

التكييف القانوني لحق المستعير الأستاذ د. محمد عباس السامرائي - قسم القانون

المقدمة

العارية وسيلة من وسائل التعاون بين أفراد المجتمع وهي تصرف دلالتيه التضامن والالفة لسد حاجة عارضة لجار أو صديق أو قريب ، وهي من المعروف المطلوب لتماسك المجتمع وتحاب أفراده وتعاونهم ، وهي من الجبر .
والعارية تصرف ينصب على المنفعة ، وتترتب عليه التزامات على طرفيه المعير والمستعير وأثار قانونية جزاء الاخلال بالالتزام .

ولما أصبحت المنفعة ذات قيمة عالية وإن كانت مؤقتة وإن العين المعارة قد تكون ثمينة وقد تهلك أو يصيبها أذى وضرر مهما يكون كبيراً فمن يتحمل تبعه الهلاك ومن يسأل عن تعويض أو الضرر أهو مالك العين أو المستعير . وهل ان الحكم هذا مطلق أم مقيد . فيكون حيناً على مالك العين وحيناً آخر على المستعير حسب ما ينسب اليه من تقصير . وما الحكم لو ان العارية هلكت بيد مستعير من المستعير . هذه التساؤلات والاجابة عليها سبب هذا البحث ومداره ولما كان مدار البحث حول ملكية المستعير للمنفعة وان الانتفاع من ثمرات الملكية التي تعطى لصاحبها سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية وملكية مطلقة وتخوله فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك والاستغلال ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير .

ويشمل الانتفاع حق الاستعمال والاستغلال لأن كلا منهما منفعة وان الفقهاء جعلوا لبعض التصرفات أثراً ينفصل بها حق الاستعمال عن حق الاستغلال كما في الموصى له بحق السكن والموقوف عليه هذا الحق إذ لهما الاستعمال وليس لهما حق الاستغلال بايجار الموصى به والموقوف .

ويثور تساؤل اجبنا عليه وهو هل ان للمستعير حق الاستعمال وحق الاستغلال ؟ ام له حق الاستعمال وحده ؟ وبيننا وجهتي النظر الفقهية التي بنيت على الاصل النظري ان من ملك شيئاً حق له تملكه لغيره . فان كان المستعير مالكا للمنفعة فله تملكها بالاعارة وليس له ان يؤجرها لان الاجارة اقوى من الاعارة إذ انبها عقد لازم ولا يتمكن الشخص تملكه اكثر مما يملك . والتي بنت حكمها على حق المستعير لا يتعدى اباحة المنفعة وتلك هي وجهة النظر الثانية .

وبينا كذلك الفرق بين حق الانتفاع وتملك المنفعة إذ يختلف مفهوم كل منهما عن الاخر لدى فقهاء الشريعة الاسلامية من حيث العموم والخصوص في المنشأ ومن حيث القوة

والضعف في الحق . فملك المنفعة انما ينشأ من عقد مملك كالوقف والاجارة والوصية بالمنافع والاعارة (عند بعض الفقهاء) .

اما حق الانتفاع فهو اعم اذ يشمل هذا ويشمل ايضا مجرد الانتفاع الناشئ عن اذن واباحة من المالك . ويراها فقهاء القانون واحداً رغم ان لهذه التفرقة اهميتها في النظر القانوني والفقهي . ولما كانت احكام المعارية في القوانين المدنية العربية مستقاة من الفقه الاسلامي حاولت ان يكون هذا البحث مقارناً بين احكام الفقه الاسلامي بمذاهبه التي تمكنت من الوصول اليها بهذا الشأن وبين ما اتجه اليه المشرع في العراق وبعض الاقطار العربية التي اطلعت على تشريعاتها المدنية .

وفي المقدمة نود ان نبين ان الفقه الاسلامي يعتبر المنفعة في المال اقرب الى ان تكون حقاً عينياً سواء في ذلك حق المنتفع ام حق المستأجر ، اما في الفقه الغربي فقد تكون المنفعة حقاً عينياً لملكها كحق الانتفاع وقد تكون حقاً شخصياً كحق المستأجر والمستعير . كما ان هناك فرقاً آخر بينهما هو ان التعامل في المنفعة في الفقه الغربي يرد على مقتضى الاصل ولو كانت اموالاً مستقبلية لان التعامل في الشيء الذي يوجد مستقبلاً صحيح فيه .

اما في الفقه الاسلامي فالتعامل بالمنفعة باعتبارها توجد مستقبلاً بالتجدد لحظة فلحظة غير جائز في اصل القياس وانما اجيز على سبيل الاستحسان وان كان ابن قيم الجوزية يرى ان التعامل فيها جائز قياساً لا استحساناً لانه نظر الى طبيعتها فوجدتها تقتضي ذلك لانه لا يمكن ايراد العقد عليها الا في حال عدمها خلافاً لما له حال وجود وحال عدم كان في حال بيعه حال العدم مخاطرة ومقامرة واما ما ليس له الاحال واحدة فالغالب فيه السلامة . كما ان المشرع وضح لكل حاجة عقداً يختص بها مستقبلاً ذلك من تعامل المجتمع فشرع لتمليك العين بعوض عقد البيع ولتمليكها بغير عوض عقد الهبة كما شرع لتمليك المنفعة بعوض عقد الاجار ولتمليكها بغير عوض عقد الاعارة او اباحة المنفعة .

وسواء كانت الاعارة جائزة قياساً ام استحساناً فهي عقد او تصرف جائز بل مندوب اليه ويكثر التعامل به في كل مجتمع سادت افراده الالفة والمودة والتعاون . والآثار التي تترتب عليه قد تكون ذات اهمية كبيرة لطرفيه مما اقتضى بيانها في هذا البحث الذي ركز فيه على التكييف القانوني لحق المستعير وهو محور البحث وذلك لوجود اتجاهين رئيسيين في الفقه والقانون حول هذا التكييف اذ ذهب البعض الى ان حق المستعير ملك منفعة العين المعارة واتجه اخرون الى انه مجرد اباحة المنفعة . ولا يخفى الفرق الكبير في الاثر بين هاتين النظريتين .

كما اعطيت اهمية خاصة لبحث يد المستعير اذ انها في وجهة نظر يد ضمان وفي وجهة نظر اخرى يد امانة . اما بقية العناوين التي وردت في هذا البحث فانها منسقة ومكملة عسى ان افيد وأفيد . والله الموفق .

الفصل الأول

التعريف بالعارية وحكمها وأقسامها

اقتضى البحث في موضوع التكليف القانوني لحق المستعير ان يمهّد له بما يقتضي ان يكون معلوماً لدى القارئ في ماهية العارية ومشروعيتها وحكمها ومن ثم اقسامها لالقاء الضوء في موضوع البحث كي يلج البحث ومقصوده من خلال هذه المعلومات التي تمهّد له . وسيكون مبحث هذا الفصل في اربعة امور ، الاول التعريف بها . والثاني بيان مشروعيتها . والثالث في حكمها الشرعي . والرابع في اقسامها . وفي ضوء ذلك ستكون مباحث هذا الفصل .

المبحث الأول

التعريف بالعارية

العارية في اللغة هو ما يتعاور في العادة من الفأس والقدر والابرة أي الشيء النافع ذكروا ذلك عند تفسيرهم قوله تعالى (ويمنعون الماعون) .

والمعاصرة هي الأخذ والعطاء والتعاور أي التداول او التناوب وفي الحديث فتعاوروه بأيديهم أي تناولوه وتداولوه ، والعريّة هي العطية . وقيل انها من العري وهو التجرد وسميت عارية لتجردها عن العوض ، وقيل هي من عرا يعرو بمعنى عرض .

وقال الجوهري العارية بتشديد الباء كانيها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وينشد:

إتسا انفسنا عارية
والعارة مثل العارية . قال ابن مقبل :

فاخفف واتلف إنما المال عارة
وكله مع الدهر الذي أتت آكله

وليس كذلك لان الرسول صلى الله عليه وسلم مارس هذا العقد بنفسه ولو كان فيه عار ما مارسه (١) .

