# تغير وضع اليد
# على مال الغير

## في الفقه الإسلامي

دكتور

كمـــال محمـــد عـــواد

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

# مُقَدِّمَة

الحمد لله الذي شرع لنا من الدين ما تستقيم عليه حياتنا ، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الحكيم العليم بمصالح عباده ، ونشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله الذي ختم الله به الرسالات ، وأتم به النعمة ، وأكمل به الدين ، فاللهم صلي وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

لقد اهتم الإسلام بالتشريع لحماية ملكية الأموال والحقوق بقدر اهتمامه بالتشريع لأسبابها وطوارئها، وذلك نظرا منه لأهمية بقاء سلطة المالك على ماله في رعايته له وحرصه على تنميته وقدرته على الانتفاع به؛ فجعل حرمة المال إحدى حرمات ثلاث، هي – إضافة إلى حرمة المال – حرمة النفس والعرض، تأكيدا منه على دورها الحيوي في سعادة الفرد وازدهار المجتمع؛ وقد سلك في ذلك طريقين، الأول: تحديد الأسباب المشروعة للتملك، وذلك بنحو تكون (اليد) الموضوعة على عين ذلك الشيء أو منفعته من قبل مالكها موضوعة بحق، ومن قبل غيره موضوعة برضا من المالك، طبقا لأحكام واضحة رافعة للتنازع، فما هو (لك) أو (لغيرك) محدد ومعلوم.

الثاني: تشديد النكير على من تجاوز الحد واخترق الحرمة واعتدى على ما لغيره من مال أو حق فظلمه فيه واغتصبه منه، وذلك في العديد من الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة التي لا تكاد تخفى على أحد.

وبيان ذلك أن اليد الموضوعة على المال نوعان : يد ملك ، ويد غير ملك وهى المعروفة بيد القبض ، فأما يد الملك فهى اليد المستولية على الشيء بسبب من أسباب كسب الملكية ، وهى العقد والإرث وإحراز الشيء المباح ، ومن ثم فللمالك كافة عناصر من استعمال واستغلال وتصرف ، أي أن المالك له أن يستعملها

بزراعة أو فيما أعدت له الأرض ، وله أن يؤاجرها ويرهنها ، وله أن يتصرف فيها بالبيع أو الهبة وكافة التصرفات،ولا يضمن المالك ماله سواء هلك أو استهلك([1]) ، وهذا لا يعنينا في هذا البحث .

أما الذي يعنينا في هذا البحث فهى يد غير الملك ، وهى المعروفة بيد القبض ، وهى إما أن تكون بإذن شرعي ، أو بغير إذن شرعي ، فإن كانت بإذن شرعي فهى كل يد خلفت يد المالك في حيازة ملكه ، وتصرفت فيه بولاية شرعية كالوديعة والعارية .

وأما إذا كانت اليد بغير إذن شرعي فهى كل يد لا تستند إلى إذن شرعي من الشارع أو المالك ، وقد قسمها ابن رجب الحنبلي ([2]) في القاعدة التسعين بقوله :" الأيدي المستولية على مال الغير بغير بغير إذنه ثلاثة : **أولاها** : يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما يستولي عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ، ومن ذلك : استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب ، ومنها : استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين ؛ لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور ، ومنها : استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان ، وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين.

**ثانيها** : يد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان ، ومن ذلك : من له ولاية شرعية بالقبض ، ومنها : من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه .

---

([1]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر ، دار الجيل ، ٣/٢٥٨.

([2])القواعد لابن رجب الحنبلي : عبد الرحمن بن أحمد [ابن رجب الحنبلي] ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٦-٢٠٧ .



**ثالثها** : يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان ، وصورة ذلك : اليد العارية التي يترتب عليها الضمان ".

وأما المشهور بين الفقهاء ([3]) فتقسيمهم يد غير الملك ، وهى المعروفة بيد القبض من حيث الضمان وعدمه إلى قسمين : يد أمانة ، ويد ضمان.

فأما يد الأمانة فهى: حيازة الشيء أو المال ، نيابة لا تملكا ، كيد الوديع ، والمستعير ، والمستأجر ، والشريك ، والمضارب وناظر الوقف ، والوصي .

وأما يد الضمان فهى: حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز ، كيد المشتري والقابض على سوم الشراء ، والمرتهن ، والغاصب والمالك ، والمقترض .

وهذه اليد غير المالكة قد يتغير وضعها من يد أمانة إلى يد ضمان والعكس ، فما حكم تغير وضع اليد؟ . ومن ثم نتناول هذا البحث في المباحث التالية :

المبحث الأول : مفهوم وضع اليد ودلالته وكيفيته وأقسامه .

المبحث الثاني : تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان .

المبحث الثالث : تغير وضع يد الضمان إلى أمانة .

المبحث الرابع : أحكام تغير وضع اليد .

---

([3]) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : لأبي بكر مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية ، ٥ /٢٤٨ ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، دار الكتب العلمية ، ٣/٤٨٠ ، القواعد لابن رجب الحنبلي : ٥٣ - ٥٤ .

## المبحث الأول

## مفهوم وضع اليد ودلالته وكيفيته وأقسامه

نتناول في هذا المبحث التعريف بوضع اليد ، ودلالة وضع اليد على الملكية، وأقسام وضع اليد في مطالب أربع :

المطلب الأول : التعريف بوضع اليد .

المطلب الثاني : دلالة وضع اليد .

المطلب الثالث : كيفية وضع اليد .

المطلب الرابع : أقسام وضع اليد .

### المطلب الأول

### التعريف بوضع اليد

نتناول أولا التعريف بوضع اليد ، وثانيا الألفاظ ذات الصلة بوضع اليد:

**أولاً : التعريف بوضع اليد :**

نتناول تعريف اليد لغة واصطلاحا ، ثم التعريف بوضع اليد :

**١- تعريف اليد لغة واصطلاحاً :**

**أ- اليد لغة :** اليد في اللغة مؤنثة، وهي من المنكب إلى أطراف الأصابع، ولامها محذوفة وهي ياء، والأصل : يدي، قيل بفتح الدال، وقيل بسكونها، وجمع القلة أيد، وجمع الكثرة : الأيادي ويدي ويدي مثال فعول.

واليد : النعمة والإحسان ، وتطلق اليد على القدرة، ويده عليه : أي سلطانه، والأمر بيد فلان : أي في تصرفه ، والدار في يد فلان:



أي في ملكه، وأوليته يدا : أي نعمة، والقوم يد على غيرهم : أي مجتمعون متفقون، وبعته يدا بيد : أي حاضرا بحاضر (٤) .

**ب- اليد اصطلاحاً :** لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي(٥)

فقد عرفها بعض الفقهاء (٦) بأنها : عبارة عن القرب والاتصال .

وقال الزركشي (٧):" اليد قسمان حسية ومعنوية : فالحسية : من الأصابع إلى الكوع ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية لا بالحقيقة ومن هنا يقوى الاحتجاج بقوله تعالى ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾ (٨)، ذكر اسم اليد ثم زاد على الاسم إلى المرافق .

أما المعنوية : فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة وهي كناية عما قبلها ؛ لأن باليد يكون التصرف وقد اعتبروها في الإقدام على جواز الشراء منه وإن لم يثبت أنه ملكه ورجحوا بها عند

---

(٤) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، مادة [يد] ،٦٨٠/٢ ، المغرب في ترتيب المعرب : لأبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٩م ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار ، ٣٩٥/٢ .

(٥) رد المحتار على الدر المختار : لمحمد أمين بن عمر [ابن عابدين] ، دار الكتب العلمية ، ١٨٠/٤ ، المغني : لموفق الدين عبد الله بن أحمد [ابن قدامة] ، دار إحياء التراث العربي ، ٨٤/١ .

(٦) أنوار البروق في أنواع الفروق : لأحمد بن إدريس القرافي ، عالم الكتب، ٧٨/٤ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية ، ١٤١/٢ .

(٧) المنثور في القواعد الفقهية : لبدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، وزارة الأوقاف الكويتية ، ٣٧٠/٣-٣٧١ .

(٨) سورة المائدة ، من الآية: ٦ .

تعارض البينتين ولم يجعلوها سببا لجواز شهادة الإنسان لصاحب اليد بالملك على الأصح "

**٢- التعريف بوضع اليد :**

أ-الوضع لغة : من معاني الوضع في اللغة : الترك ، يقال : الشيء بين يديه وضعا تركته هناك ، ويأتي بمعنى الإسقاط ، يقال وضعت عنه دينه أسقطته ([٩]) .

ب-وضع اليد اصطلاحا : تصرف ذي اليد في عين بالفعل ، أو تصرفه فيها تصرف الملاك ([١٠]) .

قال حيدر ([١١]): ذو اليد هو واضع اليد على عين بالفعل - كالساعة في الجيب وكالثياب الملبوسة وكالحيوان المركوب وكالسكنى في البيت ، وذو اليد على الدار هو الساكن فيها وليس من بيده مفتاح أحد غرفها - ، أو الذي يثبت تصرفه في عين وانتفاعه منها تصرف الملاك ، وهو التصرف الذي يتوقف نفاذه أو حله ، إذا ملكا .

ويطلق الفقهاء وضع اليد كذلك ويريدون به وضع اليد الحسية - وهي الجارحة - على شيء ما ([١٢]) .

**ثانياً : الألفاظ ذات الصلة بوضع اليد:**

---

([٩]) المصباح المنير للفيومي : ٦٦٢/٢ ،

([١٠]) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام لعلي حيدر ، دار الجيل ، ٣٣١/٤.

([١١]) درر الحكام لعلي حيدر : ٣٣١/٤ .

([١٢]) المنثور في القواعد الفقهية : ١٠٥/١ .



من الألفاظ ذات الصلة بوضع اليد : الحيازة ، والغصب ، والعقد :

**١- الحيازة :**

أ-الحيازة لغة : ضم الشيء وجمعه يقال : حزت الشيء وأحوزه حوزا وحيازة : ضممته وجمعته ، وكل من ضم إلى نفسه شيئا فقد حازه ([١٣]) .

ب- الحيازة اصطلاحا: هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه ([١٤]).

ووضع اليد أعم من الحيازة .

**٢- الغصب :**

أ- الغصب لغة : الأخذ قهرا وظلما . يقال : غصب الشيء غصبا أخذه قهرا وظلما ، والاغتصاب مثله ([١٥]) .

ب-الغصب اصطلاحا : عرف أبو حنيفة وأبو يوسف الغصب بأنه إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل بفعل في المال ، وقال محمد بن الحسن الشيباني : الفعل في المال ليس بشرط ؛ لكونه غصبا ([١٦]).

---

([١٣]) لسان العرب لابن منظور : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، مادة [حوز] ،٣٣٩/٥، المصباح المنير للفيومي : ١٥٦/١ .

([١٤]) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٣٣/٤ .

([١٥]) لسان العرب لابن منظور : مادة [غصب] ، ٦٤٨/١ ، مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م ، تحقيق : محمود خاطر ، ٤٨٨ .

([١٦]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٤٣/٧

وعرفه المالكية بأنه ([17]) : أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة .
وعرفه الشافعية بأنه([18]):الاستيلاء على حق الغير عدوانا،أي بغير حق .
وعرفه الحنابلة بأنه([19]) : الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق.

وأرى أن التعريف الراجح للغصب هو ما ذكره الشافعية بقولهم بأن الغصب هو :" الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، أي بغير حق " ، وذلك لعمومه للمال وغيره من المنافع ، والكلب والسرجين وجلد الميتة وخمر الذمي وسائر الاختصاصات كحق التحجر ([20]) .

ورغم اختلاف الفقهاء في تعريفهم للغصب إلا أن الصلة بين وضع اليد والغصب أن وضع اليد أعم من الغصب .

**٣- العقد :**

العقد من الألفاظ ذات الصلة باليد من حيث الضمان ، ونتناول تعريف العقد أولا ، وثانيا الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد :

**أ- تعريف العقد :**

([17]) شرح حدود ابن عرفة : لمحمد بن قاسم الرصاع ، المكتبة العلمية ، ٣٥٠ .
([18]) روض الطالب مع أسنى المطالب : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي ، ٢٣٦/٢ ، المنهاج مع مغني المحتاج : ٣٣٤/٣ .
([19]) الفروع لابن مفلح : محمد بن مفلح بن محمد المقدسي ، عالم الكتب ، ٤٩٢/٤
([20]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٣٣٤/٣ .



**١- العقد لغة :** الربط والشد والضمان والعهد ، وهو نقيض الحل ، يقال : عقده يعقده عقدا وتعقادا وعقده ([21])، وفي مختار الصحاح ([22]): عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد ، ويطلق أيضا على الجمع بين أطراف الشيء ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، وفي المصباح ([23]) : قيل : عقدت البيع ونحوه ، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد ، وعاقدته على كذا كذا ، وعقدته عليه بمعنى : عاهدته ، ومعقد الشيء مثل مجلس : موضع عقده ، وعقدة النكاح وغيره : إحكامه وإبرامه ، والجمع عقود ومنه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ ([24]) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾ ([25]) ، أي : أحكامه ، والمعنى:لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة ([26]).

**٢- العقد اصطلاحاً** : يطلق العقد في الاصطلاح على معنيين :
المعنى العام : وهو كل ما يعزمه الشخص أن يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ، كما يقول الجصاص ([27]) ، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودا ؛ لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به ، وسمي اليمين

([21]) لسان العرب لابن منظور : مادة [عقد] ، ٢٩٦/٣ .
([22]) مختار الصحاح للرازي : مادة [عقد] ، ص٤٦٧
([23]) المصباح المنير للفيومي : مادة [عقد] ، ٤٢١/٢ .
([24]) سورة المائدة ، من الآية : ١ .
([25]) سورة البقرة ، من الآية: ٢٣٥ .
([26]) إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم : محمد بن محمد العمادي أبو السعود ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٣٣/١ .
([27]) أحكام القرآن للجصاص: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي،٢٨٥/٣

على المستقبل عقدا ؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك ، وكذلك العهد والأمان ؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك.

ومن هذا الإطلاق العام قول الألوسي في تفسير قوله تعالى : ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ (٢٨) حيث قال : المراد بها يعم جميع ما ألزم عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به(٢٩) .

المعنى الخاص : وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل ، قال الجرجاني (٣٠) : العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول .

وبهذا المعنى عرفه الزركشي (٣١) بقوله : ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما .

ونصت على ذلك المادة [١٠٣] من مجلة الأحكام العدلية (٣٢) بقولها :" العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول" ، وموضوع البحث هنا العقد بالمعنى الخاص .

---

(٢٨) سورة المائدة ، من الآية : ١ .

(٢٩) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : لمحمود الألوسي أبو الفضل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٤٨/٦ .

(٣٠) التعريفات للجرجاني : علي بن محمد بن علي الجرجاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ ، تحقيق : إبراهيم الأبياري، ص١٩٦ .

(٣١) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٩٧/٢ .

(٣٢) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ١٠٥/١ .



**ب- الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد :** إن ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه إذ جعل مقابله شرعا ، كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة ، وكذلك المسلم فيه فإنه لو فسخ أو انفسخ رجع إلى رأس المال لا إلى قيمة المسلم فيه .

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة ، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد (٣٣).

---

(٣٣) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي:٣٣٢/٢،الأشباه والنظائر للسيوطي:٣٦٢

## المطلب الثاني

## دلالة وضع اليد

تدل اليد على أمرين :

**الأول** : التملك : وقد اعتبروها في جواز الشراء منه وإن لم يثبت أنها ملكه، ورجحوا بها عند تعارض البينتين ([٣٤]) .

قال الماوردي" : ولو قامت بينة على أنه باعه هذه العين ولم يقولوا , يقولوا ,هي ملكه حكم بصحة العقد، ولا يحكم له بالملك لأنه قد يبع ما ما لا يملك ويكون له فيها يد إن نوزع فيها " ([٣٥]) .

معنى هذا :أن اليد دلالة ظاهرية على التملك لا حقيقية ، وبها يحكم بصحة العقد ولا يحكم بالتملك لأنه قد يتبين له فيما بعد أنه اشترى منه ما لا يملكه.

وعند الحنفية : أن اليد والتصرف لا يدلان على الملك إلا عند ثبوت أصل الملك في تلك العين، فيكونان دالين على تعيين صاحب اليد، والتصرف رخصة ، ومثاله :لا يشهد لمن في يده صغير يتصرف فيه تصرف الملاك أنه عبده لأن الأصل الحرية([٣٦])

---

([٣٤]) رد المحتار لابن عابدين: ١٧٩/٤ وما بعدها ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : لإبراهيم بن علي [ابن فرحون اليعمري] ، دار الكتب العلمية ، ١٠٧/٢ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن [الحطاب] ، دار الفكر ، ٢٢١/٦ .

([٣٥]) المنثور في القواعد للزركشي : ٣٧٠/٣ .

([٣٦]) العناية شرح الهداية : لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، دار الفكر، ٢٨٤/٨ ، المنثور في القواعد للزركشي : ٣٧٠/٣ .



**الثاني** : القبض أي قبض المبيع قال الكاساني ([٣٧]) " : الأصل في القبض هو الأخذ بالبراجم ([٣٨]) لأنه القبض حقيقة إلا أنه فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل، وفيما لا يحتمل النقل أقيمت التخلية مقامه " .

فاليد دليل على القبض حقيقة، وقد تكون مجازا فيما لا يحتمل الأخذ باليد وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع المطر ونصب شبكة لأجل الصيد([٣٩]) ، لذا فإن مسمى اليد يطلق ويراد به ([٤٠]) :

١- يد ملك : وهي اليد المستولية على الشيء بسبب من أسباب كسب الملكية، وهي العقد، والخلافة بالإرث، وإحراز الشيء المباح.

٢-يد غير الملك ، وهى المعروفة بيد القبض من حيث الضمان وعدمه إلى قسمين : يد أمانة ، ويد ضمان ([٤١]).

---

([٣٧]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢٤٤/٥ .

([٣٨]) البراجم : مفاصل الأصابع كلها ، وفي الحديث :"من الفطرة غسل البراجم " هي العقد التي تكون في ظهور الأصابع يجتمع فيها الوسخ . لسان العرب لابن منظور : مادة [برجم] ، ٤٥/١٢ ، مختار الصحاح للرازي : ٧٣ ، التوقيف على مهمات التعاريف : لمحمد عبد الرؤوف المناوي ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ، بيروت،دمشق،الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ ،تحقيق:د/ محمد رضوان الداية،١٢١.

([٣٩]) درر الحكام لحيدر : ٢٥٨/٣ ، المنثور في القواعد للزركشي : ٤٠٦/٢-٤٠٧

([٤٠]) المرجعان السابقان ، نفس الموضع .

