسن الازدي البصري ، المتوفى سنة ٣٢١هـ .
- طبعة جديدة بالافتتاح ، عن الطبعة الاولى ١٣٤٥هـ ، مطبعة مجلس
- دائرة المعارف العثمانية ، الكائنة بحيدر اباد الدكن .
- جواهر البلاغة في المعاني ، والبيان ، والبدع
- للسيد احمد الهاشمي ، الطبعة الثانية عشر .
- الجوهر النقي على سنن البيهقي
- لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني ، الشهير بابن التركماني
- مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي .
- طبعة بالافتتاح . دار صادر ، بيروت - لبنان .

- الجوهرة النيرة، لابي بكر العبادي  
مخطوط مقاس ٣٠ x ٢٠، مجلد واحد، مكتبة الحرم المكي تحت رقم ٣٦٤٦ .
- حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الخوي  
لابراهيم بن محمد الباجوري، واحد، شيخ الازهر، توفي سنة ١١٧٦ هـ .  
طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية .  
الناشر : عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- حاشية البيجرمي على الخطيب - تحفة الحبيب على شرح الخطيب -  
لسليمان البيجرمي  
الطبعة الاخيرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي  
واولاده بمصر .
- حاشية البناني على شرح الزرقاني  
لسيدى الشيخ محمد البناني، مطبوع بهامش شرح الزرقاني على مختصر  
سيدى خليل .  
مطبعة محمد افندى مصطفى بالقاهرة ١٣٠٧ هـ .
- حاشية الجمل على شرح المنهج  
لسليمان الجمل المتوفى سنة ١٢٠٤ هـ .  
دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .
- حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للارزبيلى  
مطبوع مع الانوار لاعمال الابرار، ومعها حاشية الكثرى .  
الطبعة الاخيرة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م، مطبعة المدنى بالقاهرة .

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
- للشيخ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، توفي يوم الاربعاء  
١٢٣٠ / ٤ / ٢١ هـ .
- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة ١٢٣١ هـ .
- حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل  
لسيدي محمد بن احمد بن محمد بن يوسف الرهوني  
الطبعة الاولى ١٢٠٦ هـ ، المطبعة الاميرية ببولاق بمصر .
- حاشية الرطبي على اسنى المطالب شرح روض الطالب  
للشهاب ابي العباس احمد الرطبي الكبير الانصاري  
مطبوع بهامش اسنى المطالب .  
المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣ هـ .  
الناشر : المكتبة الاسلامية .
- حاشية سعدى افندي  
لسعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى حلبي ، وسعدى افندي  
المتوفى سنة ١٩٤٥ هـ .  
مطبوع مع شرح فتح القدير ، والهداية والعناية ، وتكلمة فتح القدير .  
الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م مطبعة مصلحى الباي الحلبي وشركاه .
- حاشية الشبراطسى على نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه  
على مذهب الامام الشافعي



لابي الضياء نور الدين علي بن علي الشبرايطسي القاهري والمتوفى سنسنة

١٠٨٧ هـ .

مطبوع مع نهاية المحتاج وحاشية احمد بن عبد الرزاق بن محمد بن احمد

المعروف بالمخربى الرشيدى .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

— حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب

للشيخ عبد الله بن حجازى بن ابراهيم الازهرى ، الشهير بالشرقاوى المتوفى

سنة ٢٢٦ هـ .

مطبوع مع تحفة الطلاب لذكريا الانصارى ، وتقرير السيد مصطفى بن حنفسى

الذهبي المصرى على حاشية الشرقاوى .

دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .

— حاشية الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج

لعبد الحميد الشروانى ، نزيل مكة المكرمة ، مطبوع مع تحفة المحتاج وحاشية

ابن قاسم العبادى .

مصور عن المطبعة الصيمنية بمصر عام ١٣١٥ هـ ، دار الفكر - بيروت .

— حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

للزيلعى . مطبوع بهامش تبين الحقائق .

الطبعة الاولى ١٣١٥ هـ ، المطبعة الكبرى الاميرية .

