

الكتاب الثالث
الكفالة

الكفالة

ويحتوي على مقدمة وثلاثة أبواب
مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة واجماع الأمة .

فقد جاء في القرآن الكريم (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وجاء في السنة (الزعيم غارم)
أي الكفيل ضامن (فتح القدير) (أنظر المادة ٦٤٣).

للكفالة عدة محاسن جلييلة .

كإزالة خوف الدائن وآلامه من ضياع ماله وخوف المدين على نفسه فعليه فللكفيل بذلك يد
على الدائن والمدين معاً والكفالة من هذه الجهة تعد من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها
حيث قال «وكفلها زكريا» في قراءة التشديد يتضمن الإمتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم
بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمي نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء للملك أراد
قتلهم (الشبلي).

ومع ذلك فالإمتناع عن الكفالة أقرب للحيلة والحذر لأنه جاء في التوراة (الزعامة أولها ملامة
وأوسطها ندامة وآخرها غرامة) . وبعبارة أخرى إن الكفيل يكون معرضاً للوم الناس وقد يلوم نفسه
بنفسه على مجازفته بالكفالة وبما أنه يكون مطالباً بحسب الكفالة بتأدية دين غيره قد يندم لتطويحه
ماله في سبيل غيره وقد يلحقه ضرر بضمانه المال الذي تعهد به ونصب وتعب في السعي وراء
الحصول على الشخص المكفول . لأن الغرم لزوم الضرر ومنه قوله تعالى «إن عذابها كان غراماً» (رد
المحتار).

المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

الكفالة لغة بمعنى الضم والعلاوة وعليه فنقلها إلى معنى المادة الآتية من قبيل نقل العام إلى الخاص قال الله تعالى (وكفلها زكريا) أي ضمها إلى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام «أنا وكافل اليتيم كهاتين» أي ضام اليتيم إلى نفسه (رد المحتار في أول الكفالة).

خلاصة الباب الأول

قد ادرجنا هنا خلاصة المسائل إلى الباب الثاني.

تعريف الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء وترد على هذا التعريف الاعتراضات الآتية:

- ١- إذا كفّل أحد نفس صبي بلا أمر كان الكفيل مطالباً والأصيل غير مطالب.
- ٢- إذا كفّل أحد ديناً على آخر وأنكر المدين الدين وحلف اليمين طوّل الكفيل بالدين دون الأصيل.

جواب الأول- التعريف بالأخص.

جواب الثاني- يكفي زعم الكفالة لثبوت المطالبة.

يثبت حق المطالبة في ذمة الكفيل بالكفالة بالعين أو بالنفس ولا يكون ديناً لأن في هذه الأحوال لا يوجد دين أساساً. وفي الكفالة بالدين على قول لا يثبت في ذمة الكفيل غير حق المطالبة وليس الدين لأنه:

أولاً: يحصل توثيق الحق بثبوت حق المطالبة في الكفيل ولا حاجة إلى ثبوت الدين.

ثانياً: بما أن الدين يبقى في ذمة الأصيل بعد الكفالة فإثبات الدين في ذمة الكفيل قلب للحقيقة ولكن يعترض على هذا السبب الثاني بأن للمغضوب منه حق المطالبة بالمال المغضوب من الغاصب أو غاصب الغاصب فيمكن تطبيق مسألة الكفالة على هذه المسألة الشرعية. ويجب على ذلك بأن هناك فرقاً بين هاتين المسألتين: بأنه للدائن حق مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أما المغضوب منه فليس له إلا أن يطالب واحداً من الغاصب أو غاصب الغاصب فقط بالمال المغضوب وليس له إذا طالب أحدهما به أن يطالب الآخر.

ثالثاً: وإذا ثبت دينان تستحيل المطالبة باحدهما دون الآخر.

شروط الكفالة

في الكفيل والمكفول عنه والمكفول له والمكفول به

- | | | |
|---|-----------------|----------------|
| $\left\{ \begin{array}{l} \text{يشترط كونه عاقلاً بالغاً} \\ \text{يشترط كونه راضياً} \\ \text{يشترط ألا يكون مريضاً مرض الموت} \\ \text{يشترط أن يكون غير المكفول له} \end{array} \right.$ | أنظر المادة ٦٢٨ | ١- الكفيل |
| $\left\{ \begin{array}{l} ١- يشترط أن يكون معلوم الهوية أي شخصه \\ ٢- وكونه عاقلاً بالغاً ليس بشرط. \\ ٣- وكونه معلوم الاسم ليس بشرط. \\ ٤- وإذا كان مفلساً وكان حياً تصح الكفالة بالإتفاق وإذا توفي فليست صحيحة على رأي الإمام الأعظم أما الإمامان فقد ذهبا إلى صحتها \end{array} \right.$ | | ٢- المكفول عنه |
| $\left\{ \begin{array}{l} ١- يشترط في الكفالة بالنفس العلم بالشخص والمكان (١). \\ ٢- وفي الكفالة بالمال أن يكون مضموناً على الأصيل بنفسه. \\ ٣- والمعلومية في الكفالة بالمال ليست بشرط \\ ٤- يشترط العلم بالمكفول به هل النفس أو المال. \\ ٥- يشترط أن يكون المكفول به معلوماً \end{array} \right.$ | | ٣- المكفول به |

﴿المادة ٦١٢﴾ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمتم في حق ذلك.

الكفالة في اصطلاح الفقهاء ضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به.

(١) مستثنى يكون المكفول به مجهولاً في شركة المفاوضة وتكون الكفالة جائزة.

وجاء في المجلة (شيء) ليشمل ذلك الكفالة بالعين والكفالة بالدين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم. إذاً إن ذلك الشيء إما أن يكون مائلاً كالعين والدين كما هو في الكفالة بالمال وإما أن يكون نفساً كما هو الحال في الكفالة بالنفس وإما أن يكون تسليماً كما هو في الكفالة بالتسليم (الدر المختار، ورد المختار)، ويقصد من الذمتين المذكورتين في التعريف الذات.