([٤١]) بدائع الصنائع للكاساني : ٥ /٢٤٨ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب: ٤٨٠/٣ ، القواعد لابن رجب الحنبلي : ٥٣ - ٥٤ .

## المطلب الثالث

## كيفية وضع اليد

وضع اليد يكون في كل شيء بحسبه ويختلف ذلك باختلاف ما توضع اليد عليه من عقار أو منقول :

**أولاً** : ففي العقار يحصل وضع اليد عليه بأحد أمور ([42]) :

١-ففي الدار أن يسكن فيها أو أن يحدث أبنية فيها أو أن يتصرف فيها كتصرف المالك بأن يؤاجرها أو يرهنها .

٢-وفي العرصة ([43]) حفر بئر أو نهر أو قناة أو غرس أشجار أو زرع مزروعات أو إنشاء أبنية أو صنع لبن .

٣-وفي الحرج ([44]) والغاب قطع الأشجار منها وبيعها وبالانتفاع منها بوجه قريب من ذلك .

٤-وفي المرعى قلع الحشائش وحفظها أو بيعها أو رعي الحيوانات فيها وما أشبه ذلك من التصرفات.

٥-وفي الحائط الاتصال به اتصال تربيع لا اتصال ملاصقة – التربيع : أن تكون أحجار حائط متداخلة في أحجار حائط آخر ، فعليه في حالة تنازع على حائط ينظر : فإذا كان الحائط متصلا ببناء أحدهما اتصالا تربيعيا أو كان لأحدهما على الحائط جذوع

---

([42]) درر الحكام لحيدر :٤/٣٣١-٣٣٢ ، ٤/٥١٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤/٢٣٣-٢٣٤ .

([43]) يراد بالعرصة هنا : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء . انظر: لسان العرب لابن منظور : مادة [عرص] ، ٧/٥٢ .

([44]) الحرج فيما فسر ابن عباس – رضى الله عنهما – هو : الموضع الكثير الشجر الذي لا يصل إليه الراعية. انظر:لسان العرب لابن منظور:مادة [حرج] ٢/٢٣٣



فيعد الحائط أنه تحت يده ، وسبب تسمية ذلك بالاتصال التربيعي هو : لأن حائطين مع حائطين آخرين محازيين لهما يحيطان مكانا مربعا ، ومخالف الاتصال التربيعي اتصال الملاصقة : وهو أن يكون أحجار حائط أو لبنه متصلة بأحجار الحائط الآخر أو بلبنه بدون أن يكون تداخل فيها ، فلذلك إذا خرق حائط ووضعت في الخرق أحجار الحائط الآخر فالاتصال الذي حصل على هذا الوجه يكون اتصالا تربيعيا – ، أو وضع الجذوع علي الحائط .

وأما بالنسبة لوجود مفتاح باب الدار في يد أحد فلا يكون بمجرد وجوده في يده ذا يد ، فلذلك إذا كان أحد ساكنا في دار ، وأشياؤه موضوعة فيها وكان مفتاح تلك الدار في يد آخر فالواضع اليد على الدار هو الساكن فيها ، وليس حامل مفتاح بابها ([45]) .

قال أصبغ ([46]) : ما حازه الأجنبي على الأجنبي بحضرته وعلمه أي الحيازات كانت من سكنى فقط أو ازدراع أو هدم أو بنيان شأنه أو عظم أو غير ذلك من وجوه الحيازات كلها فذلك يوجبه لحائزه ([47]) .

---

([45]) درر الحكام لحيدر :٤/٣٣١-٣٣٢ ، ٤/٥١٦ .

([46]) هو أصبغ بن الفرج سعد بن نافع . مولى عبد العزيز بن مروان من أهل الفسطاط . فقيه من كبار المالكية بمصر . رحل إلى المدينة إلى مالك ليأخذ عنه ، فدخلها يوم مات ، وصحب ابن القاسم وابن وهب ،وقدمه بعضهم على ابن القاسم . من تصانيفه :"الأصول"،و"تفسير غريب الموطأ "، و" كتاب آداب القضاء". انظر : تهذيب الكمال : ليوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠م ، تحقيق : د/ بشار عواد معروف ، ٣/٣٠٤ ، الديباج المذهب : إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري المالكي ، دار الكتب العلمية، بيروت ،ص ٩٧ .

([47]) تبصرة الحكام لابن فرحون اليعمري : ٢/١٠٠-١٠١ .

**ثانياً** : أما وضع اليد على المنقول فيكون بكل ما يدل على حيازة الشخص له ، كالساعة في الجيب وكالثياب الملبوسة وكالحيوان المركوب([48]) .

قال مطرف ([49]) وأصبغ : ما حازه الأجنبي على الأجنبي من والإماء والدواب والحيوان كله والعروض كلها فأقام ذلك في يديه يختدم الرقيق ويركب الدواب ويحلب الماشية ويمتهن العروض فذلك كله كالحائز ([50]) .

([48]) درر الحكام لحيدر :٤/٣٣١-٣٣٢ .

([49]) مطرف بن عبد الرحمن ( وقيل عبد الرحيم ) بن إبراهيم ، أبو سعيد فقيه مالكي ، سمع من سحنون ويحيى وابن حبيب . كان أيضا بصيرا بالنحو واللغة والشعر والوثائق ، ذا زهد وورع . انظر : الديباج المذهب : ص٣٤٦.

([50]) تبصرة الحكام لابن فرحون اليعمري : ٢/١٠٢ .



## المطلب الرابع

## أقسام وضع اليد

سبق أن ذكرنا بأن المقصود بوضع اليد أي اليد غير المالكة ، وهذه اليد من حيث المعاوضة نوعان : يد ضمان ، ويد أمانة ، فالضمان يدور مع المعاوضة – ولو بحسب المآل – وجودا وعدما، وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في حدود ما ينطوي عليه من معاوضة ويتعلق بها .

فالبيع والصلح عن مال بمال معاوضة محضة والقرض معاوضة انتهاء ومآلا ، لأن المقترض يمتلك مبلغ القرض على أساس أن يرد مثله عوضا عنه .

وأما عقد العارية فإنها ليست من عقود الضمان عند الحنفية والمالكية ، ويد المستعير أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط لخلوها من معنى المعاوضة ، وكذا الوكالة والشركة والوديعة والوصاية، وخالف الشافعية والحنابلة وقالوا إن يد المستعير يد ضمان وأن العارية من عقود الضمان بقول النبي ﷺ في حديث صفوان :" بل عارية مضمونة " ([51]) ([52]).

ومن ثم نتناول هذا المطلب في فرعين ، نخصص الأول منهما في يد الضمان ، والثاني في يد الأمانة .

([51]) سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، دار الفكر ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، ج٢ ص٣١٨ رقم ٣٥٦٣ ، المستدرك على الصحيحين : محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١١ – ١٩٩٠ ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، ج٢ ص٥٤ رقم ٢٣٠٠ ، وصححه الشيخ الألباني، انظر : السلسلة الصحيحة : محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ج٢ ص٢٠٦ رقم ٦٣٠ .

([52])المبسوط للسرخسي : ١١/١٣٤ وما بعدها ، الهداية مع العناية : ٩/٧ وما بعدها ، بدائع الصنائع للكاساني : ٦/٢١٧-٢١٨ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٧/٢٩٩ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٢/٣٢٨ ، المغني لابن قدامة : ٥/١٢٨-١٢٩ ، الإنصاف للمرداوي : ٥/٢٠٠

## الفرع الأول

## يد الضمان

نتناول أولا تعريف يد الضمان ، وثانيا أقسام يد الضمان :

**أولاً : تعريف يد الضمان اصطلاحاً :**

تعددت الأقوال في معنى يد الضمان؛ ومنها : هي اليد التي تخلف يد المالك عدوانا وظلما ([٥٣]) .

وقيل : هي يد الحائز الذي حاز الشيء ظلما بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه أو استيلاء الشخص على مال الغير بدون إذن من مالكه ([٥٤]).

وقيل : هى حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز ، كيد المشتري والقابض على سوم الشراء ، والمرتهن ، والغاصب والمالك ، والمقترض([٥٥])

وأرى أن التعريف المختار أن يد الضمان : هي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي من الشارع أو من المالك ، وكذلك كل يد تستند إلى ولاية ولاية شرعية ودل دليل على ضمان صاحبها، وكل يد ترتبت على يد معتدية من غير استناد إلى ولاية شرعية، أو استندت إلى ذلك ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة ([٥٦])

---

([٥٣]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٢٦/٢ .

([٥٤]) د/وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق سوريا ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م ،١٧٥

([٥٥])الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ٢٥٨/٢٨

([٥٦]) سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، ١٩٨٥ م ، ص٦ .



**ثانياً : أقسام يد الضمان:**

١-اليد غير المأذونة : ويراد بها اليد العادية، وهي ما وضعت على مال الغير عدوانا كيد الغاصب الآثم ([٥٧]) ، وتقدير الغاصب بكونه آثما في غصبه لبيان أن الغصب على ضربين : أحدهما : لا يتعلق به إثم، هو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه ملكه ، والثاني : يتعلق به الإثم، وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه ، وسواء كانت اليد غير المأذونة عادية آثمة أو مخطئة غير آثمة فإنها تضمن لأن الضمان تعويض عما حصل من الضرر بسبب تفويت يد المالك عن ملكه، فلا يراعى القصد في ذلك ما دامت اليد غير مأذونة ([٥٨]) .

٢- اليد المأذونة : وهى كل يد مأذونة من المالك أو ممن له الإذن ودل دليل على ضمانها كتسليم المبيع على سوم الشراء ، فهذه اليد تضمن وإن كان بغير تفريط، وذلك كيد البائع، فإنه إذا تلف المبيع قبل قبل قبضه من قبل المشتري ضمن البائع، وإن كانت يده مأذونة في الحيازة لحين القبض ([٥٩]) ، قال الكاساني ([٦٠]) : إذ المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين، وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده

---

([٥٧]) د/ علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، مطبعة الآداب ، النجف، من مطبوعات جامعة بغداد ،سنة ١٩٧٤ ، رسالة دكتوراه ، ص٦٩.

([٥٨]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٦٢/٧ ، المغني لابن قدامة : ١٥٤/٥ ، القواعد لابن رجب الحنبلي : ٢١٧ – ٢١٨ .

([٥٩]) درر الحكام لحيدر : ٢٧٤/١ ، الفروق للقرافي : ٢٠٩/٢– ٢١١ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ١٧٧/١ – ١٧٨.

([٦٠]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢٣٨/٥ .

سقط الثمن عن المشتري ، لأن اجتماع اليدين في محل واحد في زمان واحد محال.

٣- اليد المأذونة بالانتفاع فقط ، وحصل منها تلف للعين، أي اليد المأذونة بالانتفاع بمنفعة العين كالعارية ، قال الزركشي" : أما القروض والعواري فإنما صارت مضمونة وإن سمح بها صاحبها وأذن فيها ، لأن الآخذ أخذه لمنفعة نفسه بغير عوض، والشيء الذي الذي أبيح له هو المنفعة، فلم يرتفع ضمان العين من أجل إباحة المنفعة " ، وهذا مذهب الشافعية([٦١])

قال ابن قدامة" : إذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه لأن لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لأن ما ضمنت جملته جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب ." ، وهذا مذهب الحنابلة ([٦٢]) .

ومذهب الشافعية والحنابلة هذا يبين أن اليد المؤتمنة وإن كانت مأذونة بالانتفاع كالعارية إلا أنها تضمن إذا حصل تلف لغير ما هو مأذون بإتلافه سواء تعدى أو لا.

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن الوديعة أمانة لا يضمنها من غير تعد تعد ([٦٣]) .

---

([٦١]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٢٦/٢ .
([٦٢]) المغني لابن قدامة : ١٢٩/٥ .
([٦٣]) الفروق للكرابيسي : أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي ، عالم الكتب، ٨٠/٢ ، بدائع الصنائع للكاساني : ٢١٠/٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤١٩/٣ .



٤-اليد المؤتمنة إذا تعدت، كيد الوديع والشريك والوكيل والمقارض إذا تعدت أو جحدت أو قصرت في الحفظ..الخ فيما يعد إخلالا بالأمانة ([٦٤]) .

ومن خلال ما تقدم يتبين أن سبب ضمان اليد هو الحيلولة بين المالك المالك وملكه بغير سبب مشروع ، وأن اليد الضامنة هي يد مبطلة مفوتة ، أي فوتت المنفعة على المالك ، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعا به في حق المالك ، وإعجازه عن الانتفاع به ، وهو تفسير تفويت اليد وإزالتها ([٦٥]) .

وضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك، والملك باق على حاله لأنه لم لم يجر ناقل عن ملكه، والفائت هو اليد والتصرف، فيكون الضمان في مقابلة ما فات، ومتى كانت تخلف يد المالك فلا شيء عليه إلا أن يتعدى، فالمستأجر مثلا : لا سبيل له إلى الانتفاع بالعين إلا بأن يخلف يخلف المالك في اليد، فلا يضمن إلا بالتعدي ([٦٦]) .

---

([٦٤]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٦٢/٣ .
([٦٥]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٤٣/٧ .
([٦٦]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٢٥/٢ .

## الفرع الثاني

## يد الأمانة

نتناول أولا تعريف يد الأمانة ، وثانيا أقسام يد الأمانة :

**أولاً : تعريف يد الأمانة :**

تعددت الأقوال في معنى يد الأمانة ، ومنها : هى اليد التي تخلف يد المالك، إلا أن تتعدى ([٦٧]) ، وقيل هى : سيطرة الشخص على مال الغير بإذن من مالكه أو الشارع على نحو الائتمان ([٦٨]) ، وقيل : يد الأمانة هى حيازة الشيء أو المال نيابة لا تملكا ، كيد الوديع ، والمستعير ، والمستأجر ، والشريك ، والمضارب وناظر الوقف ، والوصي ([٦٩]) .

وقال حيدر ([٧٠]) : "الأمانة اسم للمال غير المضمون ويقال مثلا للوديعة في المادة ( ٧٧٧ ) أمانة في يد المستودع أي أنها غير مضمونة "

قال ابن العربي ([٧١]) في تعريف الأمانات :" اختلف الناس في الأمانات، فقال قوم : هي كل ما أخذته بإذن صاحبه ، وقال آخرون : هي ما أخذته بإذن صاحبه لمنفعته ، قال ، والصحيح أن كليهما أمانة، ومعنى الأمانة اشتقاقا : أنها أمنت من الإفساد"

---

([٦٧]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٢٦/٢ .

([٦٨]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٧٠.

([٦٩]) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٥٨/٢٨

([٧٠]) درر الحكام لحيدر : ٢٣٥/٢ .

([٧١]) أحكام القرآن لابن العربي:محمد بن عبد الله الأندلسي [ابن العربي]،دار الكتب العلمية، ٥٧٠/١ .



وقال القرطبي ([٧٢]) :"والأمانات : الأعمال التي ائتمن الله عليها العباد ، وسميت أمانة لأنها يؤمن معها من منع الحق مأخوذة من الأمن " .

وتلخيص يد الأمانة بأنها : اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه، وتصرفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها.

**ثانياً : أقسام يد الأمانة :**

١-اليد المأذونة من قبل المالك ، وهي ما أذن المالك أو من قام مقامه في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان، أو هي المال المأذون في الاستيلاء عليه من قبل المالك أو من قام مقامه مع الاحتفاظ بملكه له ([٧٣]) كالوديعة والشركة والوكالة والمضاربة والقراض والمساقاة ([٧٤]).

ومثل إذن المالك : إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متول ([٧٥])

ومتى كانت اليد تخلف يد المالك فلا شيء عليه إلا أن يتعدى، ومثاله المستأجر في عدم ضمان العين المستأجرة إذا لم يتعد لأن المالك يأخذ

---

([٧٢]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : محمد بن أحمد القرطبي، ج ٧ص ٣٤٦.

([٧٣]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٦٩.

([٧٤]) الفروق للقرافي : ٢٠٥/٢ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ١٠٤/١.

(٧٥)أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣م ، ص ٤٦٣

العوض على المنفعة، ولا سبيل للمستأجر إلى الانتفاع إلا بأن يخلف المالك في اليد، فلا يضمن إلا بالتعدي ([٧٦])

من خلال ما تقدم يتبين أن اليد التي تخلف يد المالك، بإذن منه في التصرف والاستيلاء هي اليد المؤتمنة التي لا ضمان عليها إلا بالتعدي .

وينقسم الإذن إلى قسمين ([٧٧]) :
الأول : الإذن الصريح : وهذا معروف بأن يصرح له بتصرف معين.
والثاني : الإذن دلالة ، وذلك كما لو مرضت الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى، مرضا لا ترجى حياتها معه، فذبحها فإنه لا يضمنها، لأن ذلك مأذون فيه دلالة .
٢-اليد المأذونة من قبل الشارع، وعبر عنها بعضهم بالأمانة الشرعية، وهي ما أذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان ([٧٨]) ، وذلك كأيدي الأوصياء على أموال اليتامى والحكام على ذلك، وأموال الغائبين والمجانين، فجميع ذلك لا ضمان فيه لأن الأيدي مؤتمنة ([٧٩])

---

([٧٦]) درر الحكام لحيدر : ١٨٧/١ ، المدونة للإمام مالك : مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، دار الكتب العلمية ، ٤٤٣/٤ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٢٧/٢ .

([٧٧]) فقد نصت المادة (٩٦) من مجلة الأحكام العدلية بأنه :" لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه " وهذه المادة مأخوذة من المسألة الفقهية ( لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته ) ، ونصت المادة (٧٧٢) على أنه:" الإذن دلالة كالإذن صراحة ". انظر : درر الحكام لحيدر :٩٦/١ ، ٢٥٤/٢ .

([٧٨]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٦٩.

([٧٩]) الفروق للقرافي : ٢٠٥/٢ .



## المبحث الثاني

## تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان

هناك أسباب وموجبات عديدة لتغير وضع يد الأمانة إلى يد ضمان، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء كالتعدي ، والتفريط ، ومنها ما هو مختلف فيه أو نص عليه بعض الفقهاء دون بعضهم مثل : التجهيل ، واشتراط الضمان على الأمين ، ونبين ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتعدي .
المطلب الثاني : تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتفريط .
المطلب الثالث : تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتجهيل .
المطلب الرابع : تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالاشتراط .

### المطلب الأول

### تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتعدي

نبين أولا مفهوم التعدي ، وثانيا التعدي كسبب موجب للضمان :

**أولاً : مفهوم التعدي :**

١-التعدي لغة : الظلم ، وأصله مجاوزة الحد والقدر والحق . يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته أي : جاوزته ([٨٠]) .

---

([٨٠]) لسان العرب لابن منظور : مادة [عدا] ، ٣١/١٥ ، مختار الصحاح للرازي : ص٤٦٧ .