- حاشية الطحطاوي على الدر المختار  
للسيد احمد الطحطاوي الحنفي  
طبع بالافتتاح سنة ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م ، دار المعرفة للطباعة والنشر ،  
بيروت - لبنان .
- حاشية العبادي على تحفة المحتاج  
لاحمد بن قاسم العبادي ، مطبوع مع تحفة المحتاج للهيثم ، وحاشية  
الشرواني .
- مصور عن طبع المطبعة الصينية بمصر سنة ١٣١٥هـ ، دار الفكر - بيروت .
- حاشية العدوي على شرح الخرشني لمختصر خليل  
للشيخ علي المدوي  
مطبوع بالافتتاح ، دار صادر - بيروت .
- حاشية المدوي على كفاية الطالب الرياني لرسالة ابن زيد القيرواني  
للشيخ علي الصمدي المدوي المالكي ، مطبوع مع كفاية الطالب الرياني ،  
مطبعة مصطفى الهادي الحلبي ، اولاد ، ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م .
- حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي  
لشهاب الدين احمد الجرسلي ، المشهور بحميرة ، من علماء القرن العاشر  
الهجري .  
مطبوع مع شرح الجلال ، وحاشية القليوبي .  
مطبعة دار احياء الكتب العربية .

- حاشية قرّة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير  
الابصار في فقه مذهب الامام ابى حنيفة النعمان  
لسيدى محمد علاء الدين افندى ونجل ابن طايد بن  
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي وشركاه .
- حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي  
لشهاب الدين ، احمد بن احمد بن سلامة ، المشهور بالقليوبي المصري  
الشافعي ، المتوفى سنة ١٠٦٩هـ .  
مطبوع مع شرح الجلال ، وحاشية عميرة .  
مطبعة دار احياء الكتب العربية .
- حاشية الكشرى على الانوار لاعمال الابرار ، للارد بيلو  
مطبوع مع الانوار ، وحاشية الحاج ابراهيم .  
الطبعة الاخيرة ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م ، مطبعة المدني بالقاهرة .
- حاشية المقفع  
منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن  
عبد الوهاب ، وهى غير منسوبة لاحد ، والظاهر انه هو الذى جمعها .  
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم  
لابى عبد الله محمد التاودى  
مطبوع بهامش المهجة فى شرح التحفة للتسولى .

الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م، مطبوع الطبع والنشر : شركة مكتبة  
ومطبعة البابي الحلبي واولاده بمصر .

( د )

- درر الاحكام شرح مجلة الاحكام

لعلى حيدر، الرئيس الاول لمحكمة التمييز وامين الفتيا ووزير العدل  
في الدولة العثمانية، ومدرس مجلة الاحكام العدلية بمدرسة الحقوق  
بالاستانة .

تعريب : المحامي فهمي الحسيني .

منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد .

- الدر المختار شرح تنوير الابصار

لمحمد علاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ .

مطبوع بهامش رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابد يمين -

ومطبوع ايضا بهامش حاشية الطحطاوي .

دار الطباعة المصرية الكائنة ببولاق - مصر سنة ١٢٧١هـ .

- الدر المنتقى في شرح الطتقى

لمحمد بن على بن محمد بن على، الطلق بحللاء الدين الحصكفي دمشقي

المتوفى سنة ١٠٨٨هـ .

مطبوع بهامش مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر لداما وافندي .

دار الطباعة العامة ١٣٢٨هـ .

( ر )

- رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين -  
لمحمد امين بن عمر الشهير بابن عابدين ، المتوفى سنة ٢٥٢ هـ ، وكان  
مفتيا بالشام .  
دار الطباعة المصرية ببولاق مصر ١٢٧١ هـ .
- روضة الطالبين  
للإمام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، ولد سنة ٦٣١ هـ ، وتوفى  
سنة ٦٧٦ هـ .  
المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .
- روضة الناظر وجنة المناظر ، في اصول الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل  
لموفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي الدمشقي  
ومعها شرحها نزهة الخاطر العاظم ، لعبد القادر بن احمد بن مصطفى  
بدران الدوسي ثم الدمشقي .  
المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٢ هـ .
- الروض المربع بشرح زاد المستقنع - مختصر المقنع ، في فقه الامام احمد بن  
حنبل الشيباني  
المتن : لشرف الدين ابي النجا ، والشرح : لمنصور بن يونس البيهوتي .  
مطبوع معها تعليقات وحواش لعبد الله بن عبد الرحمن ابويطيين مفتي  
الديار السعودية في زمنه .  
المطبعة السلفية بمصر - القاهرة ١٣٤٩ هـ .