وقد أشارت المجلة بقولها (يعني أن يضم أحد الخ) إلا أن المقصود بالذمة هو الذات (رد المختار). قد مر تعريف الذمة وإيضاحها في شرح المادة (٨).

أي أن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر في حق المطالبة بشيء وأن يلتزم أيضاً المطالبة التي لزمته في أحق ذلك الشخص ويتعهد بها.

تقسيمات الكفالة - تقسم الكفالة على أوجه ثلاثة:

التقسيم الأول - تقسم الكفالة كما يفهم من المواد (٦١٣ و ٦١٤ و ٦١٥) إلى ثلاثة أقسام باعتبار المكفول به. أولها الكفالة بالمال، ثانيها الكفالة بالنفس، ثالثها الكفالة بالتسليم. وتقسم الكفالة بالمال إلى قسمين، بالنسبة إلى كون المال عيناً أو ديناً وبذلك تبلغ أنواع الكفالة الأربعة.

النوع الأول - الكفالة بالمال بالعين. كالكفالة بالمال المغصوب مثلاً: لو غصب أحد شاة من آخر وكفل شخص ذلك بعين الشاة وهي موجودة بيده صح ويكون ذلك الكفيل قد ضم ذاته إلى ذات الغاصب في المطالبة بتلك الشاة وعلى ذلك يكون للمغصوب منه حق مطالبة أيها شاء بتلك الشاة الغاصب أو كفيله.

النوع الثاني - الكفالة بالمال الدين ككفالة أحد آخر بدين ألف غرش عليه.

النوع الثالث - الكفالة بالنفس وذلك أن يكون لأحد عند آخر حق وطلب ويكفل آخر نفس ذلك الرجل المطالب. وفي مثل هذه الكفالة النفسية يوجد ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء أيضاً، وعلى ذلك يكون لذلك الطالب حق المطالبة بحقه وباحضار خصمه إلى مجلس القاضي فيحق له أن يطلب من الكفيل أن يحضر ذلك الشخص إلى مجلس القاضي وعليه فالشيء الذي يطلب به الكفيل والأصيل في الكفالة النفسية شيء واحد أي نفس المكفول به.

النوع الرابع - الكفالة بالتسليم وهي أن يشتري شخص من آخر مائلاً ويكفل البائع ثالث على تسليم المبيع إلى المشتري. ولما كانت الكفالة بالمال تشمل النوعين الأول والثاني فكان من الصواب عدّها قسمًا واحداً واعتبار الكفالة في التقسيم الأول ثلاثة أقسام فلذلك سنجعل الكفالة بهذا الوجه ثلاثة أقسام.

التقسيم الثاني: للكفالة تقسيم آخر وهو المذكور في المادة (٦١٧) إن هذا التقسيم باعتبار نفس العقد والكفالة بهذا الاعتبار تقسم إلى أربعة أقسام: الكفالة المنجزة، الكفالة المعلقة، الكفالة المضافة، الكفالة المشروطة. (أنظر المادة ٦١٧) وشرحها وشرح عنوان الفصل الأول من الباب الثاني.

أما الأقسام الثلاثة باعتبار المكفول به فلا تتداخل ببعضها وكذلك الأقسام الثلاثة من أربعة الأقسام باعتبار العقد لا يتداخل بعضها ببعض أما الأقسام الثلاثة الأولى فتتداخل وتجتمع بالأقسام الثانية.

التقسيم الثالث- يفهم من أحكام المادة (٦٢٥ و ٦٢٦) من المجلة أن الكفالة تقسم باعتبار القيد والوصف إلى أربعة أقسام: الكفالة المطلقة، الكفالة الموقفة، الكفالة المعجلة، الكفالة المؤجلة. وسيأتي في هذا الكتاب بعد تفصيل هذه الأقسام المذكورة مع بيان أحكامها متناً وشرحاً.

«أسئلة وأجوبة»

قد عرفت الكفالة في التنوير على هذا الوجه والمجلة أخذت عنه. إلا أن هذا التعريف غير جامع لأفراده وبيان ذلك:

أولاً - قد بين في شرح المادة (٦٢٩) أنه إذا كفّل شخص نفس صبي بدون أمر ولي الصبي فكفيل يكون مطالباً دون الصبي ولا يلزم الولي إحضار الصبي فلذلك لا يكون في هذه الكفالة ترتب الشيء المترتب على المكفول ولا تدخل الكفالة بنفسية التي من هذا القبيل في هذا التعريف لأنه في هذه الكفالة قد أصبح الكفيل مطالباً مع أن الأصل لم يكن مطالباً بشيء.

ثانياً - إذا قال شخص انني أكفل فلاناً بالدين المطلوب منه لفلان وأنكر الأصل دينه ولم يستطع الدائن اثبات الدين فيكون الكفيل مطالباً مع أن الأصل لا يطالب بشيء. فبذلك تخرج الكفالة التي هي من هذا القبيل من التعريف المذكور (انظر المادة ٨١).

ويجيب على السؤال الثاني أنه في ثبوت المطالبة بحق الأصل لا يشترط فيها وجودها في نفس الأمر ويكفي في ذلك ثبوت المطالبة بزعم الكفيل.

تفصيل الاختلاف - في الكفالة بالدين شيان أحدهما الدين وثانيهما حق المطالبة بالدين من المدين والضم على الاطلاق يكون أحياناً في المطالبة فقط وليس في الدين وإليك بعض ذلك:

أولاً - كالوكيل بقبض الدين والموكل فالدين للموكل يثبت له الدين كما تثبت له المطالبة أما الوكيل فلا يكون له غير المطالبة ولا يثبت له الدين مثلاً: لو وكل أحد رجلاً بقبض دين له على آخر فيكون قد ضم الوكيل المذكور إلى موكله ولكن ذلك الضم ينحصر في حق المطالبة فقط.

