

المطلب الثاني

الكفالة

وفيه مسألتان:

- المسألة الأولى: عدم اشتراط تعيين الكفيل في الكفالة.**
- المسألة الثانية: تضمين الصانع إذا قامت البينة على هلاكه**
عندهم من غير تعد، ولا تفريط.

المسألة الأولى: عدم اشتراط تعيين الكفيل في الكفالة.**الفرع الأول: ويشتمل على:****أولاً: التمهيد.**

من أنواع الشروط الصحيحة في العقود الشروط التي هي من مصلحة العقد، أي تتعلق به مصلحة تعود على المشتري من المتعاقدين كشرط الكفيل فيصح البيع بشرط أن يتكفل به كفيل.

وقد اختلف أهل العلم في الاعتبار في الكفيل فهل تكفي المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب أو الوصف كقوله: رجل موسر أو يكفي وجود كفيل بغض النظر عن اسمه ونسبه ووصفه.

وقد تشدد بعض العلماء كالحنفية^(١) في الكفيل فاشتروا حضوره مجلس العقد.

ثانياً: تصوير المسألة.

إذا شرط البائع على المشتري تقديم كفيل فهل يشترط في هذا الكفيل أن يكون معيناً إما بالاسم والنسب أو بالمشاهدة أو بالوصف أم يكفي وجود كفيل ولو لم يكن معيناً؟.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

إذا كان الكفيل معيناً بالاسم والنسب أو بالمشاهدة فإن ذلك كاف في صحة الكفالة. واختلفوا فيما إذا لم يعين الكفيل وقت العقد كما لو تم البيع بشرط الكفيل وأُطلق، فهل يصح هذا الشرط؟ ومن ثم مدى صحة البيع حينذاك.

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٦/٦.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

جاء في روضة الطالبين: ((وقال القاضي ابن كج^(١): لا يشترط تعيين الكفيل فإذا أطلق أقام من شاء كفيلاً وهذا شاذ مردود))^(٢).

وجاء في المجموع: ((قد ذكرنا أنه يصح البيع بشرط الرهن والكفيل والإشهاد فيصح البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن أو يقيم كفيلاً به أو يشهد عليه سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً ويجوز أيضاً أن يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالعهد ويشترط تعيين الرهن والكفيل والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه وفي الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا يكفي الوصف كقوله: رجل موسر ثقة هكذا ذكره الأصحاب ونص عليه ونقله الرافعي عنهم ثم قال: ولو قال قائل الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف لم يكن مبعداً وقال ابن كج: لا يشترط تعيين الكفيل فإذا أطلق أقام من شاء كفيلاً وهذا شاذ مردود))^(٣).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلتها.

القول بعدم اشتراط تعيين الكفيل في الكفالة هو المذهب عند المالكية^(٤) وقول ابن كج من الشافعية^(٥).

وقد اشترط المالكية على المشتري في هذه الحالة أن يقدم كفيلاً ثقة جاء في المدونة: ((قلت: وكذلك إن كان اشترط عليه أن يعطيه حميلاً بحقه ولم يسمه فالبيع جائز ويجبر على

(١) يوسف بن أحمد بن يوسف، أبو القاسم، الدينوري، المعروف بابن كج. فقيه، من أئمة الشافعية، وولي قضاء الينور، وقال ابن خلكان: صنف كتباً كثيرة انتفع بها الفقهاء. وقال السبكي: كان يضرب المثل في حفظه لمذهب الشافعي. وارتحل الناس إليه من الآفاق توفي سنة ٤٠٥ هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان [٦٣/٦] ، طبقات الشافعية [٢٩/٤] .

(٢) روضة الطالبين ٨٦/١.

(٣) المجموع ٣٥٧/٩.

(٤) يُنظر: مواهب الجليل ٣٧٦/٤.

(٥) يُنظر: المجموع ٣٥٧/٩.

