

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

بيان حال المستعار .

فصل : و أما بيان حال المستعار فحاله أنه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا و عند الشافعي C مضمون و احتج بما [روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان : أغصبا يا محمد ؟ فقال E بل عارية مضمونة] و لأن العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب و هذا لأن العين اسم للصورة و المعنى و بالهلاك أن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لأن قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب و لأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء .

و لنا : أنه لم يوجد من المستعير سبب و جوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة و الإجارة و إنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله و فعله الموجود منه ظاهرا هو العقد و القبض و كل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان .

أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تملिका أو إباحة على اختلاف الأصلين و أما القبض فلوجهين : .

أحدهما : أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فبالأذن أولى و هذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير و حفظه و صيانته عن الهلاك و هذا إحسان في حق المالك .

قال الله تعالى جل شأنه : { هل جزاء الإحسان إلا الإحسان } و قال تبارك و تعالى كان { ما على المحسنين من سبيل } دل أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فمع الإذن أولى .

الثاني : أن القبض المأذون فيه لا يكون تعديا لأنه لا يفوت يد المالك و لا ضمان إلا على المتعدي قال الله تعالى تبارك و تعالى : { فلا عدوان إلا على الظالمين } بخلاف قبض الغصب .
وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا أن وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها و قوله قيمتها معناها قلنا ممنوع و هذا لأن القيمة هي الدراهم و الدنانير و الدراهم و الدنانير عين أخرى لها صورة و معنى غير العين الأولى فالعجز عن رد أحد العينين لم يوجب رد العين الأخرى و في باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر و هو إتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد حتى و لو وجد يجب الضمان ثم نقول إنما وجب عليه ضمان الرد لأن العقد متى انتهى بانتهااء المدة أو بالطلب بقي العين

في يده كالمغصوب و المغصوب مضمون الرد حال قيامه و مضمون القيمة حال هلاكه و عندنا إذا هلك في تلك الحالة ضمن .

و أما قوله : قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فممنع الإذن أولى .

و المقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم و لا حجة له في حديث صفوان لأن الرواية قد اختلفت فقد [روى أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه و سلم فأرسل إليه فأمنه و كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يريد حينئذ فقال : هل عندك شيء من السلاح ؟ فقال : عارية أو غصبا فقال E : عارية فأعاره و لم يذكر فيه الضمان] و الحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت إلا إحداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما أنه إن ثبت فيحتمل ضمان الرد و به نقول فلا يحتمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [العارية مؤداة]