ثانياً - يكون الوكيل بالشراء مطالباً بضمن المبيع فقط. مع أن ذلك الثمن المذكور ثابت في ذمة الموكل ودين عليه حتى أن البائع لو أبرأ الموكل من الثمن المذكور صح إبرأؤه وعليه ففي هذه المسألة أيضاً يكون ضم الوكيل للموكل ضمّاً في المطالبة وليس في الدين. وبما أن الموكل بمقتضى المادة (١٤٦١) ليس مطالباً بضمن المبيع تجاه البائع فكيف يجوز ضم الوكيل بالشراء إليه فالموكل ليس مطالباً بذلك قضاء وإنما هو مطالب به ديانة.

ثالثاً - الولي والوصي والناظر مطالبون بالأشياء التي يلزم دفعها وأداؤها مع أنه لا يثبت في ذمتهم شيء. مثلاً لو أتلّف صبي مال آخر ولزمه الضمان بمقتضى المادة (٩١٦) فيطالب وليه أو وصيه بأداء ضمانته من مال الصبي. فذلك إنما ثبت في ذمة الصبي ولم يثبت شيء في ذمة وليه أو وصيه. ومن المتفق عليه أن الشيء الثابت في الكفالة بالنفس وفي الكفالة بالأعيان المطالبة فقط. لأن فيها لا يثبت في ذمة الأصيل دين ولا يثبت في ذمته غير المطالبة كما أنه من الظاهر أن الكفيل لا يثبت في ذمته دين.

لكن مما لا ريب فيه في الكفالة بالدين أن الشيء الثابت في ذمة الأصيل الدين وحق المطالبة معاً أما الكفيل فهل يكون الشيء الثابت في ذمته حق المطالبة أم حق المطالبة مع الدين؟ وقد اختلف في ذلك وقد قال بعض العلماء أن الشيء الثابت في ذمة الكفيل هو حق المطالبة فقط وليس الدين.

وقد بين صاحب الهداية وابن الهمام من كبار العلماء أن هذا القول هو الأصح. ودليل العلماء الذين رأوا هذا الرأي هو:

أولاً: أن التوثق الذي يوجب الكفالة يحصل بثبوت حق المطالبة في ذمة الكفيل ولا حاجة إلى ثبوت الدين في ذمته كما مر معنا في مثال الولي وأمثاله.

فما دام الكفيل مطالباً بدون ثبوت الدين في ذمته فلا يستلزم الحكم بثبوت الدين في ذمته قال في رد المحتار عن الفتح لأن اعتبار الدين في ذمتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا لأن التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة.

ثانياً - إن الدين يبقى في ذمة الأصيل بعد الكفالة كما كان قبلها وعلى ذلك فلا يمكن أن يتصور ثبوت الدين في ذمة الكفيل لأنه يكون الدين على هذه الصورة دينين وذلك قلب للحقيقة. وعليه حيث لم يكن ثمة ضرورة لا يرى هذا الرأي.

وفي المسائل الآتية قد وجدت ضرورة لاعتبار الدين الواحد دينين فلذلك قد حكم بثبوت الدين في ذمة الكفيل:

المسألة الأولى - إذا وهب الدائن أي المكفول له أو تصدق بالمكفول به على الكفيل وقبل ذلك منه كان ذلك صحيحاً كما جاء في شرح المادة (٦٦٠).

المسألة الثانية - إذا اشترى المكفول له من الكفيل مالاً في مقابل دين صح ذلك وأصح الكفيل بريئاً من الكفالة. ففي هاتين المسألتين ضرورة لثبوت الدين في ذمة الكفيل وإلا لكان ذلك تمليك الدين لغير المدين وهذا باطل مثلاً لو اشترى شخص مالاً من آخر في مقابل عشرة دنائير

مطلوبة له من آخر فلا يصح البيع فعليه يجب في هاتين المسألتين لضرورة تصحيح التصرف القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل وجعل الدين الواحد في حكم الدينين. أما في الأمور السائرة فيما أنه لا يوجد ضرورة فلا يجوز جعل الدين الواحد دينين (أنظر المادة ٢٢).

إذا قيل إنه يثبت في الكفالة دينان أحدهما في ذمة الأصيل والثاني في ذمة الكفيل يكون غير معقول. لأنه إذا جوز عدم استيفاء الدين من الآخر بعد استيفائه من أحدهما يكون ذلك بمثابة أن يكون لشخص في ذمة زيد عشرة دنانير وفي ذمة عمرو عشرة دنانير أخرى وهذا مستحيل فلا يجوز استيفاء الدين من عمرو بعد أن استوفي من زيد.

وقال بعض العلماء بأن ما يثبت في ذمة الكفيل هو ما يثبت في ذمة الأصيل وهو الدين وحق المطالبة إلا أن الدين لا يسقط عن ذمة الأصيل وقد قال الإمام الشافعي والإمام مالك رحمهما الله بذلك كما أن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى على رواية قد ذهب إلى الوجه المشروح.

وأدلة العلماء الذين ذهبوا إلى القول الثاني هي كما يأتي:

أولاً - يطالب الكفيل بالدين كالأصيل. والمطالبة بما أنها فرع للدين ولا يتصور الفرع بدون الأصل ومن المحال المطالبة بدين إذا لم يكن ثمة دين ولذلك يلزم أن يثبت الدين في ذمة الكفيل (الزيلي).

وقد أجاب العلماء القائلون بالقول الأول على هذا الدليل بأربعة أوجه:

الوجه الأول: والواقع أنه وإن كان لا تتصور المطالبة بدين إذا لم يكن الدين موجوداً والدين لا يلزم في كل حال من يطالب به ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بثمان المبيع وهو ثابت في ذمة موكله ودين عليه. حتى أن البائع لو أبرأ الموكل من الثمن المذكور صح إبرأؤه.

الوجه الثاني - وقد تنفصل المطالبة في حق الدائن عن أصل الدين فيكون للدائن المطالبة بدين لم يكن مطلوباً له وذلك كمطالبة الوكيل بالبائع المشتري بثمان المبيع والثمن المذكور ليس حقاً للوكيل بل مال الموكل. ففي هذه المسألة قد انفصلت المطالبة عن أصل الدين وتوجهت المطالبة على الكفيل لكفالاته مع ثبوت أصل الدين في ذمة المدين.