أن يعطيه حملاً ثقة بحقه؟ قال: نعم^(١).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قياساً على الرهن^(٢) فكل منهما يجوز التوثيق به وإن لم يسم وقد قالوا في الرهن كما جاء في المدونة: ((قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة إلى أجل على أن أعطيه بالثمن رهناً ولم أسم له الرهن أيجوز هذا البيع أم لا؟ قال: هذا البيع جائز وعليه أن يعطيه ثقة من حقه رهناً لأنه من اشترى على أن يعطي رهناً فإنما الرهن في ذلك الثقة ولم يقع الثمن على شيء من الرهن فيفسد البيع فالبيع جائز^(٣)).

ونوقش: بعدم التسليم بل يشترط في الرهن أن يكون معيناً.

الدليل الثاني: أن الكفيل والرهن وثيقة فجاز شرطها مطلقاً كالشهادة^(٤).

ونوقش: بأن القياس مع الفارق فإن الشهادة لها عرف في الشرع حملت عليه^(٥).

(١) المدونة ١٦٥/٩.

(٢) يُنظر: المدونة ١٦٥/٩.

(٣) المدونة ١٦٥/٩.

(٤) يُنظر: المغني ٢٤٦/٤.

(٥) يُنظر: المغني ٢٤٦/٤.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أنه لا بد من تعيين الكفيل وهو مذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣). واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن الغرض من الكفالة وهو الاستيثاق يفوت بعدم تعيين الكفيل لأن المشتري ربما يعطي كفيلاً غير مليء، وليس ذلك من التوثق في شيء^(٤).

الدليل الثاني: أن الغرض يختلف باختلاف من يضمن كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون^(٥).

الدليل الثالث: أن عدم تعيين الكفيل يفضي إلى المنازعة؛ لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق^(٦).

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ١٧٢/٥، تبين الحقائق ٧٧/٦.

(٢) والمعتبر عندهم في الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا يكفي الوصف كقوله: رجل موثر ثقة هذا هو المنقول للأصحاب ولو قال قائل الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله لم يكن مبعداً. يُنظر: روضة الطالبين ٦٨/٣.

(٣) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٣٢/٢، مطالب أولي النهى ٧٥/٣.

(٤) يُنظر: المحيط البرهاني ٤١٧/٦.

(٥) يُنظر: المهذب ٣٤٠/١.

(٦) يُنظر: المحيط البرهاني ٤١٧/٦، المغني ٢٤٦/٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

عند التأمل في القول بعدم اشتراط تعيين الكفيل في الكفالة يتضح لنا أنه يستند على أدلة لها اعتبارها، ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً، ويمكن القول بأن هذا الرأي لا يعارض القائلين باشتراط تعيين الكفيل إذا علمنا أن من اختاره اشترط على المشتري أن يقدم كفيلاً ثقة، وعليه فلا يثبت شذوذ هذا القول.

ثانياً: الترجيح.

الراجح من القولين هو القول باشتراط تعيين الكفيل وذلك لأن عدم تعيين الكفيل مفضٍ إلى المنازعة، ولأن عدم تعيينه يؤدي إلى زوال الغرض من الكفيل وهو الاستيثاق وكيف يكون الاستيثاق من مجهول؟.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من ثمرات الخلاف في هذه المسألة:

- أنه إذا اشترط الكفيل ولم يعينه المشتري فعلى القول الأول يكون البيع صحيحاً ويعين المشتري كفيلاً، وعلى القول الراجح يثبت للبائع الخيار عند الشافعية وعند الحنابلة يفسد العقد.

وجاء في البحر الرائق: ((وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد))^(١).

وجاء في المدونة ((قلت: وكذلك إن كان اشترط عليه أن يعطيه حميلاً بحقه ولم يسمه فالبيع جائز ويجبر على أن يعطيه حميلاً ثقة بحقه؟ قال: نعم، قلت: ولا عذر له ولا يفسخ البيع قال: نعم وهذا مثل الرهن))^(٢).

وجاء في المهذب: ((وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن؛

(١) البحر الرائق ٢٨٦/٨.