٢-التعدي اصطلاحا : لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه في اللغة ، فيستعمل بمعنى : الاعتداء على حق الغير ، وبمعنى : انتقال الحكم إلى محل آخر ، كتعدي العلة، والتعدي في الحرمة،وغير ذلك ([٨١]).

**ثانياً : التعدي كسبب موجب للضمان :**

تتغير صفة يد الأمين وتصبح يد ضمان بالتعدي ، فإذا تلف الشيء بعد ذلك ضمنه ، مهما كان سبب التلف ، ولو سماويا .

وإذا وقع اختلاف بين الأمين وصاحب المال فيما يعتبر تعديا على ماله فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص في ذلك ، وقد جاء في المادة [٧١٤] من مجلة الأحكام الشرعية للقاري على مذهب الإمام أحمد :" يرجع معرفة التعدي من عدمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة " ([٨٢]) .

ونبين صور التعدي في بعض عقود الأمانات :

(أ) ففي الإجارة ، يعتبر الأجير أمينا ، سواء كان أجيرا خاصا أو مشتركا ، والمتاع في يده أمانة ، فلا يضمن ما هلك في يده من مال، أو ما هلك بعمله إلا بالتعدي أو التقصير ، ونبين بشيء من التفصيل الأجير الخاص والأجير المشترك ومدى تضمينهما :

١-تعريف الأجير الخاص ، ومدى تضمينه :

٢-تعريف الأجير المشترك ، ومدى تضمينه :

---

([٨١]) المبسوط للسرخسي : ٧٣/١١ ، الأم للإمام الشافعي : ١٧٠/٣ ، المستصفى للإمام الغزالي : محمد بن محمد الغزالي ، دار الكتب العلمية ، ص٣٢٨ .

([٨٢]) مجلة الأحكام الشرعية : أحمد بن عبد الله القاري ، دراسة وتحقيق د/عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، د/محمد إبراهيم أحمد علي ، مطبوعات تهامة بجدة بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠هـ ١٩٨١م ، ص٢٦٣ .



**١- تعريف الأجير الخاص ، ومدى تضمينه :**

**أ-تعريف الأجير الخاص :**

الأجير الخاص : هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة ، يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل في بناء أو خياطة ، أو رعاية ، يوما أو شهرا ، سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس ([٨٣]) .

**ب-مدى تضمين الأجير الخاص :**

الأجير الخاص أمين ، فلا يضمن ما هلك في يده من مال بأن سرق منه أو غاب أو غصب ، أو ما هلك بعمله بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع إذا تعدى،وله الأجرة كاملة([٨٤]) .

أما أنه لا ضمان عليه لما تلف في يده من مال فلأن العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذن رب العمل ، فلا يضمن ، وأما ما هلك بعمله فإن المنافع تصير مملوكة للمستأجر ، لكونه يعمل في حضوره ، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ، ويصير نائبا منابه ، ويصير فعله منسوبا إليه ، كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمن([٨٥])

---

([٨٣]) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق : ١٣٣/٥ ، الدر المختار مع رد المحتار: ٦٩/٦ وما بعدها ، المغني لابن قدامة : ٣٠٥/٥ .

([٨٤]) رد المحتار على الدر المختار : ٧٠/٦ وما بعدها ، العناية شرح الهداية: ١٢٩/٩، درر الحكام لحيدر : ٧١١/١ .

([٨٥]) العناية شرح الهداية : ١٢٩/٩ ، بدائع الصنائع للكاساني : ٢١١/٤ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٤٧٧/٣ وما بعدها ، المغني لابن قدامة : ٣٠٦/٥ .

بل قال المالكية : حتى لو شرط عليه الضمان ، فهو شرط يناقض العقد ويفسد الإجارة . فإن وقع الشرط فسدت الإجارة . فإن عمل فله أجرة مثله ، زادت على المسمى أو نقصت ،وإن أسقط الشرط قبل انقضاء العمل صحت الإجارة([٨٦]) . ومن فقهاء الشافعية من قال : إنه كالأجير المشترك فيضمن ، لقول الشافعي : الأجراء سواء ، وذلك صيانة لأموال الناس ، وكان يقول : لا يصلح الناس إلا ذاك ([٨٧]) .

## ٢-تعريف الأجير المشترك ، ومدى تضمينه :

### أ-تعريف الأجير المشترك :

الأجير المشترك : 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 ، وسمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم ، فيشتركون في منفعته واستحقاقها ، فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ([٨٨]) .

### ب-مدى تضمين الأجير المشترك :

اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعد أو تفريط جسيم : يضمن ، أما إذا تلف بغير هذين ففيه تفصيل في المذاهب : فالصاحبان - أبو يوسف ومحمد - والحنابلة اعتبروا

---

([٨٦]) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي : ٤٥/٤ وما بعدها .
([٨٧]) الأم للإمام الشافعي : ١٠٢/٧
([٨٨]) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق : ١٣٣/٥ ، الدر المختار مع رد المحتار: ٦٩/٦ وما بعدها ، المغني لابن قدامة : ٣٠٥/٥ .



التلف بفعله سواء كان عن قصد أو غير قصد ، أو بتقصير أو دونه، موجبا للضمان ، تابعوا في ذلك عمر وعليا - رضى الله عنهما - ، حفظا لأموال الناس . ومثل ذلك إذا كان التلف بغير فعله، وكان من الممكن دفعه كالسرقة العادية والحريق العادي ، وإلى هذا ذهب بعض متأخري المالكية ، وهو قول للشافعية ، وأما متقدمو المالكية وزفر ذهبوا إلى عدم التضمين ، وهو قول للشافعية أيضا ([٨٩]) .

وذهب أبو حنيفة إلى الضمان إذا كان التلف بفعله ، أو بفعل تلميذه، سواء قصد أو لا ، لأنه مضاف إلى فعله ، وهو لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاح ، وعمل التلميذ منسوب إليه ، وإلى عدم الضمان ، إذا كان بفعل غيره ، وهو القياس ([٩٠]) .

وإذا وجب الضمان على الأجير المشترك ، فإن كانت العين هلكت بعد العمل فالمكتري بالخيار : إن شاء ضمنه قيمته معمولا ، ويحط الأجرة من الضمان ، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يكن عليه أجرة . وإن كان الهلاك الموجب للضمان حصل قبل العمل ضمن قيمته غير معمول . وهو لم يعمل شيئا يستحق أجرا عليه . وهذا ما اتجه إليه الجمهور ، وكذلك إذا هلكت العين هلاكا لا يوجب الضمان فإن الأجير المشترك لا يستحق أجرا لأن الأجر يستحق بالتسليم بعد الفراغ ([٩١]) .

---

([٨٩]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢١١/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٨/٤ وما بعدها ، حاشية قليوبي : ٨٢/٣ ، المغني لابن قدامة : ٣٠٥/٥ وما بعدها ، كشاف القناع للبهوتي : ٣٤/٤
([٩٠]) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق : ١٣٨/٥ ، الهداية مع العناية : ١٢٩/٩.
([٩١]) المبسوط للسرخسي : ٨٠/١١ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٥٠٠/٤ ، معين الحكام للطرابلسي:ص٢٠٠،المغني لابن قدامة:٣٠٧/٥،الإنصاف للمرداوي: ٧٧/٦

(ب) وفي الوديعة ، الأصل فيها أنها أمانة لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ ﴾ ([92]) ، وأنه لا ضمان على المودع في الوديعة،لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:أن النبي ﷺ قال : " من أودع وديعة فلا ضمان عليه " ([93]) ، وقوله ﷺ : { ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان } ([94]) ، ولأن بالناس حاجة

([92])سورة البقرة ، من الآية: ٢٨٣ .

([93]) سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ج٢ ص٨٠٢ رقم ٢٤٠١ ، وحسنه الشيخ الألباني ، انظر : مختصر إرواء الغليل للشيخ الألباني : ص٣٠٥ رقم ١٥٤٧ .

([94]) سنن الدارقطني : علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ – ١٩٦٦ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، ج٣ ص٤١ رقم ١٦٨ ، ١٧٠، سنن البيهقي الكبرى : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة، ١٤١٤ – ١٩٩٤ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، ج٦ ص٩١ رقم ١١٢٦٦ ، مصنف عبد الرزاق : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، ج٨ ص٧٨ رقم ١٤٧٨٢ ، وقال الزيلعي : " أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في " سننيهما " عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : " ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل ضمان " انتهى . قال الدارقطني : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروى هذا من قول شريح غير مرفوع ثم أخرجه من قول شريح ولم يروه عبد الرزاق في " مصنفه " إلا من قول شريح وقال ابن حبان في " كتاب الضعفاء " : عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات ".انظر : نصب الراية لأحاديث الهداية : عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧هـ ، تحقيق : محمد يوسف البنوري ، ٥٦/٤ .



إلى الاستيداع ، فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم ، وأنه لا ضمان على الوديع في الوديعة إلا إذا فرط في حفظها ؛ لأن المفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها أو تعدى على الوديعة ؛ لأن المتعدي متلف لمال غيره فيضمنه([95])
وقد نصت المادة [٧٧٧] من مجلة الأحكام العدلية على أن :" الوديعة أمانة بيد المستودع " بناء عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان ([96]) .

ومن التعدي الموجب للضمان كذلك الخلط : إذا خلط المودع الوديعة بماله خلطا لا يتميز يضمن ؛ لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة ؛ فكان الخلط منه إتلافا ؛ فيضمن، ويصير ملكا بالضمان ، وأما لو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه ؛ لا يضمن وهو شريك لصاحبها ، أما عدم وجوب الضمان ؛ فلانعدام الإتلاف منه ، بل تلفت بنفسها ؛ لانعدام الفعل من جهته ؛ وأما كونه شريكا لصاحبها ؛ فلوجوده معنى الشركة ؛ وهو اختلاط الملكين ([97]) .

وقال السيوطي ([98]) : العوارض المقتضية لضمان الوديعة عشرة نقلا عن الدميري([99]) في منظومته :

([95]) الهداية مع العناية : ٤٨٤/٨

([96]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر : ٢٦٦/٢ .

([97] )بدائع الصنائع للكاساني : ٢١٢/٦ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٨٠/٣ ، المغني لابن قدامة : ٣٠١/٦ .

([98]) الأشباه والنظائر للسيوطي:ص٤٦٨،وذكرها أيضا : سليمان بن محمد البجيرمي في حاشيته المعروفة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب : دار الفكر، ٢٩٥/٣

([99]) هو محمد بن موسى بن عيسى بن علي الكمال ، أبو البقاء ، الدميري الأصل، القاهري . فقيه شافعي ، مفسر ، أديب ، نحوي ، ناظم ، مشارك في غير ذلك . أخذ عن بهاء الدين أحمد السبكي ، وجمال الدين الإسنوي ،

عوارض التضميس عشر ودعها  وسفر ونقلها وجحـــدها
(١٠٠)

وترك إيصاء (١٠١) ودفع مهلك(١٠٢)  ومنع ردها وتصييع(١٠٣)حكي
والانتفاع وكذا المخالفـــة  في حفظها(١٠٤)إن لم يزد من خالفه

---

وكمال الدين النويري المالكي ، وغيرهم. من تصانيفه : " النجم الوهاج شرح منهاج الطالبين " ؛ و " الديباج شرح سنن ابن ماجه " ؛ و " حياة الحيوان الكبرى "؛ و " شرح المعلقات السبع " انظر : طبقات الشافعية : لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٧هـ ، الطبعة الأولى ، تحقيق د/ عبد الحافظ عبد العليم خان ، ٦٢/٤

(١٠٠) من أسباب ضمان الوديعة : إيداعها بغير إذن مالكها بلا عذر عند غيره ولو عند القاضي ؛ لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته ولا عذر ، واستثنى السبكي وغيره ما لو طالت غيبة المالك فأودعها الوديع القاضي . انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب : ٧٦/٣ .

(١٠١) من أسباب ضمان الوديعة : ترك الإيصاء بها ، فعلى ذي مرض مخوف ، أو حبس لقتل إن تمكن من الرد والإيداع والوصية الرد إلى المالك أو وكيله ، ثم إن عجز عن الرد إليهما فعليه الوصية بها إلى الحاكم ، ثم إن عجز فعليه الوصية إلى أمين وإن كان الموصى إليه وارثا ، أو الدفع إليهما ؛ لأن وقت الموت غير معلوم ويده مستمرة على الوديعة ما دام حيا فإن ترك ذلك ضمن ؛ لأنه عرضها للفوات ؛ إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه . انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب : ٧٧/٣ .

(١٠٢) من أسباب ضمان الوديعة : ترك دفع الهلاك عن الوديعة فيجب على الوديع دفع مهلكاتها على العادة . انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب : ٧٨/٣ .

(١٠٣) من أسباب ضمان الوديعة : التضييع لها ؛ لأن الوديع مأمور بحفظها في حرز مثلها وبالتحرز عن أسباب التلف فيضمنها بالتضييع ولو ناسيا لها وذلك كإتلافه لها أو انتفاعه بها أو وضعه لها في غير حرز مثلها ولو خطأ أو غلطا وإن لم يكن متعديا في الخطأ ونحوه ، وإن أخذت منه قهرا لم يضمن إذ لا تقصير منه. انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب : ٨٢/٣-٨٣ .

(١٠٤) من أسباب ضمان الوديعة : المخالفة في الحفظ للوديعة ، بأن أمره بحفظها على وجه مخصوص فعدل إلى آخر وتلفت بسبب المخالفة ضمن . انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب : ٨٠/٣



وقد نصت المادة [٧٨٧] من مجلة الأحكام العدلية على أنه :" إذا هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدي المستودع أو تقصيره يلزم الضمان"(١٠٥)

(ج) وفي العارية ، لا خلاف بين الفقهاء في أن العارية إن تلفت بالتعدي من المستعير فإنه يضمنها ، لأنها إن كانت أمانة كما يقول الحنفية : فالأمانات تضمن بالتعدي ، ومذهب المالكية كذلك فيما لا يغاب عليه ، أي لا يمكن إخفاؤه ، كالعقار والحيوان ، بخلاف ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي فإنه يضمنه ، إلا إذا أقام بينة على أنه تلف أو ضاع بلا سبب منه، وقالوا: إنه لا ضمان في غير ما ذكر. وعند الشافعية والحنابلة يضمن المستعير بهلاك الشيء المعار ، ولو كان الهلاك بآفة سماوية ، أو أتلفها هو أو غيره ولو بلا تقصير . وقالوا : إن تلفت باستعمال مأذون فيه ، كاللبس والركوب المعتاد لم يضمن شيئا ، لحصول التلف بسبب مأذون فيه .

وحجة الحنفية حديث : " ليس على المستعير غير المغل ضمان "(١٠٦) ، والمغل هو الخائن ، ولأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن ، وليس هنا شيء من ذلك . أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان ، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على الاختلاف . وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه

وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع بطريق التعدي ، وما هنا ليس كذلك ، لكونه مأذونا فيه . وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع ، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه .

---

(١٠٥) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ٢٨٩/٢ وما بعدها .

(١٠٦) سبق تخريجه ص٤٦ .

واستدل الشافعية والحنابلة بقول النبي ﷺ في حديث صفوان :" بل عارية مضمونة " ([107]) ، وبقوله ﷺ " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " ([108]) ، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ، ولا إذن في الإتلاف ، فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه العموم .

واستدل المالكية في التفرقة بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن بحمل أحاديث الضمان ، على ما يمكن إخفاؤه ، والأحاديث الأخرى على ما لا يمكن إخفاؤه([109]).

ثم قال الحنفية : إن الإتلاف يكون حقيقة ويكون معنى ، فالإتلاف حقيقة بإتلاف العين كعطب الدابة بتحميلها ما لا يحمله مثلها ، أو استعمالها فيما لا يستعمل مثلها فيه ، والإتلاف معنى بالمنع بعد الطلب ، أو بعد انقضاء المدة ، أو بجحود الإعارة أو بترك الحفظ ، أو بمخالفة الشروط في استعمالها ، فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لأنها واجبة الرد في

---

([107]) سبق تخريجه ص ٣٣ .

([108]) ،([111]) سنن الترمذي : ج٣ ص٥٦٦ رقم ١٢٦٦ ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وقال العسقلاني : والحسن مختلف في سماعه من سمرة ، وزاد فيه أكثرهم : ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه . انظر : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر : ١١٧/٣ ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري .انظر: المستدرك للحاكم النيسابوري : ج٢ ص٥٥ رقم ٢٣٠٢

([109]) المبسوط للسرخسي : ١٣٤/١١ وما بعدها ، الهداية مع العناية : ٧/٩ وما بعدها ، بدائع الصنائع للكاساني : ٢١٧/٦-٢١٨ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ٢٩٩/٧ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٣٢٨/٢ ، المغني لابن قدامة : ١٢٨/٥-١٢٩ ، الإنصاف للمرداوي : ٢٠٠/٥



هاتين الحالتين ، لقوله ﷺ :" العارية مؤداة "([110]) ، وقوله ﷺ " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " ([111]) ، ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب ، فصارت العين في يده كالمغصوب . والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة حال هلاكه ([112]) .

ولم ينص المالكية على المراد بالهلاك عندهم ، ولكن يفهم من كلامهم السابق في إعارة الدواب أن المراد به تلف العين . قالوا : وإن ادعى المستعير أن الهلاك أو الضياع ليس بسبب تعديه أو تفريطه في الحفظ فهو مصدق في ذلك بيمينه ، إلا أن تقوم بينة أو قرينة على كذبه ، وسواء في ذلك ما يغاب عليه وما لا يغاب ([113]).

(د) وفي الوكالة : اتفق الفقهاء على أن الوكيل أمين على ما تحت يده من أموال لموكله فهي بمنزلة الوديعة ، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان يعمل بالأجر أو كان متبرعا بالعمل، لأن الوكيل نائب الموكل – المالك – في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك – الموكل – ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة، وفي

---

([110]) سنن أبي داود : ج٢ ص٣١٩ رقم ٣٥٦٥ ، الجامع الصحيح سنن الترمذي : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، ج٤ ص٤٣٣ رقم ٢١٢٠ ، وصححه الشيخ الألباني ، انظر : السلسلة الصحيحة للألباني : ج٢ ص١٦٦ رقم ٦١٠ .

([111]) مرتبط بهامش ١٠٨

([113]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢١٧/٦-٢١٨ .

([113]) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي : ٥٧٣/٣ – ٥٧٤ .

تعلق الضمان بها ما يخرجها عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها [114]

وعلى ذلك فلا ضمان على الوكيل لما يهلك منها إلا إذا تعدى أو فرط[115]

وفيما يلي بعض حالات التعدي :

١-إذا تعدى الوكيل فيما تحت يده من مال لموكله أو فرط في المحافظة عليه، كان ضامنا لما يتلف منه، فلو حمل على الدابة فوق طاقتها، أو حمل عليها شيئا لنفسه، أو لبس الثوب بدون إذن الموكل ولم يقض العرف بمثل هذا الاستعمال، أو ضيع المال الذي تحت يده من مبيع أو ثمن ولا يعرف كيف ضاع أو وضعه في محل فنسيه كان ضامنا [116] .