الوجه الثالث - والمطالبة كما تنفصل عن أصل الدين بتأجيله تنفصل في الكفالة عنه أيضاً كما لو بقي لأحد في ذمة آخر مائة جنيه من ثمن مبيع مثلاً وأجله إلى سنة سقطت المطالبة مدة سنة مع بقاء الدين في ذمة المدين في تلك السنة وعلى ذلك فقد انفصلت المطالبة في هذه المسألة عن الدين فيمكن إنفصالها كذلك عنه في الكفالة.

الوجه الرابع - ونسبة المطالبة للدين كنسبة ملك التصرف إلى ملك العين. وكما يجوز انفصال ملك التصرف في حق الراهن عن ملك العين «أي أن الراهن في الوقت الذي يكون مالكاً

لعين المرهون فلا يقتدر على التصرف فيه» يجوز انفصال التزام المطالبة في الكفالة عن أصل الدين (الكفاية شرح الهداية).

ثانياً - إذا وهب الدائن الدين إلى الكفيل صح وإذا كانت الكفالة كفالة بالأمر فللكفيل حق الرجوع على الأصل. والحال أنه إذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل كان ذلك مؤدياً إلى هبة الدين من غير المدين وتمليكك إياه وهذا ليس بصحيح (الزيلعي).

لأنه كما مرّ آنفاً لا يجوز تمليك الدين لغير المدين ما لم يهبه إلى آخر ويسلطه على قبضه ويقبضه ذلك الشخص (أنظر المادة ٨٤٨).

ثالثاً - واشتراء الدائن شيئاً من الكفيل، في مقابل دينه صحيح والحال أن ذلك الشراء لا يكون صحيحاً إذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل لأنه لا يصح أن يشتري أحد له دين على آخر شيئاً من ثالث في مقابل ذلك الدين كما مر معنا آنفاً وقد مر الجواب على هذين الدليلين الأول والثاني آنفاً.

رابعاً - إذا قيل أن ما يثبت في ذمة الكفيل المطالبة وليس الدين فكان يلزم بطلان الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بالمال لوفاته كما في الكفالة بالنفس أيضاً. (أنظر المادة ٦٦٦) والحال أن وفاة الكفيل بالمال لا توجب بطلان الكفالة ويستوفى المال المكفول به من تركته (أنظر المادة ٦٧٠) ويورد العلماء القائلون بالقول الأول على هذا الجواب الآتي: ما يثبت في الكفالة بالدين في ذمة الكفيل المطالبة بالدين. وتتعلق هذه المطالبة بتركة الكفيل عند وفاته ولا تبطل الكفالة المالية بوفاة الكفيل لإمكان المطالبة من التركة. أما في الكفالة بالنفس فبما أن ما يثبت في ذمة الكفيل هو المطالبة بالنفس فلا يمكن المطالبة بالنفس المكفول بها لوفاة المكفول عنه، كما لا يمكن المطالبة بأخذ بدل ذلك من التركة.

خامساً - يصح بمقتضى المادة (٦٢٦) أن يكون للكفيل كفيل وإذا أدى ذلك الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الأول بما دفع إذا كانت كفالاته بأمره وليس له الرجوع على الأصل. وإذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل الأول فكان يلزم ألا يكون للكفيل الثاني حق بالرجوع عليه. لأن الرجوع أمر متفرع عن إيفاء الدين وقد ذكر ذلك في المادة (١٥٠٦). (فالخاص أن ثبوت الدين في الذمة إعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين) «الفتح في أول الكفالة».

ولكن القائلين بالقول الثاني من العلماء قد اعترضوا عليه بالجواب الآتي: إذا ثبت الدين في ذمة الكفيل أيضاً أو بعبارة إذا كان دين الدائن الذي على الأصل عشرة جنيهاً وثبت في ذمة الكفيل عشرة جنيهاً أخرى فيصبح ذين الدائن عشرين جنيهاً بعد أن كان عشرة ووجب استيفاء الدين مضاعفاً. والحال أنه لا يمكن استيفاء الدين الواحد مرتين (أنظر المادة ١٦٥) ويقال جواباً على ذلك أنه وإن كان استيفاء الدين الواحد من اثنين من كل واحد على حدة بتمامه غير جائز

بمقتضى المادة (١٦٥١) فثبوت الدين في ذمة اثنين جائز على أنه إذا أداه أحدهما سقط عن الآخر وبرئت ذمته ولا يكون ذلك موجباً لمضاعفة الدين للدائن (الزيلي). وأمثال ذلك في الشرع الشريف كثير كالغاصب وغاصب الغاصب فكل منهما كما هو مذكور في المادة (٩١٠) ضامن البذل المعصوب وذلك البذل ثابت في ذمة كل منهما ولكن ليس للمعصوب منه استيفاء غير بدل واحد لأن حقه بدل واحد فقط. مثلاً لو غصب أحد مالا من آخر وغصب آخر منه ذلك المال أيضاً فالمعصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وإذا ضمنه الغاصب الأول فلا يكون الغاصب الثاني بريئاً أما إذا ضمن الثاني أصبح الأول بريئاً، (الشلي).

لكن هناك فرق بين الأصيل والكفيل بالنسبة إلى الغاصب وغاصب الغاصب فللدائن بمقتضى المادة (٦٤٤) ان شاء طالب الأصيل وحده بالدين وان شاء طالب الكفيل وحده وان شاء طالب الأصيل بمقدار والكفيل بمقدار وله في ذلك حق. أما المعصوب منه فإذا اختار تضمين واحد من الغاصب أو غاصب الغاصب أصبح الثاني بريئاً على رأي الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى أي أنه إذا اختار تضمين الغاصب فليس له تضمين غاصب الغاصب لأنه باختيار أحدهما أوجب ذلك تمليك المعصوب (رد المحتار في أول الكفالة وفتح).