(٢) المدونة ١٦٥/٩.

لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجز حتى يعين لأن الثقات يتفاوتون فإن لم يف به بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار كما لو شرط له رهنا ولم يف له بالرهن^(١).

وجاء في المغني: ((وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالباع جائر فإن أبي تسليم الرهن أو أبي الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا حميل، والحميل الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال: ضمين وحميل وقبيل وكفيل زعيم وصبير بمعنى واحد وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً إذا كان معلوماً ولذلك قال الخرقي^(٢): يعرفانه في الرهن والضمين معا ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض وأما الضمين فيعلم بالإشارة إليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول: رجل غني من غير تعيين لأن الصفة لا تأتي عليه ولو قال: بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق^(٣).

(١) المذهب ٣٤٠/١.

(٢) عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي، أبو القاسم. فقيه حنبلي. من أهل بغداد. رحل عنها لما ظهر فيه سب الصحابة. نسبته إلى بيع الخرق. له تصانيف احترقت، وبقي منها: المختصر في الفقه يُعرف بمختصر الخرقي. توفي بدمشق سنة ٣٣٤هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان: [٣٧٩/١] طبقات الحنابلة: [٧٥/٢].

(٣) المغني ٢٤٥/٤.

المسألة الثانية: تضمين الصناع إذا قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تعد، ولا تفريط.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

الصناع جمع صانع والصانع هو الأجير المشترك كما قال ابن قدامة: ((فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى))^(١)، ذلك أن الأجراء على ضربين خاص ومشارك: فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشارك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته^(٢).

ثانياً: تصوير المسألة.

مما يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن دراستنا هنا على ما إذا أقام الصناع البيئة على أن هلاك المصنوعات المدفوعة إليهم من غير تعد ولا تفريط منهم فهل يكون عليهم ضمان أم لا؟.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعد أو تفريط جسيم يضمن^(٣).

واختلفوا فيما أقام الصناع البيئة على أن هلاك المصنوعات المدفوعة إليهم من غير تعد منهم ولا تفريط، فهل يضمنون التلف أم لا؟

(١) المغني ٣٠٥/٥.

(٢) يُنظر: المغني ٣٠٥/٥.

(٣) يُنظر: الموسوعة الفقهية ٢٩٧/١.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

قال ابن رشد: ((وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ))^(١).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلتة.

القول بتضمين الصناع إذا قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط قول أشهب من المالكية^(٢) وقول عند الشافعية^(٣).
واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث سمرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))^(٤).

ونوقش بأن الحديث لا يتناول الإجارة؛ لأن الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب^(٥).
الدليل الثاني: يروى عن عمر، تضمين بعض الصناع^(٦).

(١) بداية المجتهد ١٨٨/٢.

(٢) يُنظر: التاج والإكليل ٤٣٠/٥.

(٣) يُنظر: المجموع ١٥٨/١٤.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة باب في تضمين العارية برقم (٣٥٦١)، والترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداه برقم (١٢٦٦)، والنسائي في كتاب العارية باب المنيحة برقم (٥٧٨٣) والحاكم في المستدرک ٥٥/٢.

قال الترمذي في السنن (٥٦٦/٣): ((حديث حسن صحيح)) وقال الحاكم في المستدرک (٥٥/٢): ((حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه))، وقال الشيخ تقي الدين في الإلمام (٢٢٥/١): ((وفي الإسناد الحسن البصري ثقة مدلس وقد عنعن))، وقال ابن حجر في التلخيص (١٢٨/٣): ((الحسن مختلف في سماعه من سمرة))، وقال ابن حزم في المحلى (١٧٢/٩): ((وهذا منقطع لأن قتادة لم يدرك سمرة)).
(٥) يُنظر: بدائع الصنائع ٢١٠/٤.

(٦) أخرجه البيهقي في كتاب الصلح باب تضمين الأجراء، السنن ١٢٢/٦.