٢- إذا خلط الوكيل مال موكله بماله خلطا لا يتميز منه وكان ذلك بدون إذن الموكل وضاع المال كله كان ضامنا لمال موكله، وكذا إذا ضاع أحدهما كان ضامنا له [117] .

٣- إذا طلب الموكل من الوكيل أن يرد ما تحت يده من مال له وجب عليه رده، فإذا امتنع عن ذلك بدون عذر كان ضامنا له .

---

([114]) الفتاوى الهندية : ٥٦٨/٣ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢٥٤/٣ ، كشاف القناع للبهوتي : ٤٨٤/٣-٤٨٥ ، القواعد لابن رجب : ص٦٤ -٦٥ .

([115]) المراجع السابقة ، نفس الموضع .

([116]) الفتاوى الهندية : ٦٣٠/٣ ، مجمع الضمانات : لغانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي ، ص٢٥٩ ، التاج والإكليل لمختصر خليل : ١٨٣/٧ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢٥٤/٣ ، كشاف القناع للبهوتي : ٤٨٥/٣ .

([117])المغني لابن قدامة : ٦٤/٥-٦٥ .



أما إذا امتنع بعذر بأن حال بينه وبين الرد حائل كمرض أو سفر أو غير ذلك لم يكن ضامنا، فإذا زال العذر ولكنه أخر الرد كان ضامنا [118] .

٤- نص الحنفية [119] على أنه لو دفع إلى إنسان مالا ليقضي دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل، وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن، لأن الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل، إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به، فإذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا في الدفع فيلزمه الضمان، وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان عليه، وليس هذا كالوكيل بدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل أنه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبي حنيفة-رحمه الله -،لأن الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة، وأداء الزكاة هو إسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير،ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل،فبقي الدفع من الوكيل تعديا محضا فكان مضمونا عليه

فأما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض، والمدفوع إلى الطالب مقبوض عنه، والمقبوض بجهة الضمان مضمون، كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضا بجهة القضاء، والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض، ويقال : إن قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة، وهو نوع شراء الدين

---

([118]) بدائع الصنائع للكاساني : ٣٧/٦ ، الفتاوى الهندية : ٥٨٧/٣ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢٥٤/٣ ، المغني لابن قدامة : ٦٤/٥-٦٥ .

([119]) بدائع الصنائع للكاساني : ٣٤/٦ - ٣٥ .

بالمال، والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما إذا دفعه على علمه بدفع الموكل، لأن هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء، فبقى تعديا فيجب عليه ضمان التعدي، والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم بدفع الموكل، لأن القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين .

وعلى هذا إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه، وإذا كان عالما بموته ضمن ([120]) .

([120]) بدائع الصنائع للكاساني : ٦/٣٤ – ٣٥ .



## المطلب الثاني

## تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتفريط

نبين أولا مفهوم التفريط ، وثانيا التفريط كسبب موجب للضمان :

**أولاً : مفهوم التفريط :**

١-التفريط لغة : التقصير والتضييع ، يقال فرط في الشيء وفرطه: إذا ضيعه وقدم العجز فيه ، وفرط في الأمر يفرط فرطا أي : قصر فيه وضيعه حتى فات([121]) .

والفرق بين الإفراط والتفريط : أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال ، والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جانب النقصان والتقصير([122]) ، فالنسبة بين الإفراط والتفريط التضاد .

٢-التفريط اصطلاحا : لا يخرج اصطلاح الفقهاء للتفريط عن المعنى اللغوي ، قال ابن قدامة ([123]):" فأما إن تعدى المستودع فيها، أو فرط في حفظها ، فتلفت ، ضمن ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه متلف لمال غيره ، فضمنه ، كما لو أتلفه من غير استيداع " .

وقال الكاساني ([124]) :" أما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان ، فأنواع : منها : ترك الحفظ ".

([121]) لسان العرب لابن منظور : مادة [فرط] ، ج٧ ص٣٦٦ ، التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي : ص١٩٢

([122]) المرجع السابق ، نفس الموضع .

([123]) المغني لابن قدامة : ٦/٣٠٠ .

([124]) بدائع الصنائع للكاساني : ٦/٢١١ .

فالتفريط هو التقصير والضياع ([125]).

**ثانياً : التفريط كسبب موجب للضمان :**

اتفق الفقهاء على أن يد الأمين الحائز تتغير وتتحول بالتفريط إلى يد ضمان ، ومن ثم فإذا فرط المضارب أو الوديع أو المستأجر أو الشريك ونحوهم من الأمناء في المحافظة على ما بحوزتهم من العيان أو الأموال المؤتمن عليها ، فإنه يضمن بتفريطه ، حيث إنه متسبب في تلفها بترك ما وجب عليه في حفظها ([126]) .

وقال الكاساني ([127]) :" ترك الحفظ : يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان؛ لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها ، وذلك بطريق الكفالة ، ولهذا لو رأى إنسانا يسرق الوديعة ، وهو قادر على منعه ضمن ؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد ، وهو معنى قول مشايخ الحنفية إن المودع يؤخذ بضمان العقد ، ومنها ترك الحفظ للمالك ؛ بأن خالفه في الوديعة بأن كانت الوديعة ثوبا فلبسه ، أو دابة فركبها ، أو عبدا فاستعمله ، أو أودعها من ليس في عياله ، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة ؛ لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك ، فإذا حفظ لنفسه ، فقد ترك الحفظ للمالك ، فدخلت في ضمانه " .

---

([125]) التعريفات للجرجاني : ص٤٩ .

([126]) المبسوط للسرخسي : ١١م١٣٢-١٣٣ ، المدونة للإمام مالك : ٢٧٥/٣-٢٧٦ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٢٨٦/٢ ، كشاف القناع للبهوتي : ٤٨٤/٣- ٤٨٥ ، الإنصاف للمرداوي : ٣٩٦/٥-٣٩٧ ، المغني لابن قدامة : ٣٠١/٦-٣٠٢

([127]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢١١/٦-٢١٢ .



هذا وقد ذكر الفقهاء ([128]) أن التعدي يكون غالبا في صورة فعل كإتلاف الوديع أو استهلاكه للوديعة ، وكاستعمالها بدون رضا صاحبها ، وكخلطها بماله ، بحيث لا يتميز وكذا لو أودعه مالا في كيس مختوم ، ففتح ختمه ، وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما . وكذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف فآجرها لأثقل ، أو لأسهل فآجرها لأشق ، كالقطن والحديد .

أما التفريط فيكون غالبا في صورة ترك فعل ، مثل عدم منع الوديع سارق الوديعة من سرقتها مع قدرته على ذلك ، وعدم وضعها في حرز مثلها ، أو يترك سقي الدابة أو علفها حتى ماتت ، أو نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر ، أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن.

وقد ذكر السيوطي ([129]) قاعدة : " كل من ضمن الوديعة بالإتلاف، ضمنها بالتفريط " إلا الصبي المميز ، فإنه يضمنها بالإتلاف على الأظهر ولا يضمنها بالتفريط قطعا ؛ لأن المفرط هو الذي أودعه .

والتفريط الموجب للضمان : هو ما يعد في عرف الناس تهاونا في الحفظ والصون ، لا يفعله العاقل بماله ، ويختلف في كل شيء بحسبه .

---

([128]) الإنصاف للمرداوي : ٣٢٠/٦-٣٢١ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٧٨/٣ ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : لجعفر بن الحسن الهذلي [المحقق الحلي] ، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان ، ١٣١/٢-١٣٢ .

([129]) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٤٦٨ .

## المطلب الثالث

## تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالتجهيل

نبين أولا مفهوم التجهيل ، وثانيا التجهيل كسبب موجب للضمان :

**أولاً : مفهوم التجهيل :**

**١-التجهيل لغة** : النسبة إلى الجهل ، يقال : جهلت فلانا : إذا قلت : إنه جاهل . والجهل : نقيض العلم ، ويكون الجهل أيضا نقيض الحلم ، يقال : جهل فلان على فلان : إذا سفه عليه وأخطأ ، والجهالة : أن تفعل فعلا بغير علم ([١٣٠]) .

**٢-التجهيل اصطلاحاً** : أن لا يبين الأمين قبل موته حال ما بيده للغير من وديعة ، أو لقطة ، أو مال يتيم ونحوه ، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها ، ومات وهو على ذلك ([١٣١]) .

**ثانياً : التجهيل كسبب موجب للضمان :**

الأمين بالتجهيل ضامن ؛ لأنه عند الموت يصير متملكا فيكون ضامنا ([١٣٢])

---

([١٣٠]) لسان العرب لابن منظور : مادة[جهل] ، ١٢٩/١١ ، مختار الصحاح للرازي : ص١١٩

([١٣١]) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر : ١٤٧/٣ ، رد المحتار على الدر المختار : ٦٦٦/٥ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص٨٧-٨٨ .

([١٣٢]) المبسوط للسرخسي:٢٠/٢٢ ، ٦٠،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٢٦/٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب: ٧٧/٣ ،المغني لابن قدامة : ٣٠٧/٦ .



قال الكاساني ([١٣٣]) :" إن الأمين لما مات مجهلا للوديعة ، فقد أتلفها معنى ، لخروجها من أن يكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل ، وهو تفسير الإتلاف ".

وذكر السرخسي ([١٣٤]) :" أن أصل المسألة أن الأمين إذا مات مجهلا للأمانة ؛ فالأمانة تصير دينا في تركته ؛ لأنه بالتجهيل صار متملكا لها ، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ؛ ولهذا : لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك ، حتى يقضي القاضي للوارث والمودع بالتمليك ؛ فيصير ضامنا ، ولأنه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته على أخذها ، والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامنا كما لو دل سارقا على سرقتها ، ولأنه التزم أداء الأمانة ، ومن أداء الأمانة : بيانها عند موته ، وردها على المالك إذا طلب ، فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضا بترك البيان عند الموت ".

وقد أمر الله ﷻ بأداء الأمانات إلى أهلها فقال ﷻ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ ([١٣٥]).

والمراد من الآية جميع الأمانات فيجب على من كانت عنده أمانة – وديعة كانت أو غيرها – أن يبين أمرها حتى لا يفاجئه الموت ولم يعين صاحبها ، فتضيع عليه ، ويكون مسئولا عن تجهيلها ([١٣٦]) .

---

([١٣٣]) بدائع الصنائع للكاساني : ٢١٣/٦ .

([١٣٤]) المبسوط للسرخسي : ١٢٩/١١-١٣٠ .

([١٣٥]) سورة النساء ، من الآية: ٥٨ .

([١٣٦]) معالم التنزيل للبغوي : الحسين بن مسعود الفراء البغوي ، ص٣٨ .

وبناء على هذا الأصل جاء في المادة (١٣٥٥) من مجلة الأحكام العدلية أنه :" إذا أخذ أحد الشريكين مقدارا من مال الشركة ومات أثناء العمل به مجهلا فتستوفى حصة شريكه من تركته ".
أي إذا أخذ أحد الشريكين في شركة عنان أو شركة مفاوضة مقدارا من مال الشركة ومات أثناء العمل به مجهلا حصة الآخر فتستوفى حصة شريكه من تركته سواء كان هذا المال عينا أو دينا ، وذلك إذا توفي أحد الشريكين مجهلا عينا في الشركة فيلزمه ضمانها .
وفي المادة [١٤٣٠] :" إذا مات المضارب مجهلا فيجب الضمان في تركته"([١٣٧]).

وقد ورد في الأشباه والنظائر لابن نجيم ([١٣٨]): الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث : الناظر إذا مات مجهلا غلات الوقف ، والقاضي إذا مات مجهلا أموال اليتامى عند من أودعها . والسلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين عند من أودعها . هكذا في فتاوى قاضي خان([١٣٩]) في باب الوقف ، وفي الخلاصة في باب الوديعة وذكرها الولوالجي ([١٤٠])

---

([١٣٧]) درر الحكام لحيدر : ٣٢٣/٢ .
([١٣٨])الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر : ١٤٤/٣-١٤٧ .
([١٣٩]) هو حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي المشهور بقاضيخان . من كبار فقهاء الحنفية في المشرق . وفتاواه متداولة دائرة في كتب الحنفية . و " أوزجند " بلدة بنواحي أصبهان قرب فرغانة . من تصانيفه : " الفتاوى " و " الأمالي " ، و " شرح الجامع الصغير " ، انظر : سير أعلام النبلاء : لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ، الطبعة التاسعة ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي ، ٢٣٢/١٢ .
([١٤٠]) هو عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرزاق بن عبد الله الولوالجي ، من أهل ولوالج بلدة من طخارستان بلخ سكن بسمرقند ، فقيه حنفي ، قال أبو



وذكر من الصور الثلاث : أحد الشريكين المتفاوضين إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده ، ولم يذكره للقاضي ، فصار المستثنى أربعة . وزاد ابن نجيم عليها مسائل : الأولى الوصي إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه . الثانية : الأب إذا مات مجهلا مال ابنه ذكره فيها أيضا . الثالثة : إذا مات الوارث مجهلا ما أودع عند موته . الرابعة : إذا مات مجهلا لما ألقته الريح في بيته . الخامسة: إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه . السادسة : إذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا . وهذه الثلاث في تلخيص الجامع الكبير للخلاطي ([١٤١]) فصار المستثنى عشرة .

وعند الشافعية ([١٤٢]) : إذا توفي المودع ولديه وديعة ، ولم يردها لصاحبها قبل موته ، ولم يوص بها ، أي لم يعلم بها من يقوم بردها بعد موته من قاض أو أمين أو وارث ضمنها إن تمكن من ردها أو الإيصاء بها ولم يفعل ، بخلاف ما إذا لم يتمكن ، كأن مات فجأة أو قتل غيلة أو سافر بها ، لعجزه عن ذلك ، ومحل ذلك في غير

---

المظفر السمعاني : لقيته ، وسمعت منه ، وكان إماما ، فقيها فاضلا ، حنفي المذهب ، حسن السيرة ، تفقه ببلخ على أبي بكر القزاز محمد بن علي ، وعلي بن الحسن البرهان البلخي . من تصانيفه : " الفتاوى الولوالجية " ، وكتب " الأمالي " عن جماعة من الشيوخ . انظر : طبقات الحنفية : لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي ، طبعة مير محمد كتب خانة ، كراتشي ، ص٣١٣ .
([١٤١]) هو محمد بن عباد بن ملك داد بن الحسن ، أبو عبد الله ، الخلاطي ؛ بكسر الخاء ، نسبة إلى بلد بالروم ، فقيه حنفي . كان إماما فاضلا ، أخذ العلم عن جمال الدين محمود بن عبد السيد الحصيري والحسن قاضيخان . من تصانيفه : " تلخيص الجامع الكبير " في الفقه ، و " مقصد المسند " اختصر به مسند الإمام أبي حنيفة ، و " تعليق على صحيح مسلم " . انظر : طبقات الحنفية : ص٦٢ .
([١٤٢]) أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧٧/٣ وما بعدها ، فتاوى السبكي: ٣٨٧/١ .

القاضي ، أما القاضي إذا مات ولم يوجد مال اليتيم في تركته فلا يضمنه وإن لم يوص به ، لأنه أمين الشرع ، بخلاف سائر الأمناء ولعموم ولايته . ولا أثر لكتابة المودع على شيء : هذا وديعة فلان مثلا ، أو في أوراقه : عندي لفلان كذا إلا إذا أقر به أو قامت به بينة أو أقر به الوارث

والمالكية كذلك في الضمان ، وزادوا طول الزمن ، حيث قالوا : تضمن الوديعة بموت المودع إذا لم يوص بها ولم توجد في تركته، فتؤخذ من تركته ، لاحتمال أنه تسلفها ، إلا أن يطول الزمن من يوم الإيداع لعشر سنين فلا ضمان ، ويحمل على أنه ردها لربها . ، ومحل كون العشر السنين طوالا إذا لم تكن الوديعة ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يسقط الضمان ، ولو زاد على العشرة أخذها ربها إن ثبت بكتابة عليها أنها له بخط المودع أو المودع ([143]) .

ويرى الحنابلة : أنه إذا مات المودع وعنده وديعة ولا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها ، فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء .

هذا ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار سابق من الميت أو ورثته أو ببينة تشهد بها ، وإن وجد عليها مكتوبا وديعة لم يكن حجة عليهم ، لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا ، أو كانت وديعة لمورثهم عند غيره ، أو كانت وديعة فابتاعها . وكذلك لو وجد في أوراق أبيه أن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك ، لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك ([144])

ونخلص من ذلك اتفاق الفقهاء على أن يد الأمانة تتغير إلى يد ضمان بالتجهيل ، لأنه بالتجهيل صار متملكا لها ، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك.

([143])الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤٢٦/٣ .
([144])المغني لابن قدامة : ٣٠٧/٦ .



## المطلب الرابع

## تغير وضع يد الأمانة إلى ضمان بالاشتراط

يحسن أن نتناول في هذا المطلب مفهوم الاشتراط ، ثم اشتراط الضمان على الأمين في فرعين :

### الفرع الأول

### مفهوم الاشتراط

**١-الاشتراط لغة** : مصدر للفعل اشترط ، واشترط معناه : شرط ، تقول العرب : شرط عليه كذا :أي ألزمه به ، فالاشتراط يرجع معناه إلى معنى الشرط .

والشرط ( بسكون الراء ) له عدة معان ، منها : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، كالشريطة ، ويجمع على شرائط وشروط ، والشرط ( بفتح الراء ) معناه العلامة ، ويجمع على أشراط([145]).

والذي يعني به الفقهاء هو الشرط ( بسكون الراء ) وهو إلزام الشيء والتزامه،فإن اشترط الموكل على الوكيل شرطا فلا بد للوكيل أن يتقيد به

([145])لسان العرب لابن منظور: مادة [شرط] ، ٣٢٩/٧ ، مختار الصحاح : ص٣٥٤

**٢-الاشتراط اصطلاحاً** : يختلف تعريف الاشتراط عند الأصوليين عنه عند الفقهاء ، ولبيان ذلك ينبغي تعريفه عند الأصوليين وعند الفقهاء :

**أولاً : تعريف الشرط عند الأصوليين** : هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره ([١٤٦])

والشرط بهذا المعنى يخالف المانع ، إذ يلزم من وجوده العدم . ويخالف السبب ، إذ يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم ، ويخالف جزء العلة ، لأنه يشتمل على شيء من المناسبة ، لأن جزء المناسب مناسب([١٤٧]) ، وتعريف الشرط عند الأصوليين خارج عن محل البحث .