العارية في الفقه

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية العارية تعريفاً موافقاً لتكليف كل منهم لحق المستعير . فقال فقهاء الحنفية انها تملك المنافع بغير عوض في المال او تملك المنفعة بلا بدل او تملك نفع بلا عوض (٢) . وفي ضوء هذا التعريف عرفها قديري باشا في مرشد الحيران بانها تملك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض (٣) . ولمخالفة الكرخي من الحنفية تكليف الحنفية لها فقد عرفها بقوله : هي اباحة الانتفاع بملك الغير (٤) . ويمثل هذا عرفها الشافعية فقالوا انها عقد يفيد اباحة الانتفاع من اهل التبرع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده . والحنابلة ايضاً قالوا انها اباحة الانتفاع بالعين بلا عوض او هي اباحة نفع عين يحل الانتفاع بها تبقى بعد استيفائه ليردها . ويمثله عرفها الصنعاني من الزيدية بانها اباحة المنافع من دون ملك العين . اما المالكية فقد عرفوها بتعريف مماثل لتعريف الحنفية لها وقالوا انها تملك العين بغير عوض في المال او هي تملك منفعة مؤقتة لا بعوض (٥) . وعرفها الجعفرية بانها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة (٦) ، والتبرع يؤدي الى التملك .

ومن مجموع تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للعارية يظهر ان عقد العارية عقد رضائي ملزم للجانبين ومن عقود التبرع ولكنه ليس من العقود العينية . ولذلك يشترط ان يكون المعير من اهل التبرع غير محجور عليه .

تعريفها في القانون

عرفت المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي العارية بما يأتي :
 (الاعارة عقد به يسلم شخص لأخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة الا بالقبض) .
 قررت هذه المادة ان العارية عقد وهي عقد رضائي ملزم للجانبين وهو من عقود التبرع كما انه عقد عيني حيث لا يتم الا بالتسليم . وهي كذلك عقد عيني في القانون الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي نصت مادته (٧٣٢) على ما يلي :
 (تتم الاعارة برضا الفريقين ويتسليم العارية الى المستعير) . وكان عقداً عينياً في القانون المصري القديم ، وهو عقد عيني ايضاً في القانون المدني الاردني اذ نصت المادة (٧٦١) منه على ما يأتي : (تتم الاعارة بقبض الشيء المعار ولا اثر لها قبل القبض) . ويلاحظ ان القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني استعملتا كلمة القبض وكلمة التسليم اولى في هذا المقام .

وان فكرة العينية في عقد العارية موروثه من القانون الروماني لان العارية لم تكن فيه من العقود الرضائية القليلة التي وردت فيه . وصارت العارية عقداً رضائياً في القانون الالماني والقانون السويسري والقانون المدني المصري ، اذ نصت المادة (٦٣٥) منه على ان (العارية عقد يلتزم به المعير ان يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض لمدة معينة او في غرض معين على ان يرده بعد الاستعمال) . وجاءت المادة (٦٥٤) من القانون المدني السوري والمادة (٦٣٤) من القانون المدني الليبي مطابقتين لنص المادة (٧٣٥) من القانون المدني المصري . وهي كذلك في قانون الالتزامات والعقود المغربي اذ نص الفصل (٨٣٠) منه على ان (عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم احد طرفيه الاخر شيئاً لكي يستعمله خلال اجل معين او في غرض محدد على ان يرده بعينه) . وغريب على القانون المدني العراقي هذا الاتجاه اذ انه اكثر القوانين المدنية العربية نهلاً من الفقه الاسلامي .

المبحث الثاني

مشروعية العارية وحكمها

مبحث العارية يعطينا صورة من صور التعايش والمساعدة والتعاون بين افراد المجتمع لادامة الاوضاع الخيرة وتقويتها وتنمية الالفه والمودة . لذلك اخصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . والعارية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والقياس . واصل مشروعيتهما من القرآن قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) المائدة آية ٢ . وقوله تعالى (ويمنعون الماعون) الماعون آية ٣ .

وإذ قال الجمهور المراد به الزكاة ، قال ابن عباس وابن مسعود والنخعي وسعيد بن جبير هو ما يتعاور في العادة من الفأس والقدر واليه ذهب المنصور بالله فأوجب عارية مثل هذا وذكر في رسالة ان للمرأة ان تعير ذلك بغير اذن زوجها .
واما السنة ففي الصحيحين ان الرسول صلى الله عليه وسلم استعار فرساً من ابي طلحة فركبه.

وفي رواية لابي داود والنسائي وغيرهما باسناد جيد انه صلى الله عليه وسلم استعار درعاً من صفوان (وفي رواية دروعاً) ابن امية يوم حنين فقال أغضب يا محمد ؟ فقال بل عارية مضمونة. ونقل هذا الحديث عنه ابنه عبدالرحمن رغم الاختلاف في صحته ورغم انه قيل عنه انه حديث ضعيف والشك في ان صفوان قد رأى النبي صلى الله عليه وسلم . وقد ذم الله مانع العارية وتوعدده رسول الله صلى الله عليه وسلم واجمع المسلمون على جوازها أي اباحتها . واما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع ولذلك أصبحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً وهذا القياس من وجه .
اما من حيث طبيعتها فقد جوزت استحساناً . والعارية من المعروف وقال البخاري هي المعروف كله وهي من البر ويحتاج الناس اليها ولذلك شرعت في جميع القوانين المدنية (٧) .

المبحث الثالث

حكم العارية

ان حكم كل مسألة في فقه الشريعة الإسلامية تتناوله بعض احكام الحكم الشرعي في الاقتضاء أو التخيير ، فشرعت العارية مندوبة لأنها من البر والله سبحانه وتعالى يقول (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان) . وكونها مندوبة فهو على اطلاقها اما اذا دخلها ما يستوجب وجوبها صارت واجبة كاعارة ثوب لدفع حر أو برد واعارة الحبل لانقاذ غريق والسكين لذبح حيوان يخشى هلاكه . وهي محرمة اذا تبين ان المستعير يستعين بها على محرم ومكروهة اذا استعان بها على مكروه .
وقيل انها كانت واجبة اول الاسلام ثم نسخ وجوبها وصارت مندوبة لقول النبي صلى الله عليه وسلم (اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك) . وقوله صلوات الله وسلامه عليه (ليس في المال حق سوى الزكاة) (٨) .

المبحث الرابع

أقسام العارية

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العارية الى عارية مطلقة وعارية مقيدة . واخذت بهذا التقسيم القوانين المدنية العربية دون ذكره كتقسيم وانما بنت الاحكام عليه . ونص عليه القانون المدني الاردني صراحة في المادة (٧٧٢) منه .
والمطلقة هي العارية المجردة من بيان من يستعملها وكيفية استعمالها ووقت ومكان استعمالها ولكنها تعين بالعرف . واذا كانت العارية مطلقة انتفع المستعير بالعين المعارة

بأي نوع من ضروب الانتفاع لان الحكم عند التعميم كالحكم عند الاطلاق وقد جاز للمستعير ان ينتفع بنفسه او يعير غيره لوجود الاطلاق ولا يتقيد الا بالعرف لان المطلق يتقيد بالعرف . واختلفوا في انه يتقيد باول منتفع اولا (٩) .

ويرى الشافعية ان انتفاع المستعير يتقيد بما اذن به المعير مطلقاً مع مراعاة العرف ومثلهم المالكية (١٠) . وقد جاء نص المادة (٧٧٧) من مرشد الحيزان معبراً عما ذهب اليه الحنفية بما يأتي : اذا اطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال جاز له ان ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال اراد بشرط الا يتجاوز المعهود والمعروف فان تجاوزه وهلكت العارية ضمنها .