ويفهم من ظاهر تعريف المجلة اختيارها في هذا القول الأول لأنها قد عرفت (في مطالبة شيء الخ) (ويلتزم المطالبة التي لزم في حق ذلك... الخ) وقد قال الزيلي مرجحاً القول الأول أيضاً. والأول أصح لأنه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفي إلا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء بطالب بالدين وهو على الموكل وصحة الهبة والشراء بجعل الدين الواحد في حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله أي قبل الهبة والشراء وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب إلا دين واحد على أحدهما غير معين ولذا إذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التملك انتهى (أبو السعود في الكفالة). وقال صاحب البحر الرائق في بيانه عن عدم ذكر العلماء شيئاً في ثمة الاختلاف المذكور. إذا حلف الكفيل أن ليس عليه دين لم يبحث في يمينه على القول الأول ويبحث فيه على القول الثاني.

مقايسة التعريفات - قد عرفت المجلة الكفالة بـ «ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء». لكن قد عرفها بعض العلماء بـ (ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة دين) ويفهم من ذلك (أن يضم أحد ذاته إلى ذات غيره ويلتزم أيضاً المطالبة بالدين التي لزم في حق ذلك الشخص) وهذا التعريف خاص بالكفالة بالدين أما تعريف المجلة فيها أنه يشمل الكفالة بالعين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فهو مرجح على ذلك التعريف الثاني (الدر المختار ورد المحتار).

فالأحكام التي يستدل عليها من التعريف والتي تستخرج من تعريف الكفالة:

إن ما يستنبط من عبارة (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزم في حق ذلك) في التعريف أنه إذا كفّل أحد آخر بدين فلا يستلزم ذلك براءة الأصيل من الدين كما في الحوالة (أنظر المادة ٦٩٠) وذلك ما لم يشترط براءة الأصيل من الدين (أنظر المادة ٦٤٨).

المسائل الشرعية المتفرعة عن عبارة (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمتم... الخ) - ويفهم من قول المجلة هذا (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمتم في حق ذلك) إذا التزم الكفيل ما ليس لازماً في حق المكفول فليست كفالاته صحيحة ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

المسألة الأولى - إذا قال أحد لآخر (إذا هدمت دارك فأنا ضامنها) فلا حكم لذلك فإذا هدمت الدار فكما لا يحكم القاضي بإجبار الأصيل على الضمان فلا ضمان على الكفيل أيضاً.

المسألة الثانية - لو اشترى الوكيل بالشراء مالاً مضيفاً العقد لنفسه ثم بعد ذلك طالب البائع الموكل بالثمن فكفله له آخر أي جعل الموكل مكفولاً عنه فلا تصح هذه الكفالة. (الأنقروني في الفصل الثاني من الكفالة) لأن الوكيل بناء على الفقرة الثالثة من المادة (١٤٦١) مطالب بثمان المبيع وليس الموكل فعلياً يكون الكفيل قد كفل في هذه المسألة الموكل في مبلغ لا يلزم في حقه.

المسألة الثالثة - لو قال أحد لمسافر خائف على الدابة أن تعطب أو من الذئب (إذا أكلت الذئب الدابة أو عطب أضمنها) لا حكم لذلك ولا يضمن الأصيل كما لا يضمن الكفيل. لأن أصله غير مضمون لحديث (جرح العجاء جبار) (الدر المختار ورد المحتار) (أنظر المادة ٩٤).

المسألة الرابعة - لو قال أحد لآخر (استأجر رحي فلان وكل ضرر ينشأ من ذلك عليّ) فلا يصح ذلك وإذا حصل لذلك الرجل ضرر بسبب استئجار الرحي فلا يلزم الكفيل شيء (رد المحتار) لأن الضرر الذي يأتيه ذلك الشخص ليس مضموناً عليه فيكون الكفيل قد كفل ذلك الشخص بما لا يلزم في حقه.

المسألة الخامسة - لو تعهد أحد لأحد أن يدفع له كذا قرشاً إذا حرق داره فليس ذلك صحيحاً.

المسألة السادسة - إذا اشترى الصبي المحجور عليه مالاً من أحد وكفله آخر بالثمن فكما لا ينفذ البيع بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٩٦٧) لا يلزم الصبي الثمن ولا يكون مضموناً عليه فلا يلزم الكفيل أي أن الكفالة هذه ليست صحيحة (رد المحتار).

المسألة السابعة - لا تجوز الكفالة بثمان المال الذي بيع بيعاً فاسداً مثلاً لو باع أحد مالاً لأجل مؤجل مجهول جهالة فاحشة وكفل أحد ثمن المبيع فالكفالة المذكورة غير صحيحة لأن الأصل في البيع الفاسد إنما يضمن بمقتضى المادة (٣٧٦) عين المبيع أو بدله وليس ثمن المبيع لازماً (الخيرية في آخر الكفالة). وبذلك يكون الكفيل قد كفل مالاً يلزم في حق الأصيل.

المسألة الثامنة - لو قال أحد لآخر (بع من هذا الصبي المحجور عليه مالاً وأنا ضامن له) وباع ذلك الشخص المال من الصبي وسلمه إليه والصبي استهلكه فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الأنقروني في الكفالة في الفصل الثاني).

ولا يقال إن الصبي المحجور عليه يؤاخذ باستهلاك ذلك في هذه المسألة بالنظر إلى ما جاء في

المادة (٩٦٠) بمؤاخذته بأفعاله كما سيتضح ذلك من شرح المادة المذكورة.

المسألة التاسعة - لو أقرض أحد الصبي المحجور عليه مبلغاً وبعد ذلك كفله آخر بذلك المبلغ لا تكون الكفالة صحيحة (الأنقروي) لأن المستقرض يلزم أن يكون عاقلاً مميزاً وبما أن استقراض الصبي بذلك غير صحيح ولا يلزمه المبلغ الذي استقرضه كانت كفالة الكفيل لشيء لم يكن مضموناً.