( ز )

- زاد المعاد في هدى خير العباد  
لشمس الدين ، ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية  
المتوفى سنة ٧٥١ هـ .

الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده  
بمصر .

- الزوائد في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني  
لمحمد بن عبدالله آل حسين ، المتوفى عام ١٣٨١ هـ .  
الطبعة الثانية ، مطبعة دار البيان ، القاهرة .

( س )

- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام  
لمحمد بن اسماعيل الامير ، اليميني الصنعاني ، المولود سنة ١٠٥٩ هـ ،  
المتوفى سنة ١١٨٢ هـ .

مطبوع مع متن نخبة الفكر في مصطلح اهل الاثر ، مع تعليقات مختارة  
لابن حجر العسقلاني .

راجعته وعلق عليه : محمد عبدالعزيز الخولي ، الاستاذ بدار العلوم بالقاهرة .  
الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي  
واولاده بمصر .

- سراج السالك شرح اسهل المسالك  
للسيد عثمان بن حسنين بزي الجعلى المالكي  
الطبعة الاخيرة - مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر .
- السلسيل في معرفة الدليل - حاشية على زاد المستقنع -  
لصالح بن ابراهيم البليهي ، المدرس بمعهد بريدة العلمى .  
الطبعة الاولى ١٣٨٦ هـ مطبع نجد التجارية - الرياض .
- سلسلة الاحاديث الصحيحة وشيخ من فقهها وفوائدها  
لمحمد ناصر الدين الالبانى ، احد علماء الحديث في دمشق في هذا  
العصر .
- منشورات المكتب الاسلامى ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .
- سنن ابن ماجه  
للحافظ ابى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى ، المتوفى سنة ٣٧٣ هـ .  
تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، مطبعة دار احياء الكتب العربية - ميسرى  
البابى الحلبي ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م .
- السنن الكبرى  
للحافظ ابى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقى ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ  
طبعة بالافتاء .
- سنن النسائى  
للامام الحافظ احمد بن شعيب النسائى ، المتوفى سنة ٢٥٥ هـ .

- مطبوع مع شرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، وحاشية الامام السندی .
- صحح بعرفة بعض افاضل العلماء وقوبل على عدة نسخ ، وقرئ في المرة
- الاخيرة على الشيخ محمد المسعودي المدرس بالقسم العالي بالازهر .
- المطبعة المصرية بالازهر .

( ش )

- شرح ابن قاسم الفزري على متن الشيخ ابي شجاع في مذهب الامام الشافعي  
مطبوع بهامش حاشية الباجوري عليه .
- طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية - عيسى الياحي الحلبي وشركاه .
- شرح التلويح على التوضيح
- لسعد الدين مسعود بن عمر التفلتازاني الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢ هـ .
- الطبعة الاولى ٣٢٢ هـ ، المطبعة الخيرية بمصر .
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل
- لابي عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي شيخ المالكية في زمانه .
- ولد سنة ١٠١٠ هـ ، وتوفى سنة ١١٠١ هـ .
- طبعة بالافست - دار صادر - بيروت .
- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل
- لعبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد بن علوان الزرقاني ، ولد سنة
- ١٠٢٠ هـ بمصر ، وتوفى بها سنة ١٠٩٩ هـ .
- مطبعة محمد افندي مصطفى بالقاهرة ١٣٠٧ هـ .



- شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك

مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م .

صححت هذه الطبعة وروجعت بمعرفة لجنة من العلماء .

- الشرح الصغير

لابى البركات سيدى احمد بن محمد بن احمد بن ابي حامد السعدوى

الازهرى الخلوتى ، الشهير بالدردير ، المطب بمالك الصغير لسعة علمه

بمذهب مالك ، ولد سنة ١١٢٧هـ ، وتوفى ١٢٠١هـ .

مطبوع بهامش بلغة السالك لا قرب المسالك الى مذهب الامام مالك . تأليف

احمد بن محمد الصاوى المالكى .

الطبعة الاخيرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م ، مطبعة البابى الحلبي واولاده بمصر .

- شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن

الهام الحنفى ، المتوفى سنة ٦٨١هـ .