والمقيدة هي ما قيد به المعير المستعير بزمان الاستعمال او مكانه او كميته او بالمنتفع ، أي انه اذا قيدت بوقت او بمنفعة من منافعها او قيدت بها تقيد المستعير بذلك لا ينتفع بمنفعة الا اذا كانت ادنى او مماثلة لما قيدت بها . واذا قيدت بمنفعة فلا تجوز مخالفة هذا الشرط فيما يختلف استعماله باختلاف المستعمل وتجاوز له المخالفة فيما لا يختلف استعماله باختلاف المستعمل لعدم فائدة الشرط حينئذ .

والمبدأ العام ان التصرف لا يعد مخالفة اذا كان الى خير او السى مثل مساو . اما القوانين المدنية العربية فقد جاءت نصوصها بهذا الشأن بما يأتي : نصت المادة (٦٣٩) من القانون المدني المصري التي تطابقها المادة (٦٠٥) من القانون المدني السوري والمادة (٦٣٨) من القانون المدني الليبي على (ان للمستعير ان يستعمل العارية على الوجه المبين في عقد الاعارة مع مراعاة العرف وطبيعة العين المستعارة ولا يجوز له دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال لغيره ولو على سبيل التبرع ولا يكون مسؤولاً عما يلحق الشيء المعار من تغيير او تلف بسبب الاستعمال الذي يبيحه عقد العارية) . وهذا هو ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة .

ونصت المادة (٧٧٢) من القانون المدني الاردني على ما يأتي :

١- للمستعير ان ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الاعارة المطلقة التي لم تقيد بزمان او بمكان او بنوع من الانتفاع .

٢- فاذا كانت مقيدة بزمان او مكان وجب عليه مراعاة هذا القيد وليس له عند تعيين نوع الانتفاع ان يجاوز القدر المماثل او الاقل ضرراً .

وقد نص الفصل (٨٢٧) من قانون الالتزامات والعقود المغربي على انه (ليس للمستعير ان يستعمل الشيء المعار الا بالكيفية وفي الحدود المبينة بمقتضى العقد) .

ونصت المادة (٧٣٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه (ليس للمستعير ان يخرج في استعماله العارية عن الوجه والحد المنصوص عليهما في العقد او المستفادين من العرف) .

اما القانون المدني العراقي فقد جاء نص المادة (٨٥١) منه كما يأتي :

(ان المعير اذا قيد المستعير بنوع الاستعمال او وقته او مكانه فليس للمستعير ان يستعمل العارية في غير الوقت والمكان المعينين ، وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون فيه ومجاوزته الى ما هو فوقه ضرراً وانما له استعماله استعمالاً مماثلاً لما قيدت به او أقل

منه ضرراً) . وهذا ما يتفق ومذهب الحنفية ولا يكاد يختلف عما ذهب اليه الشافعية والحنابلة في التطبيق .

الفصل الثاني

تكييف عقد العارية وآثاره

هل ان العارية عقد ؟ هذا ما قال به جمهور الفقهاء وما ذهب اليه التشريعات باستثناء فقهاء الحنابلة الذين قالوا انها مجرد اباحة وليست عقداً . وان هذا العقد تترتب عليه اثار هي التزامات وحقوق اخص منها الضمان الذي يتحقق عند تحقق شروطه ويختلف باختلاف النظر الى يد المستعير اهي يد ضمان أو يد امانة ؟ هذه هي مباحث هذا الفصل .

المبحث الاول

تكييف عقد العارية

العارية عقد غير لازم وعليه يجوز للمعير ان يرجع في العارية كما ان للمستعير ان يردّها في أي وقت شاء سواء كانت مطلقة ام مقيدة الا اذا اذن المعير بالانتفاع بها بأمر يتضرر المستعير من الرجوع فيها . وذهب فقهاء المالكية الى ان لربها اخذها قبل مضي ما جرت العادة أن تعار اليه ومتى احب بشرط ان يدفع المعير للمستعير ما انفق بسببها اذا لم تقيد بأجل . كما قالوا انها ان كانت للغرس والبناء وحصولا فانه يلزم المعتاد ما لم يدفع المعير للمستعير ما انفقه فان دفع كان له حق الرجوع وسبب الزامه أي المعير تفرطه بعدم التقيد بالأجل .

اما اذا انقضت المدة وكان المستعير قد بنى او غرس فذهب المالكية الى ان المالك بالخيار ان شاء الزم المستعير بقلع غراسه وهدم بنائه وان شاء اعطاه قيمته مقطوعاً (١١) . وقال الشافعي ان المعير اذا لم يشترط على المستعير القلع فليس له مطالبته به بل يكون المعير بالخيار بين ان يدفع للمستعير اجر مثله او ان يملكه ويجبر المستعير على ما يريده المعير من هذين الخيارين (١٢) .

وقال ابو حنيفة وأحمد انه يجوز للمعير ان يرجع في العارية بعد القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم (المنحة مردودة والعارية مؤداة) ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . وان كان قد غرس او بنى فللمعير ان لم يوقف العارية بمدة مطالبته بالقلع من غير ضمان لان المستعير يعتبر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد (١٣) . وكذلك يجوز للمستعير ان يردّه لانه اباحة فجاز لكل واحد منهما رده . وان استعار منه ارضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المعير في العارية قبل ان يدرك الزرع فيجبر المعير على ابقائها باجر مثلها الى الحصاد والاعارة للزرع تعني موسماً واحداً . وقال مالك اذا وقت له مدة في العارية لم يكن له الرجوع فيها وان لم يوقت له مدة لزمه ان يتركه مدة ينتفع بها في مثلها (١٤) .

ويتبين من هذه الآراء ان عقد العارية في ذاته عقد غير لازم وترتب على هذا جواز الرجوع فيه من أي طرف من طرفيه وفي أي وقت يشاء وترتب على هذا الرجوع آثار

يقتضيها التوازن بين المصالح . وما ذهب اليه الامام مالك بالزام المعير بالمدة المتفق عليها او المناسبة للانتفاع هو الرأي الذي يجعل عقد العارية مؤثراً في العلاقة الاجتماعية التي يهدف الي تنظيمها اضافة الى احترام الكلمة والوفاء بالعهد .

ثم ان جمهور الفقهاء يرى كما ظهر ان العارية عقد غير لازم لكن الحنابلة يرون انها مجرد اباحة وليست عقداً يتوقف نشوءه على الايجاب والقبول^(١٥) وان تحقق الاباحة براءة المعير وحده وللمستعير ان ينتفع بالعين المباح له الانتفاع بها ان شاء .

ولخصت المادة (٧٨٥) من مرشد الحيران ما ذهب اليه جمهور الفقهاء بقولها (للمعير ان يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء ولو كانت مؤقتة او كان في استردادها ضرر الا اذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع او كان قريب الزوال فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين في يد المستعير باجر المثل حتى يزول الضرر) .

وهكذا نرى ان الفقهاء المسلمين قد لجأوا لدفع الضرر عن المستعير الى تغيير العلاقة من عقد غير لازم الى عقد ايجار لازم مؤقت بالاجل الذي بمضيه يرتفع الضرر .

وقد عدها التشريع عقداً يسلم به شخص لأخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال . ولكن بعض التشريعات عدته من العقود العينية لا يتم الا بالقبض ومنها القانون المدني العراقي في المادة (٨٤٧) منه ، وانه عقد يرتب التزامات على طرفيه وان كان هناك من يرى ان هذا العقد ملزم لجانب واحد لان التزامات الطرف الاخر لم تنشأ من العقد وانما تواجدت جنباً الى جنب على سبيل الصدفة دون ان يكون بينهما ارتباط اصلا . وان العارية لا ترتب بحد ذاتها التزامات الا على عائق الطرف الذي يسبب حيازته للشيئ المعار يلتزم برده^(١٦) .