**ثانياً : تعريف الشرط عند الفقهاء :** الشرط عند الفقهاء نوعان : أحدهما : الشرط الحقيقي ( الشرعي ) ، وثانيهما : الشرط الجعلي ، وفيما يلي معنى كل منهما :

**أ - الشرط الحقيقي ( الشرعي ):** هو ما يتوقف عليه وجود الشيء بحكم الشرع ، كالوضوء بالنسبة للصلاة ، فإن الصلاة لا توجد بلا وضوء ، لأن الوضوء شرط لصحتها ، وأما الوضوء فإنه يوجد ولا يترتب على وجوده وجود الصلاة ، ولكن يترتب على انتفائه

([١٤٦]) حاشيتا قليوبي وعميرة : ١/٢٠٠ ، شرح الكوكب المنير : لتقي الدين أبو البقاء [الفتوحي] ، مطبعة السنة المحمدية ، ص١٤١ ، سبل السلام للصنعاني : محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، دار الحديث ، ٢/٢- .

([١٤٧]) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي : لعبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، دار الكتاب الإسلامي ، ٤/١٧٣ – ١٧٤ ، أصول السرخسي : دار الكتاب العربي ، ٢/٣٠٣



انتفاء صحة الصلاة ([١٤٨]) ، والشرط الشرعي خارج عن محل البحث.

**ب - الشرط الجعلي :**

الشرط الجعلي نوعان : **أحدهما : الشرط التعليقي** ، وهو ما يترتب عليه الحكم ولا يتوقف عليه ، كالطلاق المعلق على دخول الدار ، كما إذا قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإن الطلاق مرتب على دخولها الدار ، فلا يلزم من انتفاء الدخول انتفاء الطلاق ، بل قد يقع الطلاق بسبب آخر ([١٤٩]) ، والشرط التعليقي الجعلي خارج عن محل البحث.

**ثانيهما : الشرط المقيد** ، ومعناه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ([١٥٠]) ، أو أنه : ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر ([١٥١]) .

فالشرط بهذين المعنيين يتحقق فيه معنى الاشتراط ، لأن التزام أمر لم يوجد في أمر وجد ، أو اشتراط أمر آخر بعد الجزم بالأصل هو الاشتراط .

والاشتراط عند الفقهاء هو فعل المشترط ، بأن يعلق أحد تصرفاته، أو يقيدها بالشرط ، فمعنى الاشتراط لا يتحقق إلا في

([١٤٨]) شرح الكوكب المنير : ص١١٢ ، التقرير والتحبير في شرح التحرير: لمحمد ابن محمد بن محمد [ابن أمير حاج] ، دار الكتب العلمية ، ٣/٢١٤ ، شرح التلويح على التوضيح : لمسعود بن عمر التفتازاني ، مكتبة صبيح بمصر ، ٢/٢٨٩.

([١٤٩]) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج : ١/١٣٩-١٤٠ .

([١٥٠]) غمز عيون البصائر للحموي : ٤/٤١ ، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني : ٢/٢٨٩ وما بعدها .

([١٥١]) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ١/٣٧١-٣٧٢ .

الشرط الجعلي ، وهذا الشرط الجعلي التقييدي هو المراد في هذا البحث .

والاشتراط التقييدي قسمان : صحيح ، وفاسد أو باطل :

**القسم الأول : الاشتراط الصحيح :**

وضابط الاشتراط الصحيح عند الحنفية : أنه اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو ما يلائم مقتضاه ، أو اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه ، أو اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس ([١٥٢]) .

وضابطه عند المالكية : أنه اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد ، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه([١٥٣]) .

وضابطه عند الشافعية : أنه اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد ، أو اشتراط ما يحقق مصلحة مشروعة للعاقدين ، أو اشتراط العتق لتشوف الشارع إليه([١٥٤]) .

وضابطه عند الحنابلة : أنه اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه ، أو اشتراط

---

([١٥٢]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥٦/٥ وما بعدها .

([١٥٣]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٣-٦٦ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ١٠٢/٣ .

([١٥٤]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٣٨٣/٢-٣٨٤ ، شرح المنهاج مع نهاية المحتاج : ٤٥٦/٣-٤٥٧ .



ما أجاز الشارع اشتراطه ، أو اشتراط ما يحقق مصلحة للعاقدين ([١٥٥]) .

ونخلص من ذلك : اتفاق الفقهاء على ضابط الاشتراط الصحيح وإن اختلفت بعض الألفاظ وهو ما عبر عنه الحنفية بقولهم : "اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو ما يلائم مقتضاه ، أو اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه ، أو اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس"

**القسم الثاني : الاشتراط الفاسد أو الباطل** : وهذا النوع ضربان : أحدهما : ما يفسد التصرف ويبطله ، وثانيهما : ما يبقى التصرف معه صحيحا . وهاك ضابط كل منهما :

**الضرب الأول : ما يفسد التصرف ويبطله :**

وضابطه عند الحنفية : اشتراط أمر يؤدي إلى غدر غير يسير ، أو اشتراط أمر محظور ، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما ، أو للمعقود عليه ( إذا كان هذان الأخيران من أهل الاستحقاق ) ، أو اشتراط ما لا يلائم مقتضى العقد ، ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس ، ولا مما ورد في الشرع دليل بجوازه ([١٥٦]) .

---

([١٥٥]) كشاف القناع للبهوتي : ١٩٠/٣-١٩١ .

([١٥٦]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٦٥/٥ وما بعدها .

وضابطه عند المالكية : اشتراط أمر محظور ، أو أمر يؤدي إلى غدر ، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ([157]) .

وضابطه عند الشافعية : اشتراط أمر لم يرد في الشرع ، أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد ، أو اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة([158]) .

وضابطه عند الحنابلة : اشتراط عقدين في عقد ، أو اشتراط شرطين في عقد واحد ، أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد ([159]) .

ومما سبق يتبين اتفاق الفقهاء على أن اشتراط أمر يؤدي إلى غدر غير يسير ، أو اشتراط أمر محظور ، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ، أو اشتراط ما لا يلائم مقتضى العقد ، ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس ، ولا مما ورد في الشرع دليل بجوازه هو مفسد للتصرف ومبطل له .

**الضرب الثاني : ما يبطل ويبقى التصرف معه صحيحا :**

وضابطه عند الحنفية : كل ما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه ، ولم يرد في الشرع أو العرف دليل بجوازه ، وليس فيه منفعة لأحد

([157]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣/٦٥-٦٦ ،
([158]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢/٣٨٥-٣٨٦ ، شرح المنهاج مع نهاية المحتاج : ٣/٤٥٩-٤٦٠ .
([159]) المغني لابن قدامة : ٧/٢٥٢ ، كشاف القناع للبهوتي : ٣/١٩٣-٩٤ .



المتعاقدين ، أو للمعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق ، فإذا اقترن بالعقد كان العقد صحيحا والشرط باطلا ([160]) .

وضابطه عند المالكية : اشتراط البراءة من العيوب ، أو اشتراط الولاء لغير المعتق ، أو اشتراط ما يخالف مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده([161]) .

وضابطه عند الشافعية : اشتراط ما لا غرض فيه ، أو ما يخالف مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده ([162]) .

وضابطه عند الحنابلة : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، أو اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة ، أو أمر غير مشروع ([163]) .

ومن ثم فاشتراط كل ما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه ، ولم يرد في الشرع أو العرف دليل بجوازه يكون العقد صحيحا والشرط باطلا .

([160]) بدائع الصنائع للكاساني : ٥/١٦٩-١٧٠ .
([161]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣/٦٥-٦٦ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣/١٠٢ .
([162]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢/٣٨٥-٣٨٦ ، شرح المنهاج مع نهاية المحتاج : ٣/٤٥٩-٤٦٠ .
([163]) المغني لابن قدامة : ٧/٢٥٢ ، كشاف القناع للبهوتي : ٣/١٩٣-٩٤ .

## الفرع الثاني

## اشتراط الضمان على الأمين

اشتراط الضمان على الأمين من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء ، كما إذا اشترط الضمان على المضارب أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك وغيرهم على ثلاثة أقوال :

**القول الأول** : لا أثر للشرط في صفة اليد المؤتمنة عند الأكثرين لمنافاته لمقتضى العقد وهو قول الحنفية والمعتمد عند المالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور في مذاهبهم ، وحكى عن الثوري والأوزاعي وإسحاق النخعي وابن المنذر ([164]) .

قال البغدادي ([165]): اشتراط الضمان على المستعير باطل ، وقيل:تصير مضمونة .

وفي الدر المختار : واشتراط الضمان على الأمين باطل ، به يفتى ([166]) ، فلو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المؤجرة ، فالشرط فاسد([167]) .

---

([164]) مجمع الضمانات للبغدادي: ص٥٥ ، الدر المختار مع رد المحتار : ٦٦٤/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٣٦/٣ ، شرح مختصر خليل للخرشي : ١٢٤/٦ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ١٧٠/٢-١٧١ ، حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج : ٢١/٣ ، المغني لابن قدامة : ٣٠٠/٦-٣٠١ ، الإنصاف للمرداوي : ١١٢/٦-١١٣ .

([165]) مجمع الضمانات للبغدادي: ص٥٥ .

([166]) الدرالمختار مع رد المحتار : ٦٦٤/٥ .

([167]) المبسوط للسرخسي : ١٦١/١٥ .



ولو شرط المودع على الوديع ضمان الوديعة فالشرط باطل ، ولا ضمان لو تلفت وكذا الحكم في سائر الأمانات ([168]) .

وعلله المالكية ، بأنه لما فيه من إخراجها عن حقيقتها الشرعية([169]).

ونص القليوبي على أن شرط الأمانة في العارية – وهي مضمونة عند الشافعية إذا هلكت بغير الاستعمال – هو شرط مفسد على المعتمد ، وشرط أن لا ضمان فيها فاسد لا مفسد ([170]) .

وقال الحنابلة : لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، ولو قال الوديع : أنا ضامن لها لم يضمن ما تلف بغير تعد ولا تقصير،لأن ضمان الأمانات غير صحيح([171])

وجاء في نصوص الحنابلة : كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه ، لأن مقتضى العقد كونه أمانة ، فإذا شرط ضمانه ، فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه ، فلم يلزمه ، كما لو اشترط ضمان الوديعة ، أو ضمان مال في يد مالكه . وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه ، لأن مقتضى العقد الضمان ، فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه ، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه ([172]) .

---

([168]) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده [داماد] ، دار إحياء التراث العربي ، ٣٣٨/٢ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لزين الدين بن إبراهيم [ابن نجيم] ، دار الكتاب الإسلامي ، ٢٧٤/٧ .

([169]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٢٢/٣-٤٢٣ .

([170]) حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج : ٢١/٣ .

([171]) المغني لابن قدامة : ٣٠٠/٦-٣٠١ .

([172]) الإنصاف للمرداوي : ١١٢/٦-١١٣ .

**القول الثاني** : قال مطرف من أصحاب مالك : أنه إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خافه صاحب العين من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فيلزمه الشرط إن تلفت في ذلك الأمر الذي خافه ، واشتراط الضمان من أجله ، وإن تلفت فيما سواه لم يلزمه الشرط([173]) .

**القول الثالث** : إن هذا الشرط صحيح ملزم وهو قول أحمد في رواية عنه ، والمالكية في غير المشهور ، والحنفية في المرجوح، وعند قتادة ([174]) والعنبري ([175]) ، إذ الأمين قد رضى لنفسه بذلك

---

([173]) كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي : ٢٧٣/٢ ، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك : لمحمد بن أحمد بن محمد [عليش] ، دار المعرفة ، ٣٦٧/٢ ، شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ص٣٤١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٣٦/٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٥٧٤/٣ .

([174]) هو قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي، من أهل البصرة ، ولد ضريرا، أحد المفسرين والحفاظ للحديث ، وكان مع علمه بالحديث رأسا في العربية ، ومفردات اللغة وأيام العرب ، والنسب . كان يرى القدر . وقد يدلس في الحديث . مات بواسط في الطاعون . انظر : طبقات الحنفية : ص٥٤٨ .

([175]) هو عبيد الله بن الحسن بن حصين بن أبي الحر مالك بن الخشخاش العنبري ، من سادات أهل البصرة علما وفقها ، ولي قضاءها وكان ثقة محمودا ، روى عن عبد الملك العرزمي وغيره ، وروى عنه ابن مهدي وخالد بن الحارث ومحمد بن عبد الله الأنصاري وآخرون، قد خرج له مسلم، وقيل إنه تكلم في معتقده ببدعة . انظر : التاريخ الكبير : لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي ، دار الفكر تحقيق : السيد هاشم الندوي ، ٣٧٦/٥ ، الجرح والتعديل : لعبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي التميمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٢٧١هـ ١٩٥٢م ، الطبعة الأولى ، ٣١٢/٥ ، مشاهير علماء الأمصار:لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي،دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٥٩م،١٥٩/١



التزام ما لم يكن يلزمه واختاره ، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد ، والمسلمون على شروطهم([176]).

جاء في المغني لابن قدامة ([177]) :" وعن أحمد ، أنه سئل عن ذلك، فقال : المسلمون على شروطهم . وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ، ووجوبه بشرطه ؛ لقوله ﷺ : "{ المسلمون على شروطهم} " ([178]) .

وقال ابن نجيم وهو بصدد شرحه لقاعدة العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط ؟ :" وحين تأليف هذا المحل ورد علي سؤال فيمن آجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار ، أذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك ، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط ، فصار كأنه صرح بضمانها عليه ([179])، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير ، تصير مضمونة عندنا في رواية ، ذكره الزيلعي في العارية ، وجزم به في الجوهرة ([180])

---

([176]) الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر : ٣٠٧/١ ، المغني لابن قدامة : ٣١٢/٥ ، نيل الأوطار للشوكاني : محمد بن علي الشوكاني ، دار الحديث ، ٣٥٤/٥-٣٥٥ .

([177]) المغني لابن قدامة : ٣١٢/٥ .

([178]) سنن الترمذي : ج٣ ص٦٣٤ رقم ١٣٥٢ وقال :" هذا حديث حسن صحيح " ، وصححه الألباني . انظر : مختصر إرواء الغليل للألباني : ص٢٥٥ رقم ١٣٠٣ .

([179]) الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر : ٣٠٧/١ .

([180]) مجمع الضمانات للبغدادي : ص٥٥ ، الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر: ٣٠٨/١

٢-الإجازة اصطلاحا : لا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللغوي ([١٨٣]) ، وقد يطلق الفقهاء " الإجازة " بمعنى الإعطاء ، قال الكاساني ([١٨٤]) :" إذا غصب شاة إنسان فضحى بها عن صاحبها من غير إذنه وإجازته أنه لا يجوز " .

ويشترط في الإجازة أن تكون ممن ينعقد به التصرف كالبالغ العاقل، وأن تكون من صاحب الشيء المجاز ، وأن تكون مفهومة ([١٨٥]).

## ثانياً : تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالإجازة :

تتغير اليد من الضمان إلى الأمانة بالإجازة من المالك ، ومثاله : في الغصب، فإنه إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة ، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة([١٨٦])

وفي درر الحكام أيضا ([١٨٧]) :" يبرأ الغاصب بإجازة المغصوب منه قبض الغاصب ، ومن ثم لو غصب أحد من آخر مالا وبعد ذلك أجاز صاحب المال قبض الغاصب كان الغاصب بريئا من

---

([١٨٣]) المحلى بالآثار لابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الفكر ، ٣٥٢/٧-٣٥٣ .

([١٨٤]) بدائع الصنائع للكاساني : ٧٣/٥ .

([١٨٥]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٧٠/٧ وما بعدها ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر : ٥٣٦/٢ ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ وما بعدها

([١٨٦]) المادة [١٤٥٣] من مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ٥٠١/٣-٥٠٢ .

([١٨٧]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر : ٥٣٦/٢ .



الضمان ، لأن الإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضا ، حتى أنه لو أخذ أحد مال آخر وغصبه وسلمه لشخص آخر وأجاز المغصوب منه بعد ذلك هذا التسليم كان صحيحا وبرئ ذلك الشخص من الضمان.

٢-الإجازة اصطلاحا : لا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللغوي ([١٨٣]) ، وقد يطلق الفقهاء " الإجازة " بمعنى الإعطاء ، قال الكاساني ([١٨٤]) :" إذا غصب شاة إنسان فضحى بها عن صاحبها من غير إذنه وإجازته أنه لا يجوز " .

ويشترط في الإجازة أن تكون ممن ينعقد به التصرف كالبالغ العاقل، وأن تكون من صاحب الشيء المجاز ، وأن تكون مفهومة ([١٨٥]).

## ثانيا : تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالإجازة :

تتغير اليد من الضمان إلى الأمانة بالإجازة من المالك ، ومثاله : في الغصب، فإنه إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة ، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة([١٨٦])

وفي درر الحكام أيضا ([١٨٧]) :" يبرأ الغاصب بإجازة المغصوب منه قبض الغاصب ، ومن ثم فلو غصب أحد من آخر مالا وبعد ذلك أجاز صاحب المال قبض الغاصب كان الغاصب بريئا من

---

([١٨٣]) المحلى بالآثار لابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الفكر ، ٣٥٢/٧-٣٥٣ .

([١٨٤]) بدائع الصنائع للكاساني : ٧٣/٥ .

([١٨٥]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٧٠/٧ وما بعدها ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر : ٥٣٦/٢ ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ وما بعدها

([١٨٦]) المادة [١٤٥٣] من مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ٥٠١/٣-٥٠٢ .

([١٨٧]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر : ٥٣٦/٢ .



الضمان ، لأن الإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضا ، حتى أنه لو أخذ أحد مال آخر وغصبه وسلمه لشخص آخر وأجاز المغصوب منه بعد ذلك هذا التسليم كان صحيحا وبرئ ذلك الشخص من الضمان.

## المطلب الثاني

## تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالإبراء

نتناول في هذا المطلب أولاً تعريف الإبراء ، وثانيا تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالإبراء :

**أولاً تعريف الإبراء :**

**١-الإبراء لغة :** التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء ، فالإبراء على هذا : جعل المدين – مثلا – بريئا من الدين أو الحق الذي عليه، والتبرئة : تصحيح البراءة ، والمبارأة : المصالحة على الفراق ([١٨٨]) .

**٢-الإبراء اصطلاحاً :**

الإبراء : هو إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر أو قبله ، فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تجاهه ، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به ، فتركه لا يعتبر إبراء ، بل هو إسقاط محض . وقد اختير لفظ ( إسقاط ) في التعريف – بالرغم من أن في الإبراء معنيين ، هما الإسقاط

والتمليك – تغليبا لأحد المعنيين ، ولأنه لا يخلو من وجه إسقاط ([١٨٩]) .