مطبوع مع الهداية للمرغينانى ، والمعناية للبايرتى ، وحاشية سعدى افسدى

ونتائج الافكار لقاضى زاده .

الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي

واولاده بمصر .

- الشرح الكبير ، المسمى - فتح القدير -

لابى البركات سيدى احمد بن محمد بن احمد بن ابي حامد السعدوى

الازهرى الخلوتى ، الشهير بالدردير ، المطب بمالك الصغير ، توفى ١٢٠١هـ .

- مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه .
- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة ١٣٣١ هـ .
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل  
لمحمد عيش بن احمد بن محمد عيش  
• مطبوع مع تسهيل منح الجليل ودار الطباعة الكبرى .  
• الناشر : مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .
- شرح منهاج الطالبين  
لجلال الدين محمد بن احمد المحلى الشافعى ، المتوفى سنة ٨٦٢ هـ .  
• مطبوع مع حاشية القليوبي وحاشية عميرة .  
• مطبعة دار احياء الكتب العربية .
- شرح المنهج  
لابى يحيى زكريا الانصارى ، المتوفى سنة ٩٢٦ هـ .  
• مطبوع بهامش حاشية سليمان الجمل .  
• دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .
- شرح الهروى على كنز الدقائق ، فى فروع الحنفية  
معين الدين الهروى ، المعروف بمنلا مسكين ، المتوفى سنة ٨٥٠ هـ .  
• طبع سنة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م .

( ص )

— صحيح الامام البخارى

شيخ المحدثين محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن برد زيبه  
البخارى الجعفي ، ولد سنة ١٩٤ هـ وتوفى سنة ٢٥٦ هـ .  
تحقيق وتعليق : محمود النواوي ، المفتش بالازهر الشريف والمعاهد الدينية  
ومحمد ابو الفضل ابراهيم مدير الشؤون المكتبية بدار الكتب ، ومحمد خفاجي  
الاستاذ في كلية اللغة العربية بالازهر .

• مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٢٦ هـ .

— صحيح الامام الترمذي ( يسف الى حرف الجيم ) <sup>جامع</sup>

ابو عيسى الترمذي ، ولد سنة ٢٠٠ وقيل ٢١٠ هـ وتوفى سنة ٢٩٥ هـ .  
مطبوع مع شرحه لابن العربي المالكي .

• الطبعة الاولى ١٣٥٠ هـ / ١٩٣١ م ، المطبعة المصرية بالازهر .

— صحيح الامام مسلم

ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، توفي سنة  
٢٦١ هـ وهو ابن خمس وخمسين .

• مطبعة محمد علي صبيح واولاده بالقاهرة .

( ض )

- ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي

لسليمان محمد احمد - مطبوع بالالة الكاتبة باليد -

رسالة اعدھا مؤلفھا لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الاسلامي من كلية

الشريعة والقانون بجامعة الازھر الشريف ، وذلك عام ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م

باشراف الدكتور عبد الغني محمد عبد الخالق رئيس قسم اصول الفقه بكلية

الشريعة والقانون .

نسخت بدار المصطفى للنسخ والطبع بالقاهرة .

( ط )

- طرق التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والقانون المدني

لاسماعيل عبد الغني اسماعيل سمھان

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، بجامعة الازھر الشريف ، لنيل

درجة الدكتوراه في الفقه الاسلامي ، تحت اشراف الدكتور جميل الشرقاوي

عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، والدكتور محمد انيس عباد ، رئيس قسم

الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالازھر الشريف .

قدمت الرسالة سنة ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م .

مطبوعة بالالة الكاتبة باليد .

( ع )

— عقد الكفالة - دراسة مقارنة -

لسليمان بن وائل بن خريف التويجري، المحاضر بجامعة الملك عبدالعزيز  
حاليا .

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز  
العزير في مكة المكرمة، لنيل درجة الماجستير في الفقه الاسلامي باشراف  
الدكتور محمد شعيبان حسين .  
مطبوعة بالالة الكاتبة باليد .