ومن وجهتي النظر هذه خلاف نظري منها يلتقيان في التطبيق بترتيب التزامات على طرفي العلاقة . والعارية عقد تبرع بالنسبة للمعير لانه لا يأخذ شيئاً من المستعير مقابل نفع الشيء المعار وبالنسبة للمستعير لانه لا يعطي شيئاً للمعير مقابل الانتفاع بالشيئ المعار . ومن المفيد ان نميز في عقود التبرع بين عقود التفضل والسهبات فعقود التفضل يولي المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون ان يخرج عن ملكية ماله فالعارية عقد تفضل لان المعير يتبرع بمنفعة العين دون ان يخرجها من ملكه اما الهبة فتخرج الموهوب من ملك الواهب .

وعقد التبرع تفضلاً كان ام هبة تكون فيه مسؤولية المتبرع اخف من مسؤولية المعروض . والفلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع ولا يؤثر في عقود المعاوضة الا اذا كان شخص المتعاقد محل اعتباراً في العقد .

ويجوز الطعن في عقود التبرع بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائئه دون حاجة الى اثبات سوء النية عند من تلقى التبرع بينما يجب اثبات ذلك في عقود المعاوضة .

والعارية عقد من عقود الإدارة وليست من عقود التصرف ولذلك تصح لمن له اهلية الإدارة كالولي والوصي والقيم وتصح في العقار والمنقول ومحلها يجب ان يكون قيمياً بخلاف الغرض الذي ينصب على محل مثلي .

مادامت العارية عقدًا فتسري عليها احكام العقد في التراضي والمحل والسبب (١٧) ، ويستوفى المنتفع منفعة العين بعد تسلمها من المالك بنفسه او بغيره على رأي من يرى ذلك واهم واجب على المستعير هو العناية بالعين المنتفع بها وردها الى مالكها عند نهاية الانتفاع .

واهم واجب على المالك الا يتعرض للمنتفع في انتفاعه وان يضمن له العيوب والهلاك والا يتصرف بالعين مادام حق المنتفع متعلقًا بها (١٨) . وان هلكت العين المعارة او اصابها الضرر فان احكام هذا تظهر في المبحث الثاني المتعلق بتكليف يد المستعير .

المبحث الثاني

يد المستعير

في الفقه الاسلامي ثلاثة اتجاهات بالنسبة ليد المستعير نبينها فيما يأتي :

الأول : ما قال به ابو حنيفة و احد قولي مالك والنخعي والحسن والأوزاعي ونسب الي شريح ايضاً وهو مذهب الجعفرية ، وخلصته ان يد المستعير على العين المعارة يد امانة ليست مضمونة اصلاً وقد شبه اصحاب هذا الراي العارية بالوديعة او الاجارة فلا يسأل المستعير عن تلفها دون تقصير . وذلك لان اللفظ لا ينبي عن التزام الضمان لانه ان كان امتلاك المنافع بغير عوض او لباحتها فالقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فالقبض لا يكون الا للانتفاع فلم يقع تعدياً (١٩) .

ويرى الحنفية ان العارية اذا هلكت بيد المستعير بلا تعد فلا ضمان عليه ولو شرط المعير الضمان لان هذا الشرط باطل . وقد استدلت الحنفية بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (ليس على المستعير غير المقل ضمان) ولان العارية امانة في يد المستعير سواء هلكت من استعماله ام لا (٢٠) وهذا هو الحكم في الحق الثابت بالعقد كمن استأجر دابة او استعارها للركوب او الحمل فان له حق الضرب المعتاد عند الحاجة فان نفقت به لم يضمن ، اما ان ضربها به ضرباً غير معتاد ضمن لانه غير مأذون فيه .

والمعول عليه في هذه القاعدة هو العرف في الاستعمال معتاداً أو غير معتاد لا مقدار الضرب وقد يكون الضرب دليلاً على مخالفة العرف في الاستعمال . كما استدلوا بما روى يعلى بن امية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (اذا اتك رسلي فاعطهم ثلاثين درعا ، قلت يا رسول الله أعارية مضمونة او عارية مؤداة ؟ قال بل عارية مؤداة) . والمؤداة هي التي تجب تاديتها مع بقاء عينها ، اما المضمونة فتضمن بقيمتها عند التلف (٢١) .

الثاني : انها يد ضمان وهو ما قال به اشهب من المالكية والشافعي و احد قولي مالك والحنابلة وبه قال عطاء واسحق وربيعة الذي استثنى موت الحيوان .

وعلى المستعير عندهم ضمان القيمة يوم التلف لا يوم القبض كله او بعضه في يده ولو بأفة من غير تقصير وان شرط عدم ضمانه لان الاصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه (٢٢) .

وقالوا ذلك لأن المستعير أثبت يده على مال غيره لغرض نفسه من غير استحقاق فيضمن كالمستام فان قيل لهم ان هذا الوصف ليس علة في المستام لانه لايناسب قالوا انه ينبغي ان يقال انه غير معقول او هو مخصوص بمحله وصورته وهو يد السوم ويرد على ذلك انه حصل الاجماع على ان ضمان الايدي غير مقصور على يد السوم اذ هو جار في يد الشراء ويد المستعير من الغاصب ويد المودع ويد الغاصب فاجتمع امران احدهما وجوب التعليل والاخر الاضافة الى الوصف الحادث لان الحكم حدث بحدوث وصف وهذا ما يجب تعليله فقد كان الرجل برئ الذمة فيضمن بالاخذ فاضيف الي الاخر . ووجب سير صفاته وامتنع تخصيصه بمحله لان ذلك منقوض بالاجماع وكل وصف انتقض بالاجماع فقد بان بالاجماع انه ليس مناطاً للحكم .

وحتى لو علنا الضمان في يد السوم بانه اثبات يد على مال الغير وتركنا خصوص جهة السوم لبطل بيد الوديعة فلا بد أن نزيد اثبات اليد لغرض نفسه احترازاً عن الوديعة فاستقام التعليل بهذا القدر (٢٣) .

واستدلوا ايضاً بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال : (على اليد ما اخذت حتى تؤديه) . ومنه دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره ولا يبرأ الا بمضيره الى مالكه ولا تتحقق التأديبة الا بذلك وهو عام في الغصب والوديعة والعارية وان كانت الدلالة فيه غير صريحة .

ويؤيد هذا حديث صفوان الذي فيه عارية مضمونة ، أي ان انتفاع المستعير بالعارية بناء على عقد الاعارة يجعل يده عليها يد ضمان فاذا هلكت بلا تعد ولا تقصير ضمنها بخلاف المأذون له بالانتفاع فان العين في يده تكون امانة وقد ذكر هذا فقهاء الشافعية . اما الحنابلة فانهم لا يفرقون بين الاعارة والاذن بالانتفاع لان الاذن بالانتفاع عندهم متى صاحبه وضع يد المنتفع على العين صار عارية . ولكنهم استثنوا من الضمان الصغير والسفيه حتى مع تعدهما للاتلاف لان لربها سلطه عليها ولو ضمن لبطلت فائدة الحجر (٢٤) .

الثالث : ان المستعير يضمن فيما غاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم واكثر اصحابه أي انه لا يجب عندهم ضمان على المستعير ان هلكت العارية بيده الا في احد امرين :

١- ان تكون العارية وقعت في قابل المغيب عليه أي الذي يمكن اخفاؤه وذلك كالثياب والسفينة السائرة والحلي وسائر العروض فان ادعى تلف شيئ من ذلك فانه يضمنه لأخر رؤية عنده حيث لم تقم بينة عليه انه قد عدم وتلف بغير سبب وان شهدت بينة بتلفه بغير تفریط لم يضمن لان الضمان للتهمة وقد انعدمت بقيام البينة . ويرى اشهب انه ضمان عداء لا ينبغي باقامة البينة اما اذا كان لا يقبل الغيبة عليه أي لا يمكن اخفاؤه كالحيوان والعقار وسفينة في المرسى فلا ضمان عليه ان ادعى تلفه وهو مصدق فيه مالم يظهر كذبه .