**ثانياً : تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالإبراء :**

---

([١٨٨]) لسان العرب لابن منظور : مادة [برأ] ، ٣١/١ ، المغرب للمطرزي : ٦٤/١

([١٨٩]) رد المحتار على الدر المختار : ٣٢١/٥ ، فتح القدير لابن الهمام : ٤٢٩/٤ ، درر الحكام لحيدر : ٧٩/٤وما بعدها ،الأشباه والنظائر للسيوطي:ص١٧١-١٧٢



إذا أبرأ المالك صاحب اليد الضامنة أصبحت يد الضامن يد أمانة ، ومثاله : كما لو غصب من داره شيئا ثم رده إلى الدار ، فإن قال المودع أبراتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها ففيه وجهان:أحدهما: لجمهور الفقهاء([١٩٠]) يبرأ من الضمان ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه .

وثانيهما : لزفر من الحنفية ، والرافعي من الشافعية ([١٩١]): أنه لا يصح الإبراء من الضمان ، لأن الإبراء إسقاط ، وإسقاط الأعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت ، وإذا هلكت ضمن .

واستدل الجمهور على صحة الإبراء من الضمان على أن العين صارت مضمونة بنفس الغصب ؛ لأن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح ، كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ([١٩٢]).

والإبراء من الضمان إما صراحة مثل : أبرأتك من الضمان ، أو أسقطته عنك ، أو وهبته منك ونحوه ، أو بما يجري مجرى الصريح : وهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين ، فيبرأ الآخر ؛ لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر ضمنا ([١٩٣]) .

---

([١٩٠]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥١/٧ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : ٢٦١/٧ ، العناية شرح الهداية للبابرتي : ٣٢٢/٩ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٣٦٢/٢ .

([١٩١]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥١/٧ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : ٢٦١/٧ ، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي : ٨١/٣ .

([١٩٢]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥١/٧ .

([١٩٣]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥١/٧ .

## المطلب الثالث

## تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالاشتراط

سبق بيان ضابط الاشتراط بأنه : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو ما يلائم مقتضاه ، أو اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه ، أو اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس .

وأما تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بالاشتراط ، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا شرط عدم الضمان في عقود الضمانات فسد العقد ، وقيل : يلغو الشرط ، ولا يسقط الضمان ؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط ؛ كالمقبوض ببيع ، فالشرط فاسد ، أو كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط ؛ لأنه شرط خلاف مقتضى العقد فاسد .

ويظهر ذلك من خلال ما ذكره الفقهاء :

ذهب الحنفية ([194]) إلى أن مالية الرهن مضمونة ، وأما عينه فأمانة – باعتبار أن عقد الرهن عند الحنفية من عقود الضمان ([195]) – ، وإذا شرط عدم الضمان لو ضاع ، فالرهن جائز ، والشرط باطل .

---

([194]) رد المحتار لابن عابدين : ٤٧٩/٦ ، كنز الدقائق مع البحر الرائق : ٢٨١/٧ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص٩٣ .

([195]) بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقد الرهن عقد أمانة ، لخبر { الرهن من راهنه } أي من ضمانه { وله غنمه وعليه غرمه } فلو شرط كونه مضمونا لم يصح الرهن ، لأن واضع اليد أثبتها بإذن المالك . ينظر : المنهاج مع نهاية المحتاج : ٢٨١/٤ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ١٧٠/٢-١٧١ ، كشاف القناع للبهوتي : ٣٥١/٣ .=



وذهب الشافعية والحنابلة ([196]) إلى أنه لو شرط عدم الضمان في عقود الضمانات مثل العارية – باعتبار أن عقد العارية عندهم عقد

---

=قال ابن حجر :" حديث [ لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ] رواه بن حبان في صحيحه والدارقطني والحاكم والبيهقي من طريق زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعا [ لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه ] ، وأخرجه ابن ماجة من طريق إسحاق بن راشد عن الزهري وأخرجه الحاكم من طرق عن الزهري موصولة أيضا ورواه الأوزاعي ويونس وابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد مرسلا ، ورواه الشافعي عن بن أبي فديك وابن أبي شيبة عن وكيع وعبد الرزاق عن الثوري كلهم عن ابن أبي ذئب كذلك ولفظه [ لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه ] ،وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة ، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله وقوله [ له غنمه وعليه غرمه ] قيل إنها مدرجة من قول ابن المسيب فتحرر طرقه ، قال ابن عبد البر : هذه اللفظة اختلف الرواة في رفعها ووقفها فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما مع كونهم أرسلوا الحديث على اختلاف على بن أبي ذئب ووقفها غيرهم ، وقد روى بن وهب هذا الحديث فجوده وبين أن هذه اللفظة من قول سعيد بن المسيب ، وقال أبو داود في المراسيل قوله [ له غنمه وعليه غرمه ] من كلام سعيد ابن المسيب نقله عنه الزهري وقال عبد الرزاق أنبأنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال [ لا يغلق الرهن ممن رهنه ] ، قلت للزهري أرأيت قول النبي ﷺ [ لا يغلق الرهن ] أهو الرجل يقول إن لم آتك بمالك فالرهن لك ، قال : نعم ، قال معمر : ثم بلغني عنه أنه قال إن هلك لم يذهب حق هذا إنما هلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه " ينظر : تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤م ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، ٣٧/٣ ،وقال الألباني في مختصر إرواء الغليل: ص٢٧٦ رقم١٤١٠ : "مرسل"

([196]) حاشية البجيرمي على المنهج : ١٠١/٣ ، حاشية الجمل : ٤٥٩/٣ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ٢٩٣/٢ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني : ٧٤١/٣

ضمان لا أمانة بخلاف الحنفية – فسدت العارية ، وقيل : يلغو الشرط ، ولا يسقط ضمانها ؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط ؛ كالمقبوض ببيع ، فالشرط فاسد ، وكل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه كالوديعة والرهن ، أو كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط ؛ لأن شرط خلاف مقتضى العقد فاسد.

وبمثل ذلك ذهب المالكية ([١٩٧]) إلى أن الصناع الذين نصبوا أنفسهم للصنعة التي معاشهم منها كالخياطين ضامنون لما غابوا عليه – فيما عملوه في بيوتهم أو حوانيتهم – ، عملوه بأجر أو بغير أجر ، وبهذا قضى الخلفاء الأربعة ولم ينكر عليهم أحد فكان ذلك إجماعا ، ولأن ذلك من المصلحة العامة ؛ لأنهم لو لم يضمنوا ويصدقوا فيما يدعون من التلف لسارعوا إلى أخذ أموال الناس واجترءوا على أكلها .

ولو شرط الصناع عدم الضمان يفسد العقد بالشرط المذكور ؛ لأنه شرط مناف لمقتضى العقد إلا أن يسقطه .

---

([١٩٧]) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني : ١٩٩/٢-٢٠٠ .



## المطلب الرابع

## تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بسقوط الدين

نتناول في هذا المطلب أولا التعريف بالإسقاط ، وثانيا تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بسقوط الدين :

**أولاً : التعريف بالإسقاط :**

نتناول تعريف الإسقاط ، والألفاظ ذات الصلة :

**١-التعريف بالإسقاط :**

**أ-الإسقاط لغة** : من معاني الإسقاط لغة الإيقاع والإلقاء يقال : سقط اسمه من الديوان : إذا وقع ، وأسقطت الحامل : ألقت الجنين ، وقول الفقهاء : سقط الفرض ، أي سقط طلبه والأمر به ([١٩٨]) .

**ب-الإسقاط اصطلاحاً** : هو إزالة الملك ، أو الحق ، لا إلى مالك ولا إلى مستحق ، وتسقط بذلك المطالبة به ، لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل ، وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص والإبراء من الدين([١٩٩]) ، وبمعنى الإسقاط : الحط ، إذ يستعمله الفقهاء بالمعنى نفسه ([٢٠٠]) .

**٢-الألفاظ ذات الصلة بالإسقاط :**

من الألفاظ ذات الصلة بالإسقاط الإبراء ، الصلح ، المقاصة :

---

([١٩٨]) لسان العرب لابن منظور : مادة [سقط] ، ٣١٦/٧ .

([١٩٩]) المبسوط للسرخسي : ١٦٦/١٨ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٨٦/١

([٢٠٠]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ١٦٤/٣ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٢٧٨/٣

أ – الإبراء : سبق تعريف الإبراء بأنه : إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر أو قبله ، وهذا عند من يعتبر الإبراء من الدين إسقاطا محضا ، أما من يعتبره تمليكا فيقول : هو تمليك المدين ما في ذمته ([201]).

وتوسط ابن السمعاني ([202]) فقال : هو تمليك في حق من له الدين، إسقاط في حق المدين ، وهذا بالنظر لبراءة الإسقاط لا لبراءة الاستيفاء .

ويلاحظ أنه إذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تجاهه ، كحق الشفعة ، فتركه لا يعتبر إبراء ، بل هو إسقاط . وبذلك يتبين أن بينهما عموما وخصوصا من وجه ([203]) ، غير أن ابن عبد السلام ([204]) من المالكية يعتبر الإبراء أعم من جهة أخرى ، إذ يقول :

---

([201]) رد المحتار على الدر المختار : ٣٢١/٥ ، فتح القدير لابن الهمام : ٤٢٩/٤ ، درر الحكام لحيدر : ٧٩/٤ وما بعدها ،الأشباه والنظائر للسيوطي:ص١٧١-١٧٢

([202]) هو منصور بن محمد عبد الجبار ، أبو المظفر ، المعروف بابن السمعاني . من أهل مرو . كان فقيها أصوليا مفسرا محدثا متكلما . تفقه على أبيه في مذهب أبي حنيفة حتى برع ، ثم ورد بغداد ومنها إلى الحجاز ، ولما عاد إلى خراسان دخل مرو وألقى عصا السفر ، رجع عن مذهب أبي حنيفة وقلد الشافعي لمعنى من المعاني ، وتسبب ذلك في قيام العوام عليه ، فخرج إلى طوس ثم قصد نيسابور . من تصانيفه " القواطع في أصول الفقه " ، و " البرهان " في الخلاف وهو يشتمل على قريب من ألف مسألة خلافية ، و " تفسير القرآن " .انظر : طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة : ٢٧٣/٢ ، سير أعلام النبلاء للذهبي : ١١٤/١٩ .

([203]) درر الحكام لحيدر : ٧٩/٤-٨٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص١٧١ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٨١/١ ، شرح منتهى الإرادات : ٤٣٣/٢ .

([204]) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف ، من فقهاء المالكية ، كان إماما حافظا عالما بالحديث ، له أهلية الترجيح بين الأقوال ، ولي قضاء الجماعة=



الإسقاط في المعين ، والإبراء اعم منه ، لأنه يكون في المعين وغيره ([205]) .

ب – الصلح :

١–الصلح لغة : اسم بمعنى المصالحة والتوفيق والسلم ([206]) .

٢–الصلح اصطلاحا : عقد يقتضي قطع النزاع والخصومة ، ويجوز في الصلح إسقاط بعض الحق ، سواء أكان عن إقرار أم إنكار أم سكوت ، فإذا كانت المصالحة على أخذ البدل فالصلح معاوضة ، وليس إسقاطا ، فبينهما عموم وخصوص وجهي ([207]) .

ج – المقاصة :

١–المقاصة لغة : يقال تقاص القوم : إذا قاص كل منهم صاحبه في الحساب ، فحبس عنه مثل ما كان له عليه ([208]) .

٢–المقاصة اصطلاحا : المقاصة نوع من الإسقاط ، إذ هي إسقاط ما للإنسان من دين على غريمه في مثل ما عليه ([209]) .

---

=بتونس، أخذ عنه جماعة كابن عرفة ونظرائه . من تصانيفه : " شرح جامع الأمهات لابن الحاجب " في الفقه وله " ديوان فتاوى " ، توفي سنة تسع وأربعين وسبعمائة. انظر: الديباج المذهب :ص ٣٣٦ .

([205]) منح الجليل شرح مختصر خليل : محمد بن أحمد بن محمد [ عليش ] ، دار الفكر:٤٦٩/٦ .

([206]) لسان العرب لابن منظور : مادة [صلح] ، ٥١٦/٢ ، مختار الصحاح للرازي : مادة [صلح ] ، ص٣٥٧ .

([207]) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق : ٢٩/٥-٣٠ ، روض الطالب مع أسنى المطالب : ٢١٤/٢ ، المغني لابن قدامة : ٣٠٨/٤ ، كشاف القناع للبهوتي : ٣٩٠/٣ ، أنيس الفقهاء للقونوي: ص٢٤٥ .

([208]) لسان العرب لابن منظور : مادة [قصص] ، ٧٣/٧ .

([209]) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٢٧/٣ ، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي : ٣٩١/١-٣٩٢ .

فالمقاصة إسقاط بعوض ، في حين أن الإسقاط المطلق يكون بعوض وبغير عوض ، وبذلك تكون المقاصة أخص من الإسقاط .

**ثانياً : تغير وضع يد الضمان إلى أمانة بسقوط الدين :**

سقوط الدين : إذا سقط الدين عن المرتهن تصبح يد المرتهن يد أمانة عند الحنفية ، ومثاله : قال الكاساني ([٢١٠]) :" حتى لو سقط الدين من غير عوض ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ، ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا .

والقياس أن يضمن ، وهو قول زفر ([٢١١]) لأنه سوى بين الإبراء والاستيفاء ، ومن قال بالاستحسان فرق بينهما .

ووجه القياس : أن قبض الرهن قبض استيفاء ، ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ، ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن . ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ؛ ولأن المرهون لما صار مضمونا بالقبض ؛ يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي ؛ لانعدام ما ينقضه .

وأما وجه الاستحسان : أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعي قيام الدين ؛ لأن الضمان هو ضمان الدين ، وقد سقط بالإبراء ؛ فاستحال أن يبقى مضمونا به .

---

([٢١٠]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥٥/٦ .
([٢١١]) بدائع الصنائع للكاساني : ١٥٥/٦ .



## المطلب الخامس

## تغير وضع يد الضمان إلى أمانة

## برجوع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي

نتناول أولا تعريف الوفاق ، وثانيا تغير وضع يد الضمان إلى أمانة برجوع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي :

**أولاً تعريف الوفاق :**

١-الوفاق لغة : الموافقة ، والتوافق : الاتفاق والتظاهر ، ووفق الشيء : ما لاءمه ، وقد وافقه موافقة ووفاقا واتفق معه ، والوفق من الموافقة بين الشيئين([٢١٢])

٢-الوفاق اصطلاحا : لا يخرج استعمال الفقهاء للوفاق عن معناه اللغوي وهو الموافقة والملاءمة بين الشيئين ([٢١٣]) .

**ثانياً :تغير وضع يد الضمان إلى أمانة برجوع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي:**

سبق القول بأن يد الأمين تنقلب إلى يد ضمان بالتعدي ، فلو هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدي المستودع أو تقصيره يلزم الضمان طبقا لنص المادة [٧٨٧] من مجلة الأحكام العدلية ([٢١٤]) .

بيد أنه إذا ترك المستودع بعد تعديه على الوديعة التعدي ورجع إلى الوفاق ثم بعد ذلك هلكت الوديعة بلا تعد هل يلزم الضمان ؟ .

---

([٢١٢]) لسان العرب لابن منظور : مادة [وفق] ، ٣٨٢/١٠ ، مختار الصحاح للرازي : ص٧٤٠
([٢١٣]) المبسوط للسرخسي : ١١٤/١١-١١٥ .
([٢١٤]) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ٢٨٩/٢ .

لبيان ذلك ذكر الفقهاء ([٢١٥]) أن الأمانات قسمان ، ففي البعض منها يزول الضمان بالعودة إلى الوفاق بعد التعدي وفي البعض لا يزول.

القسم الأول : الأمانات التي نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أمينا على تلك الأمانات ، يعني فائدة عمل حفظه يكون عائدا إلى صاحب المال فقط وتقوم يد الأمين مقام يد مالكها كالوديعة ؛ لأن نفع وضع يد المستودع في الوديعة وفائدته عائدان إلى المودع الذي هو صاحب المال فقط ، وليس للمستودع في وضع اليد هذا نفع دنيوي ما .

وفي هذا القسم من الأمانات إذا رجع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ من الضمان ؛ لأن يد هذا الأمين يد صاحب المال تقديرا فمن عاد إلى الوفاق بعد التعدي فالأمانة التي اكتسبت حكم المغصوب بالتعدي فبالعودة إلى الوفاق تكون كأنها أعيدت ليد صاحب المال ، فكما أن الغاصب يصير بريئا متى أعاد المال المغصوب إلى صاحبه حقيقة بحكم المادة [ ٨٩٢ ] يبرأ الأمين أيضا من حكم التعدي متى عاد إلى الوفاق بعد التعدي ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية ، وأما عند زفر من الحنفية والشافعي لا يبرأ عن الضمان ، وذلك لأن الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف ؛ فقد ارتفع العقد ، فلا يعود إلا بالتجديد ، ولم يوجد ؛ فصار كما لو جحد الوديعة ، ثم أقر بها ، وكذلك المستعير ، والمستأجر ، إذا خالفا ، ثم عاد إلى الوفاق ، لا يبرآن عن الضمان ([٢١٦]) .

---

([٢١٥])درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية : ٢/٢٩١ وما بعدها .

([٢١٦])بدائع الصنائع للكاساني : ٦/٢١١-٢١٢ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية : ٢/٢٩١ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥/٧٨-٧٩ .



والراجح : أنه يبرأ عن الضمان لأنه بعد الخلاف مودع والمودع إذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه ، كما قبل الخلاف ودلالة أنه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بأمره ؛ لأن الأمر تناول ما بعد الخلاف

ويمثل هذا القسم من الأمانات : الوديعة ، والمال المستعار لأجل الرهن والذي لم يرهن بعد ، ومال الشركة الموجرد بيد الشريك في شركة العنان أو شركة المفاوضة،ومال المضاربة الموجود بيد المضارب،والبضاعة بيد المستبضع([٢١٧]) ، والمال الموجود بيد الوكيل بالبيع والإيجار والاستئجار .

وبناء على ذلك : إذا تعدى المستودع على الوديعة ولن يترتب عليها ضرر ما من هذا التعدي وترك التعدي على نية أن لا يعود إليه مرة ثانية ثم هلكت بلا تعد ولا تقصير يعني إذا وقع الهلاك بعد أن عاد إلى الوفاق بعد التعدي لا يلزم الضمان .