قال ابن الملقن في البدر المنير (٤٥/٧): ((هذا يروى عنهما - عمر وعلي - بضعف))، وضعفه الشافعي في الأم

ونوقش بأن فعل عمر ~~عليه~~ يحتمل أنه كان في بعض الأجراء، وهو المتهم بالخيانة^(١).
الدليل الثالث: ما روي عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك^(٢).

الدليل الرابع: أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير^(٣).
ونوقش بأنه يخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها^(٤).

الدليل الخامس: أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير الخاص والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه، بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه^(٥).

الدليل السادس: أنه كما وجب أن يضمنوا لمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنهم بالبينة حسماً للذريعة؛ لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من

(٤١/٤)، وقال النووي في المجموع (٩٩/١٥): ((وقد روى فيه شيء عن عمر وعلي وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما))، وقال ابن حجر في الدراية (١٩٠/٢): ((أما عمر فلم أره ويعارض ذلك ما رواه الدارقطني من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه قال: لا ضمان على مؤتمن وإسناده ضعيف)).

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٢١٠/٤.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب الصلح باب تضمين الأجراء. السنن ١٢٢/٦.

قال ابن الملقن في البدر المنير (٤٥/٧): ((هذا يروى عنهما - عمر وعلي - بضعف))، وضعفه الشافعي في الأم (٤١/٤)، وقال النووي في المجموع (٩٩/١٥): ((وقد روى فيه شيء عن عمر وعلي وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما))، وقال ابن حجر في الدراية (١٩٠/٢): ((أما علي فأخرجه الشافعي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصاين ويقول لا يصلح الناس إلا ذلك ومن طريق خلاص عن علي أنه كان يضمن الأجير قال البيهقي وله طريق أخرى عن جابر الجعفي عن الشعبي عن علي وهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً)).

(٣) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٤) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٥) يُنظر: المغني ٣٠٥/٥.

المواضع أصل ذلك شهادة الابن لأبيه^(١).

الدليل السابع: أن من ضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة أصله الغاصب^(٢).

الدليل الثامن: أن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة أصله القرض^(٣).

(١) يُنظر: التاج والإكليل ٤٣٠/٥.

(٢) يُنظر: التاج والإكليل ٤٣٠/٥.

(٣) يُنظر: التاج والإكليل ٤٣٠/٥.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أنه لا ضمان على الصانع إذا لم يفرط أو يتعد^(١)، وهذا مذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قياساً على المودع؛ لأن كل منهما مؤتمن ولم يتعد ولم يفرط^(٦).
الدليل الثاني: أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة^(٧).

الدليل الثالث: أنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب^(٨).

الدليل الرابع: أن الأصل أنه لا يجب الضمان إلا على المتعدي لقوله عز وجل: ﴿يَدْرِي ذَنْبُكَ﴾ البقرة: ١٩٣، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه^(٩).

الدليل الخامس: أنه لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً فإذا استأجره ليدق الثوب لم يكن في هذا ما يدل على السلامة، والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملاً

(١) واختلفوا فاشتراط بعضهم إقامة البيئة على أن هلاكه عند الصانع من غير تعد ولا تفريط وبعضهم من لم يشترط البيئة.

(٢) يُنظر: تحفة الفقهاء ٣٥٢/٢.

(٣) يُنظر: المدونة ٣٩٢/١١.

(٤) يُنظر: المجموع ١٠٩/١٥.

(٥) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٦) يُنظر: العدة شرح العمدة ٣٨/٢.

(٧) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٨) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٩) يُنظر: بدائع الصنائع ٢١٠/٤.

بالإطلاق فصار كالأجير الواحد ومعين القصار^(١).

ونوقش بأن الداخل تحت الإذن: أي الأمر ما هو الداخل تحت العقد، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود، حتى لو حصل ذلك بفعل غير الأجير وجب الأجر، وإذا كان كذلك كان الأمر مقيداً بالسلامة فلم يكن المفسد مأموراً به، بخلاف معين القصار لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له، ولو علل بأن التبرع بالعمل بمثلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم، وبخلاف الأجير الواحد^(٢).