٢- ان يكون التلف بتعد او تقصير منه فهو ضامن مطلقاً ولو شرط نفسي الضمان . وقال اللخمي والمازري انه لاضمان عليه عند الشرط لان العارية معروفة واسقاط الضمان معروف اخر لامانع منه وبه قال اشهب . ولا ينتفع المعير بشرط الضمان ايضاً لان عدم الضمان بطريق الاصاله ولان العارية مع شرط الضمان تنقلب اجارة فاسدة لان الضمان اجراها وهي فاسدة لان الاجرة مجهولة .

وكذلك لاضمان عليه فيما لم يتحقق فيه احد الشرطين وان اشترط الضمان لانه كما ذكرنا يخرج عن حكمها الى الاجارة الفاسدة لان الشرط مجهول يرد الى المعلوم فيلزمه اجر المثل في استعمال العارية . وعند تحقق الضمان تضمن العين دون منفعتها اذ يضمن المستعير العين المعارة عند تلفها وذلك اثر من اثار عقد الاعارة أي انه يضمن قيمتها يوم التلف ولا يعرض مانقص من قيمتها بالاستعمال وهذا ماذهب اليه ابن رشد في المقدمات (٢٥) . اما يد المستعير في القانون فان المسؤولية التعاقدية في المعاوضة تختلف عنها في عقود التبرع فهي اما ان تكون اخف او اشد منها فمسؤولية المتبرع اخف من مسؤولية المعاوض ويمكن ان تشد اذا كان المتعاقد تلقى التبرع وهو في العارية كذلك والعارية لا ترتب بحد ذاتها التزامات الا على عائق الطرف الذي بسبب حيازته للشيئ المعار يلتزم برده .

واما الالتزامات التي تنشأ على الطرف الاخر فانها لم تنشأ من العقد وانما تواجدت جنباً الى جنب على سبيل الصدفة دون ان يكون بينها ارتباط اصلاً لذلك فالاصل عدم ضمان المعير للاستحقاق ولا للعيوب الخفية لان المعير انما التزم بترك المستعير ينتفع بالشيئ المعار بتمكينه من هذا الانتفاع .

وإذا صار المعار في يد المستعير فان يده عليه يد امانة وعليه ان يبذل في المحافظة عليه العناية التي يبذلها الرجل المعتاد . وقد اشترط المشرع الا تقل عن العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ذلك هو نص المادة (٦٤١) من القانون المدني المصري . على انه يضمن هلاك الشيء اذا هلك في حادث مفاجئ او قوة قاهرة وكان في وسعه ان يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص او كان بين ان ينقذ شيئاً مملوكاً له او الشيء المستعار فاختر ان ينقذ ما يملكه . وان هذا الاستثناء فيه تشديد في مسؤولية المستعير لان العارية تبرع لمصلحته اذ القاعة العامة ان القوة القاهرة تنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر (٢٦) .

وما نصت عليه المادة (٦٤١) من القانون المدني المصري هو نفسه حكم المادة (٦٠٧) من القانون المدني السوري والمادة (٦٤٠) من القانون المدني الليبي والمادة (٧٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني وهو حكم المادة (٧٧٠) من القانون المدني الاردني والفصل ٨٥٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي . وهو كذلك ما نصت عليه الفقرة (١) و (٢) من المادة (٨٥٨) من القانون المدني العراقي فيد المستعير ان ي امانة والتقصير والتعدي يغيرها الى يد ضمان وكذلك يغيرها الاعذار من يد امانة الى يد ضمان فيضمن المستعير الشيء المعار عند هلاكه بيد المستعير بعد اعذاره من قبل المعير بوجوب تسليمه (٢٧) .

الفصل الثالث

التكييف القانوني لحق المستعير

تمهيد

من استحق منفعة مقدرة فله ان يستوفي مثلها او دونها لا اكثر منها والاصل في منفعة العين انها معدومة وقت التعاقد عليها فالتعامل فيها تعامل في شئ معدوم فهو باطل في القياس وانما اجيز استحساناً .

والمنفعة التي تنتقل بالعقد يجب ان تكون منفعة مقصودة من العين في الشرع وفي نظر العقلاء . وتختلف المنافع باختلاف الاعيان المنتفع بها ويستوفي المنتفع المنفعة المقدرة وان المنفعة لا تقوم الا بالعقد . فان تلك المنفعة بغير عوض كما في العارية تتميز بان تصرفات المستعير تكون اكثر تقيداً وان العين المعارة يمكن استردادها من قبل المعير في أي وقت .

وقيل ايضاً ان من خصائص العارية ان المنفعة فيها شخصية للمنتفع لا عينية لانها ناشئة عن عقد لا عن وصية او وقف . ومن هنا نشأ الخلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في تكييف حق المستعير . فقال بعضهم انها اباحة منفعة وقال الآخرون انها ملك المنفعة . والمباحث الآتية بيان لهذين الرأيين .

المبحث الاول

اباحة المنفعة

ذهب فقهاء الشافعية وفقهاء الحنابلة والكرخي من الحنفية الى ان العارية اباحة المنفعة وان المستعير يملك استيفائها على وجه ما اذن له وانما يتقيد بما اذن به المعير مطلقاً لا فرق بين ما يختلف استعماله باختلاف المستعمل وما لا يختلف مع مراعاة العرف لان الاذن والتقييد قد يكون عرفاً كما يكون نصاً .

غير انه اذ اذن له بمنفعة كان له تجاوزها الى مثلها او دونها ما لم ينهه عن ذلك لان الرضا بشئ يعد رضا بمثله او بما هو دونه لان مادونه اقل ضرراً . ولكن الحنابلة يختلفون عن الشافعية في انهم يرون ان العارية مجرد اباحة وليست عقداً يتوقف على القبول من المستعير بل هي مجرد اذن بالانتفاع . اما الشافعية فمع ذهابهم الى ان العارية تقيد الاباحة يرون انها عقد يتوقف انعقادها على الاجاب والقبول ويفرقون بينها وبين الاذن بالانتفاع فيقولون بان انتفاع المستعير بالعارية بناء على عقد الاعارة يجعل يده عليها يد ضمان بخلاف الماذون له بالانتفاع فان العين من يده تكون امانة . اما الحنابلة فلا يفرقون بينهما ويرون ان الاذن بالانتفاع متى صاحبه وضع يد المنتفع على العين صارت عارية .

وان فقهاء الشريعة يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة من حيث العموم والخصوص في المنشأ ومن حيث القوة والضعف في الحق فملك المنفعة نفعاً انما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والاجارة والاعارة والوصية بالمنافع .

اما حق الانتفاع فهو اعم اذ يشمل هذا ويشمل ايضاً مجرد الانتفاع الناشئ عن اذن واباحة فقط من المالك . اما في اصطلاح فقهاء القانون فبها شئ واحد . والاصل ان مالك

المنفعة يحق له تملكها بخلاف من ابيحت له اذانبها عنده اقوى . واستدل اصحاب هذا الرأي بما يأتي :

- ١- ان العارية تتعقد بلفظ الاباحة فلو قال شخص لآخر ابحت لك داري تسكنها شهراً كان ذلك اعارة منه .
- ٢- ان العارية تصح من غير بيان مدة لها كما اذا قال شخص لآخر اعرتك كتابي هذا ولو كانت تملكاً لما صحت لان في عدم ذكر المدة جهالة لا يصح معها التملك ولذلك لا يصح عقد الايجار دون ذكر المدة .
- ٣- ولو كان المستعير مالكا لحق الانتفاع لما صح نهي المعير له ولما التزام بما ينهيه عنه المعير لان الصالك ينتفع بملكه كيف يشاء .
- ٤- ان المستعير لا يملك ان يوجر العارية ولو كان مالكا لمنفعتها لجاز له ان يوجرها لانه تصرف فيما يملك .