فمثلا إذا ركب المستودع الحيوان المودع بلا إذن واستعمله بهذا الوجه يكون تعدى ويصير الراكب في حكم الغاصب ، إلا أنه بعد

---

([٢١٧]) المستبضع – بالكسر – هو:من يأخذ مالا لآخر ليعمل فيه ، على أن يكون الربح كله له ،ويسمى رأس المال بضاعة والمعطي المبضع والآخذ المستبضع . ولربح رأس المال في الإبضاع احتمالات ثلاثة:الأول: أن يكون الربح مشتركا ، والشركة على هذه الصورة تكون شركة مضاربة، الثاني:أن يكون جميع الربح لمعطي رأس المال ، فالعقد على هذه الصورة هو بضاعة وعقد بضاعة، الثالث:أن يكون جميع الربح عائدا للآخذ ، والعقد على هذه الصورة عقد قرض .انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية:٣/١٢-١٣ .

استعماله إياه على هذه الصورة ودون أن يترتب عليه ضرر ما يعني دون أن يهلك أو يطرأ نقصان على قيمته إذا ترك الركوب على أن لا يتعدى يعني أن لا يركبه مرة ثانية وحفظه كما في السابق يصير بريئا وتنقلب يد الضمان إلى يد الأمانة كما كانت . حتى إذا هلك الحيوان أو فقد بعد ذلك بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ، أما إذا ركبه يوما وبعد ذلك ربطه في الإصطبل مساء على أن يركبه صباحا أي بنية ركوبه عند الصباح وسرق تلك الليلة أو هلك حتف أنفه يضمنه المستودع .

القسم الثاني ([٢١٨]): الأمانات التي نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أمينا عليها وفائدة عمله يعودان إلى صاحب المال غير أن لا تقوم يد الأمين مقام يد المالك بل للأمين نفع فيها ومأمورية الأمين للحفظ ليست بالمعقود الأصلي بل إنها تبع لاستيفاء المنفعة وفي هذه الأمانات لا يبرأ الأمين من الضمان بعودته إلى الوفاء بعد التعدي ؛ لأن البراءة من الضمان الذي يترتب بسبب التعدي تحصل برد الأمانة حقيقة أو حكما ليد صاحبها فكما أن مجرد ترك التعدي ليس إعادة حقيقية نظرا لأن يد المستأجر والمستعير وعملهما إنما هو لنفسهما لا تحصل الإعادة حكما أيضا .
فمثلا المستأجر يحفظ المأجور ولكن حيث إنه مالك لمنفعته فحفظه كان لأجل استيفاء المنفعة أي لأجل فائدة ذاته .

([٢١٨]) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية :٢/٢٩٢ وما بعدها .



وكما لو استهلك المستودع نصف نقود الأمانة مثلا وجلب بدلا منها نقودا من ماله ومن جنس الباقي وضمها إلى النقود الباقية يعني خلطها بصورة لا يمكن معها تمييزها عنها ثم ضاعت كلها يضمن الجميع . يضمن ما أنفقه واستهلكه بسبب الاستهلاك ويضمن الباقي لسبب الخلط ؛ لأن خلط مال غيره مع مال نفسه يعد استهلاكا .

## المبحث الرابع

## أحكام تغير وضع اليد

سبق القول بأن وضع اليد ابتداء إما أن يكون يد ضمان كالغصب ، وإما أن يكون يد أمانة كالوديعة مثلا ، وهذه اليد قد تتغير من يد الأمانة إلى ضمان كما سبق في المبحث الثاني، ومن يد الضمان إلى أمانة كما سبق في المبحث الثالث ، فهل يتغير الحكم بتغير اليد أم لا ؟.

مما لا شك فيه أن تغير وضع اليد من يد أمانة إلى يد ضمان يأخذ حكم يد الضمان ، وأن تغير وضع اليد من يد ضمان إلى يد أمانة يأخذ حكم يد الأمانة ،ومن ثم ينبغي بيان أحكام يد الضمان،ويد الأمانة في مطلبين :

المطلب الأول : أحكام يد الضمان .

المطلب الثاني : أحكام يد الأمانة .

### المطلب الأول

### أحكام يد الضمان

**أولاً** : الأصل في يد الضمان أنها أيد آثمة عادية ، ولكن قد تكون مخطئة غير متعمدة فلا إثم عليها لأن الإثم مرفوع بالخطأ



والنسيان([٢١٩]) لقوله ﷺ :" إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ([٢٢٠]) .

**ثانياً** : إن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا عجز عن رده لصاحبه بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية، أي أنه يجب عليه ضمان المثل أو القيمة بالتلف والإتلاف في كل الأحوال، وقابض المضمون يكون مسئولا عن المقبوض تجاه الغير إذا هلك عنده ولو لم يتعد ، فقد نصت المادتان [٨٩٠ ، ٨٩١] من مجلة الأحكام العدلية على أنه :" يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجودا وإن صادف صاحب المال الغاصب في بلدة أخرى وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن شاء طلب رده إلى مكان الغصب وتكون مصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب، كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامنا إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يكون ضامنا أيضا فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله "([٢٢١]).

---

([٢١٩]) الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، دار المعرفة ، بيروت ، ٥٩/٣ .

([٢٢٠]) سنن ابن ماجه : ج١ ص٦٥٩ رقم ٢٠٤٥ ، وفي صحيح ابن حبان : "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " انظر : صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان : لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤ – ١٩٩٣، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، ج١٦ ص٢٠٢ رقم ٧٢١٩ ، وصححه التبريزي . انظر : مشكاة المصابيح : لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ١٩٨٥م،تحقيق:محمد ناصر الدين الألباني،ج٣ ص٣٧٢ رقم ٦٢٨٤

([٢٢١]) درر الحكام لحيدر : ٥١٤/٢ – ٥٣١ .

والأدلة على ضمان اليد الآتي :

١- من الكتاب قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾ ﴾ ([٢٢٢])

وجه الاستدلال : إن عدم تضمين اليد العادية أكل لأموال الناس بالباطل.

٢- ومن السنة ما رواه الترمذي من طريق الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " ([٢٢٣]) .

والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه، لقوله : " حتى تؤديه "، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك، وهو عام في الغصب والوديعة والعارية ([٢٢٤]) ، قال الصنعاني : " كثيرا ما يستدلون بقوله على اليد ما أخذت حتى تؤدي على التضمين، ولا دلالة فيه صريحا، فإن اليد الأمينة أيضا عليها ما أخذت حتى تؤدي " ([٢٢٥]) .

ونوقش قول الصنعاني بما يلي : بأنه ليس على اليد الأمينة أن تؤدي ما أخذت ما دامت أمينة – لا كما قال الصنعاني – نعم إذا طولب بالأمانة فعليها أن تؤدي، فإن لم تؤد أو تلفت الأمانة لم تعد آنذاك يد أمانة، فينطبق عليها على اليد ما أخذت وتكون عندئذ ضامنة ([٢٢٦]).

---

([٢٢٢]) سورة البقرة ، الآية: ١٨٨ .
([٢٢٣]) سبق تخريجه ص٢٧ .
([٢٢٤]) سبل السلام للصنعاني : ٢/٩٦.
([٢٢٥]) سبل السلام للصنعاني : ٢/٩٦.
([٢٢٦]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٨٤.



وأجيب على ذلك : بأن الحديث عام – فهو كما قال الصنعاني – يشمل من كانت يده يد أمانة، ومن كانت يده يد ضمان، والفقهاء يستدلون به في باب الغصب كما يستدلون به في باب الوديعة ، وتقدير الحديث أن ما أخذ الإنسان فهو في ذمته حتى يؤديه سواء كان غصبا أو وديعة إلا أنه في الغصب آثم بالحيازة، وفي الوديعة غير آثم في الحيازة مع تعلقها في ذمته ، فالأمانة مصدر سمي به الشيء الذي في الذمة ([٢٢٧]) .

والحديث يفيد أمرين :

أ- الضمان لمن كانت يده يد ضمان ، ووجوب أداء الشيء أو مثله أو قيمته إذا تعذر أداء الشيء نفسه .

ب- الاحتياط فيمن كانت يده يد أمانة، وأنها لا تبرأ أمام الله ﷻ ، وأمام القضاء إلا بالتأدية ببراءة الذمة .

والأدلة على ذلك كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ ([٢٢٨])

وجه الاستدلال : قال ابن العربي ([٢٢٩]) : " لو فرضناها نزلت في سبب فهي عامة بقولها، شاملة بنظمها لكل أمانة وهي أعداد كثيرة، أمهاتها في الأحكام : الوديعة واللقطة والرهن والإجارة والعارية "

---

([٢٢٧]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : محمد بن أحمد القرطبي، ج ٣ ص ٤١٥.
([٢٢٨]) سورة النساء ، من الآية: ٥٨ .
([٢٢٩]) أحكام القرآن لابن العربي : محمد بن عبد الله الأندلسي [ابن العربي]، دار الكتب العلمية ، ١/٥٧١ .

وقال القرطبي ([٢٣٠]):" والآية عامة في جميع الناس، تتناول الولاة فيما إليهم من الأمانات، وتتناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع".

ونقل ابن المنذر الإجماع على أن الأمانات مردودة إلى أربابها ([٢٣١]).

وذهب الحنفية والمالكية ([٢٣٢]) إلى القول بأن الأمانة إذا تلفت لم يلزم المؤتمن غرمها لأنه مصدق، وكذلك العارية إذا تلفت من غير تعد لأنه لم يأخذها على الضمان، فإذا تلفت بتعديه عليها لزمه قيمتها لجنايته عليها .

وأما الشافعية والحنابلة ([٢٣٣]) فهم على أن العارية مضمونة على كل حال ، لأن المباح هو المنافع .

ومن الأدلة على عموم الحديث أيضا قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ ﴾ ([٢٣٤])

ووجه الدلالة كما قال القرطبي ([٢٣٥]) : الآية شرط ربط به وصية الذي عليه الحق بالأداء، وترك المطل، يعني : إن كان الذي عليه

---

([٢٣٠]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ج ٥ص٢٤٥ .

([٢٣١]) الإجماع لابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري،دار الدعوة بالإسكندرية،١٤٠٢هـ ،الطبعة الثالثة ، تحقيق : د/فؤاد عبد المنعم أحمد،ص١٠٢.

([٢٣٢]) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق للزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي ، ٨٤/٥، درر الحكام لحيدر : ٢٣٥/٢ ، الفروق للقرافي : ١٩٥/١-١٩٦ .

([٢٣٣])نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لمحمد بن شهاب الدين الرملي ، دار الفكر ، ١٢٦/٥ وما بعدها ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات : لمنصور بن يونس البهوتي ، عالم الكتب ، ٢٩٤/٢.

([٢٣٤]) سورة البقرة ، من الآية: ٢٨٣ .

([٢٣٥]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ج ٣ ص ٣٨٦ .



الحق أمينا عند صاحب الحق وثقة فليؤد له ما عليه ائتمن" ، وقوله " فليؤد": أمر معناه الوجوب بقرينة الإجماع على وجوب أداء الديون، وثبوت حكم الحاكم به، وجبره الغرماء عليه، بقرينة الأحاديث الصحاح في تحريم مال الغير .

قال ابن العربي ([٢٣٦]):" وأما الوديعة فلا يلزم أداؤها حتى تطلب، وأما اللقطة فحكمها التعريف سنة في مظان الاجتماعات، وحيث ترجى الإجابة لها، وأما الرهن فلا يلزم فيه أداء حتى يؤدي إليه دينه، وأما الإجارة والعارية إذا انقضى عمله فيها يلزمه ردها إلى صاحبها قبل أن يطلبها "

ومن هنا يتبين أن الحديث يدل على ضمان كل ما دخل تحت اليد من المقبوضات، لا فرق بين قبضه بالعدوان كالغصب والسرقة، أو بالسوم والعقد الفاسد أو بالائتمان، إلا إذا ورد دليل مقيد لذلك الإطلاق أو مخصص للعموم مثل عدم ضمان الأمانة بلا تعد أو تفريط فحينئذ يخرج عن العموم ويبقى ما عداه مشمولا بالقاعدة ([٢٣٧]) .

٣- الإجماع على ضمان الغاصب، والمقبوض بالعقد الفاسد، وهما من أظهر أفراد ضمان اليد ([٢٣٨]) ، قال السيوطي في ضمان اليد:" منها ما هو ضمان يد قطعا كالعواري والمغصوب ونحوها "([٢٣٩])

---

([٢٣٦]) أحكام القرآن لابن العربي : ٥٧١/١ .

([٢٣٧]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٩١

([٢٣٨]) بدائع الصنائع للكاساني:٨٣/٦ ، ١٤٣/٧،مواهب الجليل للحطاب:٢٧٤/٥ ،مغني المحتاج للشربيني الخطيب:٣٣٨/٣ ،المغني لابن قدامة :١٥٨/٤ ، ١٦٥/٥

([٢٣٩]) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٣٦١ .

٤- ومن المعقول : أن من أخذ مال غيره بغير حق أو أخذه بعنوان البدلية والمعاوضة ثم ظهرت المعاملة باطلة، أنه ملزم برده، وعند تعذره لا يذهب المأخوذ هدرا ([٢٤٠]) .

## المطلب الثاني

## أحكام يد الأمانة

**أولاً :** الأصل في يد الأمانة أنها يد مؤتمنة مأذونة خالية عن الإثم والعدوان ولكنها إذا تعدت أو قصرت في الحفظ فهي آثمة ([٢٤١]) لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَـٰنَـٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴿٨﴾ ﴾ ([٢٤٢])
وجه الاستدلال : قال القرطبي :"وغاية ذلك حفظها والقيام بها " ([٢٤٣])

وقوله تعالى﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾ ﴾ ([٢٤٤])

وقوله ﷺ :" لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس " ([٢٤٥]) .

---

([٢٤٠]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٩٢
([٢٤١]) درر الحكام لحيدر : ٢٢٦/٢ ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٥٨٠/٣
([٢٤٢]) سورة المؤمنون ، الآية: ٨ .
([٢٤٣]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ١٢/ ٩٩.
([٢٤٤]) سورة البقرة ، الآية: ١٨٨ .
([٢٤٥]) سنن الدارقطني : ج٣ ص٢٦ رقم ٩٢ ، وصححه الألباني ، انظر : مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥ – ١٩٨٥ ، ص٢٨٦ رقم ١٤٥٩ .



وقد تقدمت الأدلة على وجوب حفظ الأمانة في بيان عموم قوله ﷺ :" على اليد ما أخذت حتى تؤديه " ([٢٤٦]) .

**ثانياً :** لا ضمان عليها إلا بالتعدي والتقصير ([٢٤٧]) ، وقد نصت المادة [٧٦٨] من مجلة الأحكام العدلية على أن : الأمانة غير مضمونة، فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان ([٢٤٨]) .

وبيان ذلك : ١-أنه إذا هلكت الأمانة أو فقدت أو طرأ نقصان على قيمتها في يد الأمين بدون صنعه وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان على الأمين المذكور ، سواء أهلكت بسبب ممكن التحرز منه كالسرقة أم بسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب ، وسواء أهلك مال الأمين مع الأمانة المذكورة أم لم يهلك وسواء أشرط الضمان أم لم يشرط ، ولهذا السبب كانت الأمانة اسما للمال غير المضمون ويقال مثلا للوديعة في المادة [ ٧٧٧ ] من مجلة الأحكام العدلية أمانة بيد المستودع بناء عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان .

٢- إذا هلكت الأمانة بسبب صنع الأمين وفعله أو تقصيره في أمر المحافظة أو من جهة مخالفة صاحب المال المعتبر شرعا وغير الجائز مخالفته يكون الأمين ضامنا ([٢٤٩]) .

---

([٢٤٦]) سبق تخريجه ص٢٧
([٢٤٧]) كشاف القناع للبهوتي:٥٠٩/٣ ، مطالب أولي النهى للرحيباني:٥١٥/٣-٥١٦
([٢٤٨]) درر الحكام لحيدر : ٢٣٥/٢ .
([٢٤٩]) درر الحكام لحيدر : ٢٣٥/٢ .

والأدلة على عدم ضمان من كانت يده يد أمانة ما يأتي :

أ- لأن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافيه وسواء أكانت بجعل أم بغيره كالوكالة ([٢٥٠]) .

ب-قوله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا۟ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ ([٢٥١]) .

فقوله ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ قال ابن العربي ([٢٥٢]): هذا عموم ممهد في الشريعة، أصل في رفع العقاب والعتاب عن كل محسن، فإذا صال فحل على رجل فقتله الرجل في دفعه عن نفسه فلا ضمان عليه عندنا، لأنه محسن في عمله فلا سبيل عليه، وكذلك القول في مسائل الشريعة كلها .

ووجه الاستدلال بهذه الآية في عدم ضمان اليد الأمينة : أن كلمة "سبيل" نكرة في سياق النفي، فهي تعم، فجعل الضمان في عهدة الأمين وهو محسن سبيل منفي بالآية، فإن الأمين من غير تعد أو تفريط محسن إلى المالك، فإذا هلك المال وهو على هذه الحال من الإحسان فلا سبيل إلى تضمينه ([٢٥٣]) .

---

([٢٥٠]) أسنى المطالب شرح روض الطالب : ٧٦/٣ .

([٢٥١]) سورة التوبة ، من الآية: ٩١ .

([٢٥٢]) أحكام القرآن لابن العربي : ٥٦٢/٢ .

([٢٥٣]) د/علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، ص٢١٢ .



ج-روى البخاري من طريق نافع أنه سمع ابن كعب بن مالك يحدث عن أبيه : " أنه كانت لهم غنم ترعى بسلع ([٢٥٤]) فأبصرت جارية لنا بشاة من غنمنا موتا فكسرت حجرا فذبحتها به فقال لهم لا تأكلوا حتى أسأل النبي ﷺ أو أرسل إلى النبي ﷺ من يسأله وأنه سأل النبي ﷺ عن ذاك أو أرسل فأمره بأكلها " ([٢٥٥]) .

وقد ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله : إذا أبصر الراعي أو الوكيل شاة تموت، أو شيئا يفسد ذبح أو أصلح ما يخاف عليه الفساد ([٢٥٦])

ونقل ابن حجر : بأن التي ذبحت كانت ملكا لصاحب الشاة ، وقال : ليس في الخبر أنه أراد تضمينها، والذي يظهر أنه أراد رفع الحرج عمن فعل ذلك، وهو أعم من التضمين؛ واستدل به - أي الحديث - على تصديق المؤتمن على ما اؤتمن عليه ما لم يظهر دليل الخيانة، وعلى أن الوكيل إذا أنزى على إناث الماشية فحلا بغير إذن المالك؛ حيث يحتاج إلى ذلك فهلكت؛ أنه لا ضمان عليه([٢٥٧]) .

د- روى البخاري من طريق أبي موسى الأشعري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ :" الخازن الأمين الذي يؤدي ما أمر به طيبة نفسه أحد المتصدقين"([٢٥٨])

---

([٢٥٤]) بسلع : جبل في المدينة . انظر : الجامع الصحيح المختصر : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، ج٢ ص٨٠٨ .