— العناية على الهداية

للامام اكل الدمين محمد بن محمود الباهرتي، المتوفى سنة ٧٨٦هـ .  
مطبوع مع شرح فتح القدير، والهداية، وحاشية سعدى افندى، ونتائج الافكار .  
الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

( غ )

— غاية البيان شرح زيداين رسلان

لشمس الدين محمد بن احمد الرطل الانصاري، المعروف بالشافعي الصغير  
ولد سنة ٩١٩هـ، وتوفى سنة ١٠٠٤هـ .  
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

- غمزيون البصائر شرح الاشباه والنظائر  
لاحمد بن محمد الحموي، توفي سنة ١٠٩٨ هـ .  
دار الطباعة العامرة ١٢٩٠ هـ .

( ف )

- الفتاوى  
لشيخ الاسلام تقي الدين احمد بن عبد الحلیم بن تيمية، المتوفى سنة  
٧٢٨ هـ .  
الطبعة الاولى ١٣٨٦ هـ، مطبعة حكومة المملكة العربية السعودية .
- الفتاوى البرازية  
للشيخ محمد بن محمد بن شهاب، المعروف بابن البراز، المتوفى ٨٢٧ هـ .  
الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ، المطبعة الكبرى الاميرية .
- الفتاوى الكبرى الفقهية  
لاحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علس  
نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي .  
ولد سنة ٩٠٩ هـ، وتوفى سنة ٩٧٤ هـ .  
مطبعة عبدالحميد احمد هنفي بمصر ١٣٥٧ هـ .  
الناشر : المكتبة الاسلامية .

- الفتاوى الهندية - تعرف بالفتاوى العالمكيرية -  
للعلامة نظام وجماعة من علماء الهند  
الطبعة الثانية . ١٣١ هـ ، المطبعة الكبرى الاميرية .
- فتح الباري بشرح صحيح الامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري  
لاحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ولد سنة ٧٧٣ هـ ، وتوفي سنة ٨٥٢ هـ .  
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيباني  
لاحمد عبد الرحمن البنا ، الشهير بالساعاتي  
مطبوع مع مختصر شرحه ، يبلوغ الاماني من اسرار الفتح الرباني للساعاتي ايضا .  
الطبعة الاولى . ١٣٧٠ هـ .
- فتح العزيز شرح الوجيز  
لابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٢٣٦ هـ .  
مطبوع مع المجموع شرح المهدب وتكلمته والتلخيص الحبير .  
مطبعة التضامن الاخوي .
- فتح القدير - الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير -  
لامحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ .  
الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر .
- الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير  
ليوسف بن اسطعيل النههاني  
مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٥٠ هـ .

— الفروق

لشهاب الدين ، ابو العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصفهاجي

المشهور بالقرافي ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .

دار المصرف للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .

— الفواكه الدواني شرح على رسالة ابي محمد عبدالله بن ابي زيد القيرواني

المالكي

لاحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الازهري المتوفى سنة ١١٢٠ هـ

الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي

واولاده بمصر .

( ق )

— القاموس المحيط

لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الشيرازي ، ولد سنة ٧٢٩ هـ

وتوفى ٨١٧ هـ .

مطبعة السعادة بمصر .

— القواعد في الفقه الاسلامي

للحافظ ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، المتوفى سنة ٧٩٥ هـ .

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٣ م ، مطبعة الصدق الخيرة بمصر .



- القواعد الفقهية

لميرزا حسن الموسوي

• مطبعة الاداب في النجف ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م

- قوانين الاحكام الشرعية ومساائل الفروع الفقهية

لمحمد بن احمد بن جزى الفرناطي، ولد عام ٦٩٣هـ، وتوفي سنة ٧٤٦هـ .

طبعة جديدة منقحة، دار العلم للملايين - بيروت .

- القيود الواردة على استعمال الملكية في الشريعة الاسلامية

لصالح بن عبدالله بن حمد

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الملك عبد

العزیز في مكة المكرمة، لنيل درجة الماجستير في الفقه الاسلامي .

باشراف الدكتور عثمان احمد المرازقي

• منسوخة على الالة الكاتبة ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م

( ك )

- الكتاب

لابي الحسين احمد بن محمد القدوري الهفدادي الحنفي، المولود في

عام ٣٦٢هـ، والمتوفى عام ٤٢٨هـ .

مطبوع مع شرحه للباب، لعبد الغني الخنيسي الدمشقي الميداني احد علماء

القرن الثالث عشر .

تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد .

- كشف القناع عن متن الاقتاع  
لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ .  
راجعه وعلق عليه : الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال ، استاذ الفقه  
والتوحيد بالازهر الشريف .  
الناشر : مكتبة النصر الحديثة بالرياض - المملكة العربية السعودية .
- الكافي في فقه اهل المدينة المالكي  
لابي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، المتوفى  
سنة ٤٦٣ هـ .  
تحقيق : الدكتور محمد محمد احمد ولد مادريك الموريتاني .
- كفاية الطالب الرياني لرسالة ابي زيد القيرواني  
لعلى ابي الحسن المالكي الشاذلي ، مطبوع بهامش حاشية على الصعيدي  
العدوي المالكي .  
مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .
- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام اليزدي  
لعلاء الدين عبدالعزيز بن احمد البخاري ، المتوفى سنة ٧٣٠ هـ .  
طبعة جديدة بالافتتاح ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م ، دار الكتاب العربي  
بيروت - لبنان .

- كشف الخفا ومزيل الالباس عما اشتهر من الاحاديث على السنة الناس  
لاسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، والمتوفى سنة ١١٦٢ هـ .  
اشرف على طبعه وتصحيحه والتعليق عليه : احمد القلاش .  
مطبعة الفنون ، حلب - سوريا .

( ل )

- اللباب في شرح الكتاب  
لعبد الفنى الفنى المشقى الميدانى الحنفى ، واحد علماء القرن  
الثالث عشر .  
تحقيق : محمد محى الدين عبد الحميد .

( م )

- المبدع في شرح المقنع  
لابى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بسن  
مفلح المؤرخ الحنبلى ، المولود سنة ٨١٦ هـ ، والمتوفى سنة ٨٨٤ هـ .  
المكتب الاسلامى .  
— المبسوط  
لشمس الدين محمد بن ابى سهل السرخسى ، والمتوفى سنة ٤٨٣ هـ .  
الطبعة الاولى - مطبعة السعادة بمصر .

- مجمع الانهر شرح ملحق الابهر  
لعبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، المعروف بداماد افندي  
مطبعة دار الطباعة العامة ١٣٢٨ هـ .
- مجمع الزوائد وصنيع الفوائد  
للحافظ نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ .  
مطبوع مع تحرير العراقي وابن حجر .  
الطبعة الثانية ١٩٦٧ م .  
الناشر : دار الكتاب، بيروت - لبنان .
- مجلة الاحكام العدلية  
لجماعة من علماء الدولة العثمانية . مطبوعة مع شرحها لعلو هيدر .  
تعريب : المحامي فهمي الحسيني .  
منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد .
- المجموع شرح المذهب  
لابي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .  
مطبوع مع فتح المزيّن للرافعي، والتلخيص الحبير في تخرّيج احاديث  
الرافعي، وتكلمته .  
مطبعة التضامن الاخوي .
- محاسن التأويل - تفسير القاسمي -  
لمحمد جمال الدين القاسمي، المولود سنة ١٢٨٣ هـ، والمتوفى سنة ١٣٣٢ هـ .

- تصحيح وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي .  
الطبعة الاولى ١٣٨٠هـ - دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي  
الحلبي وشركاه بمصر .
- المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل  
لمجدد الدين ابي البركات المولود سنة ٥٩٠هـ والمتوفى سنة ٦٥٢هـ .  
مطبوع مع النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجدد الدين بن تيمية  
تأليف شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي .  
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م .
- المحكم والمحيط الاعظم في اللغة  
لعلى بن اسماعيل بن سيده ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ .  
تحقيق : عبدالستار احمد فراج .  
الطبعة الاولى ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي  
واولاده بمصر .
- المحلى  
لابي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ .  
الطبعة الاولى ١٣٥٠هـ ، ادارة الطباعة المنيرية بمصر .
- مختار الصحاح  
لمحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، المولود سنة ٥٤٣هـ ، والمتوفى  
سنة ٦٠٦هـ .