هذه هي ادلتهم وسوف نعود لمناقشتها بعد ان نبين الرأي الثاني وادلة اصحابه ، ويترتب على هذا الرأي ان اصحابه لا يجعلون للمستعير حق الاعارة لغيره لانه انما ابيح له الانتفاع فلا يملك نقل الاباحة لغيره ولا يصح الا باذن المعير وقد صرح فيها بالاباحة لان لفظ العارية قائم مقام لفظ الاباحة وان لم يصرح بالاباحة فالمعنى عليها ، وان اعارها وتلف عند الثاني استقرت عليه قيمتها واجرتها ان كان عالماً بالحال واستقرت اجرتها على المستعير ان لم يكن عالماً بالحال وللمالك ان يضمن ايأ شءاً منهما بخلاف المستعير من المستأجر فلا ضمان عليه ان لم يفرط وحيث ضمنها المستعير فبقيمتها يوم تلفها كما ان للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوساطة وكيله (٢٨) .

المبحث الثاني

ملك المنفعة

ذهب فقهاء الحنفية وفقهاء المالكية الى ان الاعارة سبب شرعي لافادة المستعير ملك المنفعة ، لان المعير قصد خصوص تملك المنفعة للمستعير بلا عوض ويستوفي المنتفع المنفعة وقد اصبح مالكا لها بحسب طبيعة العين وما اعدت له ويستوفئها بنفسه او بغيره لان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد اذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد الا بالتسمية او الرضا .

وان المنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعاً للحاجة واذا كان المستعير يعد مالكا لمنفعة العين فانه قد يكون اكثر من واحد كما اذا استعار العين اثنان او اكثر من مالكيها على وجه الاشتراك او على وجه التهاوي . وقد استدل اصحاب هذا الرأي بدليلين:

الاول : ان العارية تتعقد بلفظ التملك فلو قال شخص ملكتك منافع داري شهراً كان ذلك منه اعارة لداره شهراً والملك خلاف الاباحة .

الثاني : ان للمستعير ان يعبر لغيره اذا كانت العارية لا يختلف استعمالها باختلاف المستعمل وهذا تصرف في المنفعة وهو اعارة الملك ولو لم يكن

المستعير مالكا لما جاز له ان يعير .

وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعاً من صفوان ولم يكن ذلك الا لاستعمالها بواسطة جيشه عن طريق اعارتها منه لهم وذلك تصرف يدل على تملكه لمنافعها بالاعارة . ويترتب على هذا الرأي ان للمستعير ان يعير منفعة العين المستعارة لغيره اذ ان الشارع جعل لمالك المنفعة الانتفاع بنفسه وبغيره كالمالك والمستأجر والمستعير ، الا ان المستعير اكثر تقيداً في تصرفه لان ملكه للمنفعة بغير عوض ومن هنا يكون ملزماً بما ينهيه عنه المعير ومرجع ذلك الى ان النهي من قبيل انتهاء الانتفاع المنهي عنه وذلك ما يملكه المعير بحكم ان العارية عقد غير لازم وان يد المستعير عليها غير مستقرة ويقاؤها في يده مجرد امل واحتمال فلا تصلح ان تعد قائمة مقام منفعة ترد عليها العقود .

وقد اختلف المالكية والحنفية في تصرفات المستعير ايضاً فذهب المالكية الى ان المستعير يجوز له ان يؤجر العارية لغيره كما يجوز له ان يعيرها لانه مالك للمنفعة ومن اثار الملك جواز التصرف فيها على جري العادة وعلى الوجه الذي ملكه ومالك المنفعة جعل له الشارع الانتفاع بنفسه وبغيره كالمالك والمستأجر والمستعير فلكل منهم ان يؤجر وان يهب وان يعير .

وان اسقط مالك الانتفاع الذي شبهه الامام مالك بالمستعير حقه في الانتفاع سقط حقه على الوجه الذي اسقطه فان اسقطه مدة مخصوصة رجع اليه بعد انقضائها وان اطلق في الاسقاط فلا يعود له . ولكنه اذا نهى عن الاعارة السنم لان المعير الذي يمنع المستعير من ان يعير انما قصد انتفاع ذلك الشخص المخصوص الموصوف بكونه مستعيراً . اما الحنفية فقد منعوا المستعير من اجارة العارية وان اجرها وعطبت ضمنها المعير الذي كان مستعيراً ولكنهم صححوا اعارتها سواء اختلف الانتفاع باختلاف المستعمل ام لا اذا لم يعين المعير منتفعاً بالذات .

وعلى هذا الحكم نصت مجلة الاحكام العدلية في المادتين (٤٢٨ ، ٨١٩) اذ ان حكمها ان للمستعير ان يعير سواء في العارية المطلقة ام المقيدة . وذلك بناء على الاصل النظري في ان مالك الشيء له حق تملكه والمستعير مالك للمنفعة فله تملكها ، وليس للمستعير ان يؤجر لان الاجارة اقوى من الاعارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلا يبني اللازم على غير اللازم ولا يستطيع الشخص تملك اكثر مما يملك هو (٢٩) .

المبحث الثالث

مناقشة الأدلة

نوقشت ادلة اصحاب الرأي الاول القائل بالاباحة بما يأتي :

ان انعقاد الاعارة بلفظ الاباحة قد يكون اساسه الاستعمال المجازي في ارادة التملك بلفظ الاباحة لان اللفظ صالح لهذا المعنى مجازاً . اما صحتها من غير بيان مدة فمرجعه انها عقد غير لازم واذا لم تذكر المدة في العقد غير اللازم فان ذلك لا يبيد الى الجهالة المفضية الى النزاع كما في كثير من صور التبرعات . اما كون المستعير ملزماً بما ينهيه

المعير عنه فمرجعه كون العقد غير لازم أيضاً وبعد المنهى عنه من قبيل انتهاء الانتفاع وذلك ما يملكه المعير بحكم كون العقد غير لازم . واما كون المستعير ليس له ان يوجر العارية فذلك لان الاجارة عقد لازم فلا يصح ان يبني على عقد الاعارة غير اللازم لان ذلك يترتب عليه اما جعل اللازم غير لازم أي جعل عقد الاجار غير لازم واما جعل غير اللازم لازماً أي جعل عقد الاعارة لازماً وذلك عند استرداد المعير العارية قبل انتهاء مدة عقد الاجار . هذا ما قال به الحنفية .

اما المالكية فانهم يجيزون للمستعير ان يوجر العارية كما يجيزون اعارة منفعتها لان ذلك لث من اثار الملك فلا يكون هذا حجة عليهم .

كما نوقشت أدلة القائلين بالملكية بما يأتي :

ان انعقادها بلفظ التملك لا يصلح دليلاً على التملك لانه يمكن حمله على المجاز في الدلالة على الاباحة وهو حمل مقبول . اما استدلالهم بجواز اعارتها من المستعير فهو لا يلزم اصحاب الرأي الاول لانهم لا يجيزون اعارتها . وقالوا ان ليس في حديث صفوان ما يدل على ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد اعار ما استعاره الى غيره واذ كان ذلك قد حدث فانما حدث باذن من المالك ولو كان هذا الاذن بدلالة الحال او العرف لان الرسول صلى الله عليه وسلم كان في وقت حرب واستعارة عدد من الدروع انما يكون لاستعمالها من قبل المجاهدين بدلالة الحال فيكون اذن المعير اساسها لا ملكية المنفعة (٢٠) .

ترجيح

بعد بيان الأدلة التي استدلت بها الفقهاء لدعم وجهة النظر التي ذهبوا اليها ومناقشتها تبين لنا بان الرأي الراجح ما ذهب اليه فقهاء الشافعية ومن معهم ان المعير قد اباح للمستعير استعمال الشيء المعار ولم يملكه المنفعة . ويؤيد هذا الترجيح ما استدلت به اصحاب هذا الرأي في صحتها من غير بيان مدة لان التملك يقتضي بيان المدة لانها هي معيار المنفعة محل العقد وهي تختلف وتتعدد باختلاف الزمن ، ولذلك قد تفضي هذه الجهالة الى النزاع الذي مرتكزه اية منفعة وقع العقد عليها اهي المنفعة اثر التعاقد ام التي تليها ؟ والى أي مدى يتملك المستعير ؟ وبناء عليه لا يصح التملك .