إلا أنه إذا قال أحد لآخر (أقرض هذا الصبي كذا قرشاً ليصرفها على نفسه وأنا به كفيل) أي أنه إذا كفل أحد الصبي المحجور عليه بمبلغ وبعد ذلك سلم إليه كانت الكفالة صحيحة. (الأنقروي والهندية في مسائل شتى من الكفالة) وفي هذا يكون الكفيل هو المستقرض والصبي وكيل الكفيل بقبض القرض لأمره بتسليمه إليه. والفرق ظاهر في هاتين المسألتين: ففي المسألة الأولى ضمن الكفيل ما ليس بمضمون وفي المسألة الثانية يعد الكفيل مستقرضاً وأنه أمر بتسليم القرض إلى الصبي.

المسألة العاشرة - لو باع الصبي المحجور عليه مالاً من آخر وبعد أن قبض الثمن كفله أحد بالدرك فلا تصح الكفالة (أنظر المادة ٦١٤) أما إذا كفل الصبي بالدرك قبل أن يقبض الثمن صحت الكفالة (الهندية في المحل المزبور).

﴿المادة ٦١٣﴾ الكفالة بالنفس هي الكفالة التي يكفل فيها شخص.

أي أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم. (عبد الحليم) كأن يكفل أحد آخر على أن يسلمه في اليوم الفلاني (أنظر المادة ٦٤٢).

وفهم من هذه المادة أيضاً أن الكفالة بالنفس جائزة أيضاً وهذا هو مذهب الأئمة الحنفية، ودليل الأئمة المشار إليهم في جواز ذلك الحديث الشريف (الزعيم غارم) وهذا الحديث الشريف دليل على مشروعية الكفالة بالمال والكفالة بالنفس أيضاً.

سؤال أول - بما أنه ليس في الكفالة بالنفس غرم أي ضمان فلا يتناولها الحديث المذكور.

الجواب - الغرم عبارة عن الضرر اللازم. ويلزم الضرر في الكفالة بالنفس أيضاً لكون الكفيل مجبراً على تسليم نفس المكفول به (الزيلعي) والكفالة بالنفس عبارة عن إحضار المكفول عنه الذي هو مضمون به.

سؤال ثانٍ - لا يكون الكفيل بالنفس مقتدرراً على تسليم المكفول عنه لأنه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به. وبذلك يكون الكفيل بالنفس كافلاً شيئاً غير مقتدر على تسليمه وعلى ذلك ألا يكون من اللازم عدم جواز الكفالة النفسية.

الجواب - للكفيل أن يرشد الطالب إلى مكان المكفول به لتسليمه ويتركها وشأنها كما أنه له.

أن يستعين لتسليمه بأعوان القاضي (الهداية).

السؤال الثالث - بما أن الكفالة بالنفس هي عين الكفالة بالتسليم وليست الكفالة بالنفس شيئاً مستقلاً عن الكفالة بالتسليم المذكورة في المادة (٦١٥) أفليس من اللازم عدم اعتبار الواحدة مستقلة عن الأخرى؟

الجواب - إن أحكام هاتين الكفالتين مختلفة عن بعضها كل الاختلاف. وقد ذكرت أحكام الكفالة بالنفس في المادة (٦٤٢) وكذلك التي تبدأ بالمادة (٦٦٣) وأحكام الكفالة بالتسليم قد ذكرت في المادة (٦٣١).

﴿المادة ٦١٤﴾ الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء مال.

ككفالة أحد مالاً مغضوباً أو ديناً صحيحاً.

الكفالة بالمال قسمان :

أولهما - الكفالة بالأعيان ثانيها - الكفالة بالديون (الزيلي) وبعبارة أخرى تكون الكفالة بالمال صحيحة في الأعيان وفي الديون أيضاً لأن المال هنا أعم من المال الحقيقي والمال حكماً ومالاً كما وضح ذلك في شرح المادة (٦١٢).

المال الحقيقي - كعين المال المغضوب. والمال حكماً ومالاً عبارة عن الدين. لأن الدين قبل القبض وصف شرعي وعليه فالدين إذا لم يكن مالاً فبما أنه يكون بعد القبض عيناً ينتفع بها ومالاً قابلاً للتصرف فيه فقد اعتبر مالاً بالنظر إلى العاقبة. وعلى ذلك فإذا وجدت هاتان الصفتان في الدين صحت هبته إلى المدين وليس في ذلك القبول شرطاً. وهذا الحكم أي عدم شرط القبول في الهبة المذكورة مبني على أن الدين وصف شرعي وهبته من قبيل إسقاطه وبالإسقاط تتم.

وإن يكن برده يكون مردوداً وهذا الحكم أي كونه يصير مردوداً برده مبني على أن الدين عين مال مالاً وهذه الهبة تمليك والتملك يرد برد الممتلك.

قيل إن الدين ليس مالاً حقيقياً وعلى ذلك فلو حلف الرجل الذي ليس له مال من الأعيان وله دين على الناس أنه ليس له مال فلا يحنث (البحر قبيل الحدود، ورد المحتار في الشركة).

والكفالة بالأعيان أيضاً قسمان :

أولهما : الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالكفالة بالمال المغضوب والكفالة ببذل الصلح عن دم العمد.

ثانيهما - الكفالة بالأعيان غير المضمونة بنفسها وهذه نوعان :

النوع الأول - ما ليس تسليمه واجباً أي الأمانات التي لا يلزم واضعي اليد إعادتها إلى

أصحابها كالودائع وأموال المضاربة، وأموال الشركة.

النوع الثاني: الأمانات التي تسليمها واجب كالعارية والمأجور.

وهذه المسائل تراها مفصلة في المادة ٦٣١ وشرحها (الزيلعي، الأنقروي في الفصل الثاني، رد المحتار).

﴿المادة ٦١٥﴾ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم المال.

وذلك كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض، والمرهون، والمأجور وسائر الأمانات كما هو مذكور في المادة (٦٣١).

والكفالة بالتسليم تصح بالأعيان أيضاً (الزيلعي) وستأتي التفصيلات في ذلك في شرح المادة (٦٣١).

يوجد فرق بين الكفالة بالتسليم وبين الكفالة بالعين المضمونة من حيث الماهية ومن حيث الحكم:

وذلك أن الكفالة بالعين كما يفهم من المادتين (٦١٤ و ٦١٥) عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين. وهذا الفرق من حيث الماهية.