- عنى بترتيبه : محمود خاطر بك
- الطبعة الخامسة : طبع بالمطبعة الاميرية ببولاق - القاهرة ١٣٥٨هـ / ١٩٣٩م
- مختصر الانصاف والشرح الكبير فى فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيبانى  
للإمام محمد بن عبد الوهاب، المولود سنة ١١٥هـ، والمتوفى سنة ٢٠٦هـ .  
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- مختصر خليل  
ابو الضياء خليل بن اسحاق بن موسى المالكي، المتوفى فى ١٣ —  
ربيع الاول سنة ٧٧٦هـ .  
صححه وعلق عليه : طاهر احمد الزاوى .  
دار احياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبي .
- مختصر سنن ابي داود  
للحافظ زكى الدين ابي محمد عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى، المتوفى  
سنة ٦٥٦هـ .  
مطبوع مع معالم السنن للخطايب، وتهذيب الامام ابن قيم الجوزية .  
تحقيق : محمد حامد الفقى  
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨هـ / ١٩٤٩م .
- المدخل الفقهى العام  
لمصطفى احمد الزرقا، استاذ القانون المدنى والشريعة الاسلامية فى  
كلية الحقوق بجامعة دمشق .

- الطبعة التاسعة ١٩٦٧ - ١٩٦٨ م مطابع الف باء - الاديب - دمشق .
- المدخل لدراسة الفقه الاسلامي
- لحسين حامد حسان ، استاذ مساعد الشريعة بحقوق القاهرة .
- الطبعة الاولى ١٩٧٢ دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر .
- الناشر : دار النهضة العربية بالقاهرة .
- المدونة الكبرى للامام مالك
- رواية الامام سخنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبدالرحمن بن القاسم
- العتقي عن الامام مالك بن انس رضي الله عنهم .
- الطبعة الاولى ١٣٢٣ هـ ، مطبعة السعادة بمصر .
- مذكرة اصول الفقه على روضة الناظر وجنة الناظر لجن قدامة
- لمحمد الامين بن المختار الشنقيطي
- مطابع دار الاصفهاني وشركاه - جدة - المملكة العربية السعودية .
- من مطبوعات الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة .
- مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية ، على
- مذهب الامام ابي حنيفة النعمان
- لمحمد قدرى باشا
- الطبعة الاولى ١٣٣٨ هـ .
- عني بطبعه : المكتبة المصرية بالعشماوي بمصر .

- المستدرك
- للحافظ ابو عبد الله الحاكم  
طبعة بالا وفت - دار الفكر، بيروت - لبنان .
- مشكاة المصابيح
- لولي الدين محمد بن عبد الله الخطيب العمري التبريزي  
تحقيق : محمد ناصر الدين الالباني  
الطبعة الاولى ١٣٨١هـ / ١٩٦١م - المكتب الاسلامي للطباعة والنشر  
دمشق .
- مشكل الآثار
- لابي جعفر الطحاوي احمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الازدي المصري  
الحنفي، المتوفى سنة ٣٢١هـ .  
الطبعة الاولى ١٣٣٣هـ - مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة  
في الهند - هيدرآباد الدكن .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير
- لاحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المتوفى سنة ٧٧٠هـ .  
تصحیح مصطفی السقا، الاستاذ المساعد بكلية الاداب بجامعة فؤاد الاول .  
مطبعة البابی الحلبي واولاده بمصر .
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي
- لعبد الرزاق السنهوري  
مطابع دار المعارف ١٩٦٧م .



- مطالب اولى النهى فى شرح غاية المنتهى  
لمصطفى السيوطى الرحيمانى . مطبوع مع تجريد زوائد الفاية والشروح  
لحسن الشطى .  
منشورات المكتب الاسلامى - دمشق .
- معجم متن اللغة - موسوعة لغوية حديثة -  
لاحمد رضا - عضو المجمع اللغوى بدمشق .  
دار مكتبة الحياة - بيروت ٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .
- المعجم الوسيط - عن مجمع اللغة العربية -  
لابراهيم مصطفى ، واحمد حسن الزيات ، وحامد عبدالقادر ، ومحمد النجار ،  
واشرف على طبعه : عبدالسلام هارون .  
المكتبة العلمية - طهران .
- المغنى على مختصر ابن القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن احمد الخرقى  
لابى محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المولود سنة ٥٤١ هـ  
والمتوفى سنة ٦٢٠ هـ .  
تحقيق : الدكتور طه محمد الزينى ، الاستاذ بالازهر .  
مطابع سجل العرب ٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .  
الناشر : مكتبة القاهرة .
- مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج  
لمحمد الشربيني الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧ هـ .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م .

- مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة

لمحمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي

مطبعة الفيحاء بمشق ١٣٣١هـ .

- الضائع

بحث نشر في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر في القاهرة عن كلية

الحقوق، العدد الثالث السنة العشرين - ١٩٥٠م - لعل الخفيف،

استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول بمصر .

من مطبوعات : جامعة فؤاد الاول بمصر .

- منتهى الارادات - المسمى دقائق اولي النهي لشرح المنتهى - ينص الحرف المشي

لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي، المولود سنة . . . ١٠٠٠هـ، والمتوفى

سنة ١٠٥١هـ بالقاهرة .

مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦هـ / ١٩٤٧م .

- منحة الخالق على البحر الرائق

لمحمد امين بن عمر، الشهير بابن عابدين، والمتوفى سنة ٢٥٢هـ .

مطبوع بهامش البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم .

الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت لبنان .

— قشهاج الطالبين

• لابي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة ٥٦٧٦ هـ .

• مطبوع مع شرحه للجلال المحلى وحاشيتي القليوبي وعميرة .

• مطبعة دار احياء الكتب العربية .

— منهاج الوصول في علم الاصول

• لعبد الله بن ابي القاسم علي بن عمرو البيضاوي، المتوفى سنة ٥٦٨٥ هـ .

• مطبوع مع شرح البد خشى، وشرح الاسنوى .

• مطبعة محمد علي صبيح واولاده بالازهر بمصر .

— المنهل العذب المورود شرح سنن الامام ابي داود

• لمحمود محمد خطاب السبكي ١/٢

• الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ مطبعة الاستقامة .

— المهذب، في فقه الامام الشافعي

• لابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المتوفى

سنة ٤٧٦ هـ .

• ويذيل صحائفه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، لمحمد بن احمد بن

بطلال الركي .

• الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده

بمصر .

( ن )

- نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار - تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام -  
لشمس الدين احمد بن قودر، المعروف بقاضى زاده افندى، قاضى  
عسكر روملى .
- مطبوع مع الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى، وشرح العناية على  
الهداية للبايرتى، وحاشية سعدى افندى .
- الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م مطبعة الباي الحلبي واولاده بمصر .
- نصب الراية لاحاديث الهداية  
لجمال الدين ابى محمد عبدالله بن يوسف الحنفى الزيلعى، المتوفى  
سنة ٧٦٢هـ .
- مطبوع مع حاشيته : بغية اللمعى فى تخريج الزيلعى .
- الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م .
- الناشر : المكتبة الاسلامية .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء - بحث مقارن -  
لمحمد سلام مذكور - استاذ كرسى الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق، جامعة  
القاهرة .
- الطبعة الثانية ١٩٦٥م، المطبعة العالمية بالقاهرة .

- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب  
لمحمد بن احمد بن بطلال الركبي  
مطبوع مع المذهب للشيرازي .  
الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م مطبعة مصطفى البابي الحلبي  
وولاده بمصر .
- النهاية في غريب الحديث والاثار  
لمجدد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد بن محمد الجوزي  
المعروف بابن الاثير، المولود سنة ٤٤٤هـ، والمتوفى سنة ٦٠٦هـ .  
مطبوع بهامشه الدر النثير تلخيص نهاية ابن الاثير للجلال السيوطي .  
طبعة قديمة جدا، لم يذكر عليها تاريخ الطباعة، ولا اسم المطبعة التي  
طبع فيها الكتاب .
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي  
لشمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين  
الرملي المنوفى المصرى الانصارى، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى  
سنة ١٠٠٤هـ .  
مطبوع معه : حاشية الشبراطس، وحاشية المغربي الرشيدى .  
الناشر : المكتبة الاسلامية .

- نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير شرح منتقى الاخبار  
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .  
دار الجيل - بيروت لبنان ١٩٧٣ م .
- نيل المرام في تفسير آيات الاحكام  
لمحمد صديق خان  
الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م - مطبعة السعادة .

( ه )

- الهداية شرح بداية المبتدى  
لبرهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني، المتوفى سنة ٥٩٣ هـ .  
مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام، والعناية للباهرتي وهاشمية  
سعدى افندى .  
الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م - مطبعة مصطفى الباي الحلبي  
واولاده بمصر .