المبحث الرابع

تكييف حق المستعير في القانون

رجح المشرع المصري ما ذهب اليه الشافعية ومن وافقهم وعمل به اذ نصت

الفقرة (١) من المادة (٦٣٩) منه على ما يأتي :

ليس للمستعير ان يستعمل الشيء المعار الا على الوجه المعين وبالقدر المحدد وذلك طبقاً لما بينه العقد او تقبله طبيعة الشيء او يعينه العرف ولا يجوز له دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع . وبهذا التوجه سار المشرع السوري فجاء نص المادة (٥٠٦) منه مطابقاً لنص المادة (٦٣٩) من القانون المدني المصري ومثله

نص المادة (٦٣٨) من القانون المدني الليبي . وقد اتجه المشرع الاردني هذا الاتجاه ايضاً فنصت المادة (٧٧٤) منه على ما يأتي:

لا يجوز للمستعير بدون اذن المعير ان يتصرف في العارية تصرفاً يترتب لاحد حقاً في منفعتها او عينها باعارة او رهن او اجارة او غير ذلك .

اما المشرع العراقي فقد اتجه الى ماذهب اليه الحنفية ومن وافقهم واجاز للمستعير اعارة العين المعارة في الاعارة المطلقة فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٨٥٣) على انه اذا اطلق المعير للمستعير الاذن بالانتفاع ولم يعين منتفعاً جاز للمستعير ان ينتفع بنفسه بالعين المعارة وان يعيرها لمن يشاء سواء كانت مما يختلف باختلاف المستعمل أو لا . ولكنه قيد المستعير في الفقرة نفسها ان كانت العارية مما يختلف بالاستعمال وقد استعملها بنفسه ، فليس له بعد ذلك اعارتها .

ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على انه ان قيدها المعير وعين منتفعاً يعتبر تعيينه . وبتجاه المشرع العراقي اتجه المشرع اللبناني اذ اجازت المادة (٧٣٥) من قانون الموجبات والعقود للمستعير ان يعير العارية دون اذن المعير ما لم تكن العارية معقودة لاعتبار شخصي فيه او لاستعمال معين خاص .

وقد جاء قانون الالتزامات والعقود المغربي موافقاً لهذا الاتجاه ايضاً اذ نص الفصل (٨٣٨) على ماوافق هذا المعنى حيث جاء فيه :

للمستعير ان يستعمل الشيء بنفسه او ان يعيره بدوره لاحد من الغير او ان يمنحه استعماله على سبيل التبرع مالم تكن العارية قد تمت بالنظر لشخص المستعير او لغرض محدد على وجه التخصيص .

اما ماقال به المالكية من حق المستعير في ان يؤجر المنفعة فلم يأخذ به تشريع من التشريعات التي تيسر الاطلاع عليها خاصة وانها منعت المستأجر من ايجار منغعة الماجور الذي اجازه فقهاء الشريعة له كما اجازه القانون المدني خلافاً لقوانين ايجار العقار .

الفصل الرابع انقضاء العارية

مأل كل التزام الى انتهاء او الى تقابل مع التزام مقابل يوقف حركته كما يرى الحنفية . والعارية عقد يترتب التزامات على طرفيه فان نفذت تلك الالتزامات او طرأ ما ادى الى انقضائها فقد انقضت .

ونبحث في هذا الفصل الموجز اسباب انقضاء العارية بمبحثين :

الاول : لانقضاء بالوفاء بالالتزام من قبل طرفي العلاقة العقدية .

والثاني : لانقضائها باسباب اخرى .

المبحث الأول

إنقضاء العارية بالوفاء

ونقصد بالوفاء هنا ان تنتهي العارية بعد ان يتحقق هدف طرفيها منها ويتم هذا بعد ان يوفى المعير بجميع التزاماته اذا سلم المستعير العين المعارة وترك العين للمستعير طول مدة الاعارة ان حددت المدة وان لم تحدد ففي العقد حددت عرفاً ورد النصوفات التي اضطر المستعير الى انفاقها للمحافظة على العين المعارة اثناء الاعارة ولم يتعرض احد للمستعير في استيفاء المنفعة في استحقاق للعين المعارة او غير ذلك . واستعمل المستعير الشيء المعار على الوجه الواجب المعين وبالقدر المحدد بالعقد او تقبله طبيعته او يعينه العرف وحافظ على الشيء المعار وفقاً لالتزامه بالمحافظة عليه ثم رد الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها دون اخلال بمسؤوليته وفي المكان الذي تسلمه فيه او الذي اتفق عليه اني المعير بنفسه او على يد امينة وتحصل مؤنة رده فقد انقضت العقد وتحقق الغرض منه كعقد تفضل من جانب المعير وانتفع المستعير بالعين المعارة بلا عوض وبه ينقضي التزام كل من طرفيه (٣١) .

المبحث الثاني

إنقضاء العارية بطرق أخرى غير الوفاء

كما تنقضي العارية بالوفاء تنقضي بالانتهاء باعتبارها عقداً غير لازم ويصح ان يكون هذا الانتهاء من كل من المعير او من المستعير كما تنتهي بسقوط الاجل وبفسخ العارية وبالموت وبهلاك العين وفيما ياتي بيان لهذه الطرق :

١- **الانتهاء** : ان العارية لا تلزم المعير ولا المستعير فيجوز لكل منهما انهاؤها في أي وقت ولو قبل انقضاء الاجل المعين في العقد . ولكن ليس للمستعير ان يرد العارية الى المعير قبل انقضاء الاجل رغم ان الاجل مقرر لمصلحته اذا كان الرد في هذا الوقت يضر بالمعير كأن يكون غير مستعد لتسلمه فلا يرغم على قبوله ويلتزم المستعير بالترتيب . وكما يصح الانتهاء من قبل المستعير يصح من قبل المعير اذا لم يكن قد حدد لها اجلا على ان يمهل المستعير مدة معقولة ، اما اذا كان قد حدد لها اجلا فهو ملزم للمعير .

٢- **سقوط الاجل** : يجوز للمعير ان يطلب في أي وقت انتهاء العارية عند تحقق سبب من الاسباب التي عند وجودها اجاز القانون للمعير طلب انتهاء العارية وتلك الاسباب هي:

- أ- اذا عرضت للمعير حاجة عاجلة لم تكن متوقعة تنقضي عودة العين المعارة اليه .
- ب- اذا اساء المستعير استعمال الشيء المعار او قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .
- ج- اذا اعسر المستعير بعد انعقاد العارية او كان معسراً قبل العقد دون علم المعير .
- ٣- **الفسخ** : اذا اخل المستعير بالتزامه واساء استعمال الشيء او قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه كان للمعير ان يفسخ العقد وذلك لان التزام المعير بترك

المستعير ينتفع بالشيء طول مدة العارية يقابله التزام المستعير باستعمال الشيء على الوجه الواجب وبالمحافظة عليه .

٤- الموت : المقصود هنا بالموت الذي تقتضي به العارية هو موت المستعير لان شخصيته محل اعتبار في العقد وان قصد المعير ان يعيره هو ولان طبيعة الحق تأبى انتقاله الى الورثة وان طبيعته القانونية تقتضي بانقضائه بموت صاحبه . اما موت المعير فلا ينهي العارية وتنتقل حقوق المعير الى ورثته وكذلك تنتقل التزاماته بحدود تركته .