([٢٥٥]) صحيح البخاري : ج٢ ص٨٠٨ رقم ٢١٨١ .

([٢٥٦]) صحيح البخاري : ج٢ ص٨٠٨ .

([٢٥٧]) فتح الباري شرح صحيح البخاري : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ ، ٦٣٣/٩ .

([٢٥٨]) صحيح البخاري : ج٢ ص٧٨٩رقم ٢١٤١ .

والبخاري – رحمه الله – وضع هذا الحديث في باب الإجارة للدلالة على أن من استؤجر على شيء فهو أمين فيه، وليس عليه في ذمته شيء من ضمان إن فسد أو تلف إلا إن كان ذلك بتفريط منه ([٢٥٩]) .

هـ–روى الدارقطني من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال :" لا ضمان على مؤتمن " ([٢٦٠]) .
قال الشوكاني ([٢٦١]) : " فيه دليل على أنه لا ضمان على من كان أمينا على عين من الأعيان كالوديع والمستعير ".

و– القواعد الفقهية التي ترفع الضمان عن الأمين مثل :

١– الجواز الشرعي ينافي الضمان ([٢٦٢]) :
يعني إذا ترتب على الفعل الجائز المباح شرعا ضرر للآخرين ، لا يضمن الضرر ، فلو حفر حفرة في ملكه ، أو في الطريق ، بإذن الحاكم ، فتردى فيها حيوان أو إنسان ، لا يضمن الحافر شيئا ، وهذا مقيد بشرطين :
الأول : أن لا يكون المباح مقيدا بشرط السلامة ، فيضمن – مثلا – راكب السيارة وقائد الدابة أو راكبها في الطريق .

---

([٢٥٩]) صحيح البخاري : ج٢ ص٧٨٩ .
([٢٦٠]) سنن الدارقطني : ج٣ ص٤١ رقم١٦٧ ، وحسنه الشيخ الألباني . انظر: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته : محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ، ص١٣٤٨ رقم ١٣٤٧٥.
([٢٦١]) نيل الأوطار : محمد بن علي الشوكاني ، دار الحديث ، ٣٥٤/٥ .
([٢٦٢])المادة [٩١] من مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام :٩٢/١



الثاني : أن لا يكون في المباح إتلاف الآخرين وإلا كان مضمونا ، فيضمن ما يتلفه من مال غيره للمخمصة ، مع أن أكله لأجلها جائز، بل واجب ([٢٦٣]) .

٢–لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه ([٢٦٤]) :
الأصل أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه ، فإن أذن وترتب على الفعل المأذون به ضرر انتفى الضمان ، لكن ذلك مشروط : بأن يكون الشيء المأذون بإتلافه مملوكا للآذن ، أو له ولاية عليه .
وأن يكون الآذن بحيث يملك هو التصرف فيه وإتلافه ، لكونه مباحا له.
وعبر المالكية عن ذلك بأن يكون الإذن معتبرا شرعا ([٢٦٥]) .

وقال الشافعية : ممن يعتبر إذنه ([٢٦٦]) ، فلو انتفى الإذن أصلا ، كما لو استخدم سيارة غيره بغير إذنه ، أو قاد دابته ، أو ساقها ، أو حمل عليها شيئا ، أو ركبها فعطبت ، فهو ضامن ([٢٦٧]) .
أو انتفى الملك – كما لو أذن شخص لآخر بفعل ترتب عليه إتلاف ملك غيره – ضمن المأذون له ، لأنه لا يجوز التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته ([٢٦٨]) .

---

([٢٦٣]) درر الحكام لحيدر : ٩٢/١ ، مجمع الضمانات للبغدادي: ص١٧٨ .
([٢٦٤]) المادة [٩٦] من مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام : ٩٦/١ .
([٢٦٥]) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٣٥٥/٤ وما بعدها .
([٢٦٦]) المنهاج مع نهاية المحتاج للرملي : ٣٥/٨ .
([٢٦٧]) مجمع الضمانات للبغدادي: ص١٤٥ .
([٢٦٨]) الدر المختار مع رد المحتار : ١٩٩/٦ .

ولو أذن الآخر بإتلاف ماله ؛ فأتلفه فلا ضمان ، كما لو قال له : أحرق ثوبي ففعل ، فلا يغرم ([٢٦٩]) ، إلا الوديعة إذا أذن له بإتلافها يضمنها ، لالتزامه حفظها([٢٧٠]) ، ولو داوى الطبيب صبيا بإذن من الصبي نفسه ، فمات أو عطب ، ضمن الطبيب ، ولو كان الطبيب عالما ، ولو لم يقصر ، ولو أصاب وجه العلم والصنعة لأن إذن الصبي غير معتبر شرعا([٢٧١]).

وكذا لو أذن الرشيد لطبيب في قتله ففعل ، لأن هذا الإذن غير معتبر شرعا ، وهذا عند المالكية ([٢٧٢]) .

وقال الحنفية ([٢٧٣]): لو قال له اقتلني فقتله ، ضمن ديته ، لأن الإباحة لا تجري في النفس ، لأن الإنسان لا يملك إتلاف نفسه ، لأنه محرم شرعا ، لكن يسقط القصاص لشبهة الإذن ، وهو قول للشافعية ([٢٧٤]) ، وهو الراجح .

وفي قول للحنفية : لا تجب الدية أيضا ([٢٧٥]) ، وهو قول سحنون([٢٧٦]) من المالكية([٢٧٧]) ، وهو الأظهر عند الشافعية ، فهو هدر للإذن ([٢٧٨]) ، وفي قول ابن قاسم: يقتل ، وهو قول الحنفية ([٢٧٩]) .

---

([٢٦٩]) منح الجليل لعليش : ٤/٩ .
([٢٧٠]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٥/٤ .
([٢٧١]) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٣٥٥/٤ .
([٢٧٢]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٥/٤ .
([٢٧٣]) الدر المختار مع رد المحتار : ٥٤٨/٦ ، بدائع الصنائع للكاساني : ٢٣٦/٧.
([٢٧٤]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢٩٠/٥ .
([٢٧٥]) الدر المختار مع رد المحتار : ٥٤٨/٦ ، بدائع الصنائع للكاساني : ٢٣٦/٧.
([٢٧٦]) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب ، أبو سعيد ، التنوخي القيرواني ، وسحنون لقبه ، وتفسير سحنون بأنه اسم طائر بالمغرب يوصف بالفطنة والتحرز ، فقيه مالكي، رحل في طلب العلم وهو ابن ثمانية عشر عاما أو تسعة عشر ، ولم يلاق مالكا وإنما أخذ عن أئمة أصحابه كابن القاسم وأشهب، انتهت إليه الرئاسة في العلم ، من مصنفاته : " المدونة " جمع فيها فقه مالك ،توفي الإمام سحنون في شهر رجب سنة أربعين ومئتين وله ثمانون سنة.انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي:٦٤/١٢،الديباج المذهب لابن فرحون:ص١٦٠.
([٢٧٧]) منح الجليل لعليش : ٤/٩
([٢٧٨]) مغني المحتاج للشربيني الخطيب : ٢٩٠/٥ .
([٢٧٩]) منح الجليل لعليش : ٤/٩ ، مجمع الضمانات للبغدادي: ص١٤٥ .



## الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

وبعد :

وبعد فهذه خاتمة – نسأل الله حسنها – تشتمل على أهم نتائج البحث:

١- إن اليد التي تعني في المصطلح الفقهي " الاستيلاء على الشيء بالحيازة " تسمى : يد ضمان ، ويد أمانة .

٢- يد الضمان : هي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه كالغاصب والسارق ، أو بإذن المالك ولكن بقصد تملكه كالقابض على سوم الشراء ، والملتقط بنية التملك ، وإن حكمهما الضمان مطلقا ، ولو كان التلف بآفة سماوية .

٣- وأما يد الأمانة : فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه ، لا بقصد تملكه ، لمصلحة تعود للمالك كالوديع والوكيل ، أو لمصلحة تعود للحائز كالمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر ، أو لمصلحة مشتركة بينهما كالمضارب والشريك ، وأن حكم هذه اليد في الأصل أنها لا تتحمل تبعة هلاك أو ضياع ما تحتها من مال الغير ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليه .

٤- إن تغير وضع اليد من أمانة إلى ضمان تأخذ حكم يد الضمان ومن ثم تضمن ما تحت يدها ولو كان التلف بآفة سماوية .

٥- إن تغير وضع اليد من ضمان إلى أمانة تأخذ حكم يد الأمانة ، ومن ثم لا تتحمل تبعة هلاك أو ضياع ما تحتها إلا بالتعدي أو التفريط .

٦- بالنسبة لتحديد الأيدي الأمينة شرعا ، فقد اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض ، ومن المتفق عليه بين الفقهاء في كونها يد أمانة ، ومن ثم تسري عليها أحكام الأمانة : يد الوديع والمستأجر والمضارب والشريك والأجير الخاص والولي والوصي على مال الصغير والملتقط بنية التعريف ومن ألقت الريح في بيته متاعا لغيره .

وأما يد المستعير والمرتهن والأجير المشترك والصناع فقد اختلف فيها الفقهاء في كونها يد أمانة أو يد ضمان، وسبب اختلاف الفقهاء في ذلك لأسباب منها :

أ- إن بعض هذه الأيدي يتنازعها شبهان : أحدهما : إلى الأيدي الأمينة ، والثاني : إلى الأيدي الضامنة ، ومن ثم نجد اختلاف الفقهاء .

ب- استحسان بعض الفقهاء تضمين بعض الأمناء في الأصل لداعي التهمة ، وسدا لذريعة إتلاف الأموال وتضييعها .

٧- لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف بحوزتها من غير تعد أو تفريط ، ومن ثم انحصر استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينها بأمرين :

أ-اعتبار الحائز نائبا عن المالك في اليد والتصرف ، ومن ثم يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها .

ب- استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز ، ومن ثم يقتضي عدم جواز تضمين يد الأمانة إلا بموجب شرعي .

٨- هناك موجبات شرعية عديدة لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان، منها ما هو متفق عليه كالتعدي والتفريط ، ومنها ما هو مختلف فيه



، أو نص عليه بعض الفقهاء دون البعض مثل : التجهيل ، واشتراط الضمان على الأمين .

٩- هناك أسباب يتغير فيها وضع يد الأمانة إلى يد ضمان ، منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، كالإجازة من المالك ، والإبراء ، والاشتراط ، وسقوط الدين ، ورجوع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي .

## أهم مصادر البحث


**أولاً : القرآن الكريم :** ﴿ وَإِنَّهُۥ لَتَنزِيلُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٩٢﴾ ﴾ (٢٨٠)

**ثانياً : التفسير :**

١-ابن العربي : أحكام القرآن لابن العربي:محمد بن عبد الله الأندلسي [ابن العربي]،دار الكتب العلمية .

٢- أبو السعود : إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم : محمد بن محمد العمادي أبو السعود ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٣- الألوسي : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : لمحمود الألوسي أبو الفضل ، دار إحياء التراث العربي .

٤- الجصاص : أحكام القرآن للجصاص: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٠٥هـ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي .

**ثالثاً : الحديث وعلومه :**

١-ابن حبان : صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤ – ١٩٩٣، تحقيق : شعيب الأرنؤوط .

٢- ابن حجر : تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤م ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .


(٢٨٠) سورة الشعراء ، الآية: ١٩٢




٣- ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ .

٤- ابن ماجه : سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

٥- الألباني : السلسلة الصحيحة : محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض .

٦- الألباني : صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته : محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي .

٧- الألباني : مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥ – ١٩٨٥.

٨- البخارى : الجامع الصحيح المختصر : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، دار ابن كثير ، اليمامة بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧ ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا.

٩- البيهقي : سنن البيهقي الكبرى : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ – ١٩٩٤ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا .

١٠- التبريزي : مشكاة المصابيح : محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ – ١٩٨٥، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني .

١١- الترمذي : الجامع الصحيح سنن الترمذي : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون .

١٢- الحاكم : المستدرك على الصحيحين : محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١١ - ١٩٩٠، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا .
١٣- الدارقطني : سنن الدارقطني : علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ - ١٩٦٦ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني .
١٤- داود : سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، دار الفكر ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد .
١٥- الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية : عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧هـ ، تحقيق : محمد يوسف البنوري .
١٦- الشوكاني : نيل الأوطار للشوكاني : محمد بن علي الشوكاني، دار الحديث .
١٧- الصنعاني : سبل السلام للصنعاني : محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ، دار الحديث .
١٨- عبد الرزاق : مصنف عبد الرزاق : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .

## رابعاً : الفقه وأصوله :

١-ابن المنذر : الإجماع لابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري،دار الدعوة بالإسكندرية،١٤٠٢هـ ،الطبعة الثالثة ، تحقيق : د/فؤاد عبد المنعم أحمد



٢- ابن أمير حاج : التقرير والتحبير في شرح التحرير : لمحمد ابن محمد بن محمد [ابن أمير حاج] ، دار الكتب العلمية .
٣- ابن حزم : المحلى بالآثار لابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الفكر .
٤- ابن رجب : القواعد لابن رجب الحنبلي : عبد الرحمن بن أحمد [ابن رجب الحنبلي] ، دار الكتب العلمية .
٥- ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار : لمحمد أمين بن عمر [ابن عابدين] ، دار الكتب العلمية .
٦- ابن فرحون : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : لإبراهيم بن علي [ابن فرحون اليعمري] ، دار الكتب العلمية .
٧- ابن قدامة : المغني : لموفق الدين عبد الله بن أحمد [ابن قدامة] ، دار إحياء التراث العربي .
٨- ابن مفلح : الفروع لابن مفلح : محمد بن مفلح بن محمد المقدسي ، عالم الكتب .
٩- ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لزين الدين بن إبراهيم [ابن نجيم] ، دار الكتاب الإسلامي .
١٠- الأنصاري : روض الطالب مع أسنى المطالب : زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي .
١١- البابرتي : العناية شرح الهداية : لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، دار الفكر .
١٢- البغدادي : مجمع الضمانات : لغانم بن محمد البغدادي ، دار الكتاب الإسلامي .
١٣- البهوتي : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات : منصور بن يونس البهوتي ، عالم الكتب .

١٤- التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح : لمسعود بن عمر التفتازاني ، مكتبة صبيح بمصر .
١٥- الحطاب : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن [الحطاب] ، دار الفكر .
١٦- حيدر : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر ، دار الجيل .
١٧- داماد : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده [داماد] ، دار إحياء التراث العربي .
١٨- الرصاع : شرح حدود ابن عرفة : لمحمد بن قاسم الرصاع ، المكتبة العلمية .
١٩- الرملي : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : محمد بن شهاب الدين الرملي ، دار الفكر .
٢٠- الزحيلي : د/وهبة الزحيلي نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق سوريا ، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م .
٢١- الزرقا : أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣م .
٢٢- الزركشي : المنثور في القواعد الفقهية : لبدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، وزارة الأوقاف الكويتية .
٢٣- الزيلعي : كنز الدقائق مع تبيين الحقائق للزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي
٢٤- سليمان : سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ، ١٩٨٥ م .
٢٥- الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، دار الكتب العلمية .



٢٦- الصافي : د/ علي السيد عبد الحكيم الصافي : الضمان في الفقه الإسلامي ، مطبعة الآداب ، النجف، من مطبوعات جامعة بغداد ،سنة ١٩٧٤ ، رسالة دكتوراه.
٢٧- عبد العزيز البخاري : كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، دار الكتاب الإسلامي .
٢٨- عز بن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام : لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية .
٢٩- عليش : فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك : لمحمد بن أحمد بن محمد [عليش] ، دار المعرفة .
٣٠- عليش : منح الجليل شرح مختصر خليل : محمد بن أحمد بن محمد [ عليش ] ، دار الفكر .
٣١- الغزالي : المستصفى للإمام الغزالي : محمد بن محمد الغزالي ، دار الكتب العلمية.
٣٢- الفتوحي : شرح الكوكب المنير : لتقي الدين أبو البقاء [الفتوحي] ، مطبعة السنة المحمدية .
٣٣- القاري : مجلة الأحكام الشرعية : أحمد بن عبد الله القاري ، دراسة وتحقيق د/عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، د/محمد إبراهيم أحمد علي ، مطبوعات تهامة بجدة بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠هـ ١٩٨١م .
٣٤- القرافي : أنوار البروق في أنواع الفروق : لأحمد بن إدريس القرافي ، عالم الكتب .
٣٥- الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : لأبي بكر مسعود بن أحمد الكاساني ، دار الكتب العلمية .
٣٦- الكرابيسي : الفروق للكرابيسي : أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي ، عالم الكتب.

٣٧- الكويتية : الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.
٣٨- مالك : المدونة للإمام مالك : مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، دار الكتب العلمية .
٣٩- المحقق الحلي : شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : لجعفر بن الحسن الهذلي [المحقق الحلي] ، مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان .
٤٠- مودود : الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت .

**خامساً : اللغة :**

١-ابن المطرز : المغرب في ترتيب المعرب : لأبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٩م ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار
٢- ابن منظور : لسان العرب لابن منظور : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى.
٣- الجرجاني : التعريفات للجرجاني : علي بن محمد بن علي الجرجاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ ، تحقيق : إبراهيم الأبياري .
٤- الرازي : مختار الصحاح : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م ، تحقيق : محمود خاطر
٥- الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت.



٦- القونوي : أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء : قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، دار الوفاء ، جدة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ ، تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي .
٧- المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : لمحمد عبد الرؤوف المناوي ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ، بيروت،دمشق،الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ ،تحقيق:د/ محمد رضوان الداية .

**سادساً : كتب التراجم :**

١-ابن فرحون : الديباج المذهب : إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٢- ابن قاضي شهبة : طبقات الشافعية : لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٧هـ، الطبعة الأولى ، تحقيق د/ عبد الحافظ عبد العليم خان .
٣- البخاري : التاريخ الكبير : لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي ، دار الفكر تحقيق : السيد هاشم الندوي .
٤- التميمي البستي : مشاهير علماء الأمصار:لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي،دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٥٩م.
٥- الذهبي : سير أعلام النبلاء : لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ ، الطبعة التاسعة ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي .
٦- الرازي التميمي : الجرح والتعديل : لعبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي التميمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٢٧١هـ ١٩٥٢م ، الطبعة الأولى .

٧- القرشي : طبقات الحنفية : لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي ، طبعة مير محمد كتب خانة ، كراتشي .
٨- المزي : تهذيب الكمال : ليوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠م ، تحقيق : د/ بشار عواد معروف .