وفيه من المادة (٦٣١) أن الكفيل مجبور في الكفالة بالعين على تسليمها عيناً إلى صاحبها إذا كانت موجودة وبدلها إذا استهلكه والكفيل لا يخلص بتلف العين أما في الكفالة بالتسليم فيكون مطالباً إذا كانت العين باقية وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة وهذا الفرق من حيث الحكم.

﴿المادة ٦١٦﴾ الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع ان استحق المبيع.

الكفالة بالدرك- هذا لفظ مركب وبما أنه قد مر في أول المقدمة معنى الكفالة اللغوي والشرعي فسنذكر هنا معنى لفظ الدرك اللغوي. والدرك بفتحين اسم من ادركت الرجل أي لحقته. وقد جاء في الحديث الشريف (أعوذ بالله من درك الشقاء) أي من لحاق الشقاء وسكون الرء لغة. وفي اصطلاح الفقهاء هي الكفالة (١) بأداء ثمن المبيع إلى المشتري وتسليمه إليه إن استحق وضبط من يده (٢) أو بنفس البائع أي كفالة بنفس البائع ان استحق المبيع وضبط من يد المشتري. وكان الواجب أن تحذف عبارة (وتسليمه) لأن قسم الكفالة بالدرك هذا كفالة بالمال والكفالة بالمال كما عرفت في المادة (٦١٤) هي الكفالة بتسليم مال.

وفيه من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك قسمان: أولها، تتحقق ضمن الكفالة بالمال وثانيها تتحقق ضمن الكفالة بالنفس. لذلك لم تعد الكفالة بالنفس في التقسيم الوارد في شرح

المادة (٦١٢) قسماً منفرداً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).
ولكن بما أن للكفالة بالدرك بعض أحكام شرعت خاصة ستأتي في المادة (٦٣٨) فقد وسمت باسم مستقل وعرفت على حدة.

الإستحقاق، هو ظهور حق للغير في مال وهو قسمان:

القسم الأول، هو ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وفقاً أو مسجداً. وذلك كما لو ادعى متول لوقف أن المبيع الذي في يد المشتري وقف واثبت مدعاه وحكم له بوقفية ذلك المبيع فيبطل هذا الإستحقاق الملكية في ذلك المبيع وبعد ذلك فلا تبقى صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني، ما ينقل الملكية من واحد إلى آخر كأن يشتري أحد مالاً فيظهر أنه ملك لآخر فهذا الإستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر (رد المحتار في باب الإستحقاق وفي الكفالة) وللمشتري في قسمي الإستحقاق مراجعة بائعه في ثمن المبيع. وأحكام الإستحقاق تجدها مفصلة في الكتب الفقهية تحت عنوان (باب الإستحقاق). وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع.

وتشمل هذه المادة وتقسّم الإستحقاق بقسمية كما يفهم من شرح المادة (٦٣٨).

وليس قوله في المتن التركي (نقوده) وقد جاءت في المتن العربي «الثمن» بتعبير أريد به الإحتراز بل استعملها مكان ثمن المبيع أو بدله والحكم واحد سواء أكان الثمن نقوداً أو غير نقود. وبعبارة أخرى إذا كان ثمن المبيع غير النقود وكفل أحد ذلك الثمن فهذه الكفالة كفالة بالدرك أيضاً، وقوله في المتن (النقود) مبني على ثمن المبيع لأنه يكون في الغالب نقوداً.

﴿المادة ٦١٧﴾ الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل.

وكما يقال للكفالة المعلقة بشرط ملائم (كفالة معلقة).

يقال أيضاً للكفالة المضافة إلى زمن مستقبل «كفالة مضافة» (رد المحتار الهندية في الباب الثاني في الفصل الأول) أنظر المادة (٦٣٦).

وقد وضع لفظ (معلق) في المادة (٨٢).

مثال للكفالة المنجزة: وذلك كقول أحد إني كفيل فلان عن دينه الذي على فلان أو أكفل تسليمه المال الفلاني أو تسليمه نفس فلان كما ذكر في شرح المادة (٦٣٥).

مثال للكفالة المعلقة: إن مثال الكفالة المعلقة مسطور في المادة (٦٢٣) كما أنه يوجد في المادة

(٦٣٦) مثال للكفالة المعلقة والمضافة أيضاً.

وتقسم الكفالة باعتبار نفس العقد كما ذكر في شرح المادة (٦١٢) إلى كفالة منجزة، وكفالة معلقة، وكفالة مضافة.

وفهم من هذه الإيضاحات أنه يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم وإضافتها إلى زمن مستقبل.

﴿المادة ٦١٨﴾ الكفيل هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه.

أي أن الكفيل هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر أي المكفول به ويكون مطالباً به أيضاً ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه أيضاً. (الدر)

ولكن في الكفالة بالدين فرق بين تعهد الكفيل وتعهد الأصيل لأن ما يتعهد به الكفيل مجرد المطالبة فقط وما يتعهد به الأصيل المطالبة مع الدين.

وإن كان هذا التعريف شاملاً الكفيل الكفيل وهلم جرا..

فلا يشمل الكفالة بالنفس بلا أمر وكذلك لا تشمل كفالة الدين الذي ليس بثابت في ذمة الأصيل ولم يتحقق إلا بمجرد إقرار الكفيل. وقد وضحت هاتان المسألتان في شرح المادة (٦١٢)

﴿المادة ٦١٩﴾ المكفول له هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة.

المكفول له وبعبارة أخرى من تعود عليه منفعة الكفالة هو الطالب أي طالب الحق والدائن في خصوص الكفالة ويقال للمكفول له (طالب) أيضاً أنظر المادة (٦٦٤) (والتنوير، والدر المختار، ورد المختار في أول الكفالة).

والمكفول له - وهو الذي يستفيد من الكفالة - يشترط أن يكون معلوماً كما جاء في شرح المادة (٦٣٠).