٥- هلاك العين : بينا فيما سبق ان العارية امانة في يد المستعير فان هلكت بلا تعد او تقصير منه انقضى العقد ولا ضمان على المستعير وان كان الهلاك بتعد او تقصير منه انقضى العقد مع الضمان .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة هذا احاول هنا ان اخص النتائج المهمة التي توصل اليها هذا البحث فيما يأتي :

- ١- اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تكييف حق المستعير ، فقال البعض انه اباحة وقال البعض الاخر انه ملك وقد انتقل هذا الاختلاف الى التشريعات العربية فرجحت بعض التشريعات هذا الرأي ورجحت الاخرى ذلك واخذت بما رجحت . وهذا يدل على ان لكل من الرايين من القوة والتأثير المتواصل عبر الزمن وان كنا خلال البحث قد رجحنا الرأي الذي اتجه الى ان حق المستعير اباحة المنفعة من العين المعارة .
- ٢- اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في يد المستعير هل هي يد ضمان ام يد امانة او انها يد امانة فيما هو ظاهر ويد ضمان فيما يمكن اخفاؤه ، وان المشرع الحديث مال الى كونها يد امانة ما لم يكن الهلاك بتعد او تقصير من المستعير
- ٣- وجدت ان كل النصوص القانونية المدنية العربية بخصوص العارية مستقاة من فقه الشريعة الاسلامية ذلك الفقه الثري المعطاء الذي لكثرة ما فيه من الاراء يصلح لكل زمان ومكان .

ليس هذه وحدها نتائج البحث وان كثيراً من نتائجه تتضح للقارئ من خلال البحث والله من وراء القصد

الهوامش

- ١- مختار الصحاح للرازي - منتهى المرام في شرح آيات الاحكام لأبن القاسم ص ٤٥٢ - تفسير الجلالين - القرآن وتفسيره (منهجي) وزارة التربية .
- ٢- مجمع الأنهر - شرح ملتقى الأبحر جلد ٢ ص ٣٣٢ ، شرح منامسكين على كنز الدقائق للهرودي ص ٣٥٣ ، درر الحكام مولى خسرو ص ٥٤٨ .
- ٣- المادة ٦٦٣ .
- ٤- مجمع الأنهر جلد ٢ ص ٣٣٢ .
- ٥- البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٢٥٣ ، شرح زاد المستتفع للبهوتي ص ٢٢٠ ، شرح ابن قاسم الغزي ج ٢ ص ٨ ، ٩ ، القوانين الفقهية لابن رجب ص ٢٨٢ ، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٣٣ ، الملكية في الشريعة الإسلامية - علي الخفيف ج ٢ ص ٣٢ .
- ٦- منهاج الصالحين - السيد محسن الطباطبائي الحكيم ج ٢ ص ٧٣ .
- ٧- جامع التحصيل في احكام المراسيل ص ٢٧١ ، منتهى المرام في شرح آيات الاحكام ص ٤٥٤ ، حاشية الباجوري على ابن القاسم ج ٢ ص ٨ ، حلية العلماء ج ٥ ص ١٩٠ مع الحاشية ، الفقه الإسلامي - د. محمد عباس السامرائي وجماعته ص ٥٦ .
- ٨- حلى المعاصم لبنت فخر ابن عاصم للتاودي ج ٢ ص ٢٥٦ ، حاشية حلية العلماء ص ١٩٠ ، ١٩١ .
- ٩- الملكية في الشريعة الإسلامية - الأستاذ علي الخفيف ج ٢ ص ٣٦ ، شرح الوقاية على الهداية - مخطوط ورقة ٦٧٧ ، الفقه الإسلامي - د. محمد عباس السامرائي وجماعته ص ٥٩ .
- ١٠- الملكية في الشريعة الإسلامية - المصدر السابق ص ٣٨ .
- ١١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٩ .
- ١٢- بداية المجتهد - ج ٢ ص ٢٦٣ .
- ١٣- حلية العلماء - ج ٥ ص ١٩٤ وما بعدها عن الهداية وفتح القدير ج ٧ ص ١٠٣ .
- ١٤- المصدر نفسه ج ٥ ص ١٩٥ .
- ١٥- الملكية في الشريعة الإسلامية - الأستاذ علي الخفيف ج ٢ ص ٣٥ ، ٣٦ .
- ١٦- القانون المدني الجزائري - د. وحيد الدين سوار ج ١ ص ٣٦ .
- ١٧- الوسيط - د. السنهوري ج ١ ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، ج ٦ ص ١٥٠٨ .
- ١٨- مصادر الحق - السنهوري ج ٦ ص ٦٧ .
- ١٩- بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٦٣ ، الأشباه والنظائر - ورقة ٩٥ ، الفقه الإسلامي - د. محمد عباس السامرائي وجماعته ص ٦٠ ، حلية العلماء للشاش النفال ج ٥ ص ١٨٩ ، فقه الإمام الأوزاعي - د. عبدالله الجبوري ج ٢ ص ٢٤٦ ، مختصر المزني حاشية الام ج ٣ ص ٣٢ ، منهاج الصالحين - السيد محسن الحكيم ص ٧٣ .

- ٢٠- مجمع الإنهر - ج ٢ ص ٣٣٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٣ .
- ٢١- النظرية العامة للمعاملات - احمد فهمي ابو سنة ص ١٢٤ ، سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٦٧ .
- ٢٢- فتح المعين بشرح فرة العين للمليباوي حاشية الشيخ علي باصايرين ص ٨٩ شرح زاد المستتفع للبهوتي ص ٢٢٠ ، الضمان في الفقه الاسلامي / القسم الاول - علي الخفيف ص ١٥٧ .
- ٢٣- شفاء الغليل في بيان الشبه والمجمل ومسالك التعليل أبو حامد الغزالي - تحقيق د. حمد الكبيسي ص ٢٨٥، ٢٨٦ - الام للشافعي ج ٣ ص ٢١٨ ، مختصر المزني حاشية الام ج ٣ ص ٣٢ .
- ٢٤- سبل السلام ، الصنعاني ج ٣ ص ٦٧ - الملكية في الشريعة الاسلامية الاستاذ علي الخفيف ج ٢ ص ٣٦، ٣٥ ، البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٢٥٣ .
- ٢٥- بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٣ ، البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥٣ ، حلى المعاصم ص ٢٥٢ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٣٦ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٣٥ - التنف في الفتاوي ابو الحسن السفدي ج ٢ ص ٦١٣، ٦١٤ - الملكية في الشريعة الاسلامية الاستاذ علي الخفيف ج ٢ ص ٣٥ .
- ٢٦- الوسيط في نظرية العقد د. عبدالمجيد الحكيم ج ١ ص ١٠٢ ، الموجز في شرح القانون المدني د. عبدالمجيد الحكيم ج ٢ ، احكام الالتزام ص ٣٤، ٣٥ ، القانون المدني الجزائري ، الدكتور وحيد رضا سوار ج ١ ص ٣٦ ، الوسيط د. عبدالرزاق السنهوري ج ٦ جلد ٢ ص ١٥٤٦ .
- ٢٧- الموجز في شرح القانون المدني الحكيم ج ٢ احكام الالتزام ص ٣٤، ٣٥ .
- ٢٨- حلية العلماء ج ٥ ص ١٩٩ ، المغني ج ٥ ص ١٦٨ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٣٧ ، حاشية الباجوري ج ٢ ص ٨ ، شرح زاد المستتفع ص ٢٢٠ ، مصادر الحق السنهوري ج ٦ ص ٧٥ ، الملكية في الشريعة الاسلامية - علي الخفيف ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها .
- ٢٩- شرح الوقاية على الهداية مخطوط ورقة ١٣٧ ، مجمع الإنهر جلد ٢ ص ٣٣٢ ، شرح منلامسكين على الكنز للبهوتي ص ٣٥٣ ، درر الحكام مولى خسرو ص ٥٤٩ ، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٣٥، ٤٣٨ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٣٣ ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد - الزرقاء ج ٢ ص ٣٩ ، الملكية - الخفيف ص ٣٣ .
- ٣٠- حلية العلماء ج ٥ ص ٢٠٠ ، حاشية الباجوري ج ٢ ص ٨ ، مجمع الإنهر جلد ٢ ص ٣٣٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٣ ، الملكية في الشريعة الاسلامية - الاستاذ علي الخفيف ص ٣٣ وما بعدها .
- ٣١- التقنين المدني الجديد - عيسى عبدالله عيسى ص ٤١٦ .