الدليل السادس: قياساً على الرهن^(٣)

ثانياً: القول الثالث وأدلتها.

القول الثالث: التفريق بين ما تلف بفعل الأجير المشترك وبين ما تلف بغير فعله، بحيث إذا كان التلف بفعله فإنه يكون ضامناً له، سواء أكان متعدّياً أم غير متعدّد، قاصداً أم مخطئاً. أمّا ما تلف بغير فعله، فلا يضمنه إن لم يكن منه تعدّد أو تفريط، وهذا القول رواية عند الحنابلة^(٤)، وهو قول الصحابان عند الحنفية^(٥).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أنه إذا تلف بغير فعله كالغرق ونحوه لا يتهم فيه أما إذا تلف بفعله كتلف بين متاعه خاصة فيضمن لأنه يتهم^(٦).

الدليل الثاني: أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة

(١) يُنظر: الهداية شرح البداية ٢٤٥/٣.

(٢) يُنظر: الهداية شرح البداية ٢٤٥/٣.

(٣) يُنظر: المدونة الكبرى ٣٩١/١١.

(٤) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

(٥) يُنظر: تحفة الفقهاء ٣٥٢/٢.

(٦) يُنظر: المغني ٣١٠/٥.

منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون؛ هلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب، والغرق الغالب^(١).

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٢١٠/٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

القول بتضمين الصناع إذا قامت البيئة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط قول يستند على أدلة ظهر وجاهتها، وعليه فلا يمكن الحكم بشذوذه. وقد يكون في هذا القول مصلحة ظاهرة وهي زيادة الحرص والاهتمام من قبل الصناع على ممتلكات الغير إذا علموا بأنهم ضامنون مطلقاً.

ثانياً: الترجيح.

عند التأمل في أقوال هذه المسألة ودراسة أدلتها وعرضها على ميزان المصالح والمفاسد يظهر - والعلم عند الله - أن القول الثالث هو أوسطها ففيه ضمان لحق المستأجرين مع عدم تحميل الأجير المشترك ضمان ما لا يستطيع ضمانه فهو قول وسط بين القولين.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من ثمرات الخلاف في هذه المسألة:

على القول بعدم الضمان إذا لم يفرط أو يتعدى فإنه إذا ضمن شخص آخر عمل الصانع فتلف بغير تعد ولا تفريط من الصانع فلا يجب الضمان. قال ابن قدامة: ((قال في رواية الأثرم^(١) في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل: ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن فقال له: هو ضامن لما دفعه إليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله فعلى هذا إن تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضمانه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضمانه كالغصوب والعواري^(٢))).

(١) أحمد بن محمد بن هانئ الطائي، أو الكلبي، الإسكافي، أبو بكر الأثرم: من حفاظ الحديث. أخذ عن الإمام أحمد وآخرين. له كتاب في علل الحديث وآخر في السنن وناسخ الحديث ومنسوخه. توفي سنة ٢١٦هـ. ينظر ترجمته في: تاريخ بغداد: [١١٠/٥] طبقات الحنابلة: [٦٦/١].

(٢) المغني ٣٤٧/٤.

ومن الثمرات أيضاً أنه على القول بعدم الضمان على الصانع إذا لم يفرط أو يتعدى فإنه يقبل قوله في الرد لأنه أمين.

قال الكاساني: ((ولو اختلف الأجير، وصاحب الثوب فقال الأجير: رددت، وأنكر صاحبه فالقول قول الأجير في قول أبي حنيفة؛ لأنه أمين عنده في القبض، والقول قول الأمين مع اليمين، ولكن لا يصدق في دعوى الأجر، وعندهما: القول قول صاحب الثوب؛ لأن الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد إلا ببينة^(١).

(١) بدائع الصنائع ٢١١/٤.