وبقوله في هذه المادة (هو الطالب في خصوص الكفالة) فقد عرف المكفول له في أنواع الكفالة الثلاثة تعريفاً عاماً أما عطف لفظ (دائن) إلى لفظ طالب فمن قبيل عطف الخاص على العام والتعريف الذي يحصل من المعطوف هو (أن المكفول له هو الدائن في خصوص الكفالة)، إنما يعرف المكفول له في الكفالة بالدين.

وقد عرفت بعض الكتب الفقهية المكفول له أنه المدعي أي الطالب والبعض الآخر قد عرفه أنه الدائن. فالتعريف الأول ما وللمعرف وجامع لافراده وإن كان الثاني أخص منه. وقد جمعت المجلة بين هذين التعريفين وليس من سبب لهذا الجمع ولا فائدة منه.

﴿المادة ٦٢٠﴾ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء.

المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بتسليمه كما في الكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم. وأدائه كما في الكفالة بالمال أي كالكفالة بالعين وبالدين (التنوير، والدر المختار).

وعلى ذلك فذلك الشيء يدعى في الكفالة بالنفس مكفولاً به ومكفولاً عنه أيضاً لكن في الكفالة بالمال فالمكفول به والمكفول عنه كل منهما منفصل عن الآخر فالمكفول به هو المال والمكفول عنه الذي يطلب منه الحق أي المطلوب.

والمكفول به في القسم الأول من كفالة الدرك ثمن المبيع وفي القسم الثاني البائع والمكفول هو المشتري والمكفول عنه هو البائع أيضاً.

وهذا التعريف يعم أو يشمل المكفول به في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم لأن الشيء الذي يتعهد بتسليمه في الكفالة المذكورة العين.

الباب الأول

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

الفصل الأول

في ركن الكفالة أي في المواد التي في ركن الكفالة

ركن الكفالة، عبارة عن إيجاب الكفيل أنظر المادة الآتية والمادة (١٤٩) (مجمع الأنهر).

ركن الكفالة الإيجاب فقط أما الركن في بعض العقود كالبيع والإجارة فهو عبارة عن الإيجاب والقبول، والفرق بينها وبين الكفالة ظاهر لأن كلاً من الطرفين في البيع متعهد تجاه الآخر أي أن البائع يتعهد ويلتزم تسليم المبيع إلى المشتري والمشتري يتعهد ويلتزم تسليم الثمن إلى البائع والتعهد في الكفالة إنما يكون من الكفيل.

سبب الكفالة: تكثير محل المطالبة للمكفول له وتسهيل وصوله إلى حقه وطلب الكفيل لتأمين ذلك الحق هو السبب في الكفالة.

﴿المادة ٦٢١﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردّها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤخذ بها.

تنعقد الكفالة في رأي الإمام أبي يوسف وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده وتنعقد بالإتفاق بإيجاب المكفول له وقبول الكفيل وتنفذ (الأنقروى).

والغرض من القبول قبول المكفول له أما قبول المكفول عنه فليس له حكم أي أن وجوده كعدمه أي أن هذا أيضاً من قبيل الكفالة التي تنعقد بإيجاب الكفيل فقط.

مسائل تنفرع عن انعقاد الكفالة بإيجاب الكفيل:

المسألة الأولى: بما أن الكفالة النفسية والكفالة المالية تنعقد بإيجاب الكفيل فقط فليس من حاجة إلى شيء آخر كقبول المكفول له الإيجاب في مجلس الإيجاب أو قبول أجنبي من طرف المكفول

له ذلك الإيجاب .

المسألة الثانية: والكفالة في غياب المكفول له صحيحة أيضاً .

المسألة الثالثة: بما أن الكفالة تنفذ بإيجاب الكفيل فلا تكون الكفالة موقوفة على إجازة المكفول له أو المكفول عنه الغائب ورضاه . (الدر المختار ورد المحتار والهندية في الكفالة في الباب الأول).

وليس للكفيل كما جاء في المادة (٦٤٠) أن يخرج نفسه من الكفالة بعد .

ولكن إن شاء المكفول له رد الكفالة فله ذلك كما أنه للمكفول له إبراء الكفيل كما سيأتي في المادة (٦٦٠) ولا تنعقد الكفالة برد الإيجاب مطلقاً أما الكفالة التي تنعقد بالإبراء فتسقط . وما لم يرد المكفول له إيجاب الكفالة تبقى صحيحة نافذة ولا يستطيع الكفيل إخراج نفسه منه أنظر المادة (٦٤٠) .

المسألة الرابعة: وعلى هذا أي إذا لم يرد المكفول له الكفالة وبقيت، لو كفل أحد في غياب المكفول له مثلاً بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤاخذ بها .

المسألة الخامسة: إذا كفل أحد للصبي المأذون آخر بدين له عليه فالكفالة صحيحة كما أنه لو كفل أحد للصبي المحجور عليه آخر بطلب له عليه تنعقد الكفالة وتنفذ وإن لم يكن أهلاً لتقبل العقد بمقتضى المادة (٩٦٠) لعدم لزوم القبول في الكفالة (رد المختار) كما سيجيء في شرح المادة (٦٢٩) .

إختلاف المجتهدين في ركن الكفالة:

قال الطرفان أي الإمام الأعظم والإمام محمد بلزوم الإيجاب والقبول بين كل من المكفول له والكفيل ولا تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط أما الإمام أبو يوسف والأئمة الثلاثة أي الإمام الشافعي والإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فقد ذهبوا إلى أنه لا لزوم للقبول في انعقاد الكفالة وأنها تنعقد بإيجاب الكفيل فقط .

ولكن لمذهب الإمام أبي يوسف روايتان:

الرواية الأولى - هي أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ولكنها تكون موقوفة على قبول المكفول له وعلى ذلك فلو توفي المكفول قبل قبول الكفالة بطلت الكفالة .

الرواية الثانية - هي أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط وتنفذ أيضاً ولا تكون موقوفة على قبول المكفول له وإنما يكون للمكفول له حق الرد وعليه لو توفي المكفول له ولم يرد الكفالة فلا يطرأ خلل على صحتها .

وإليك ثمرة الخلاف لهاتين الروایتين:

إذا توفي المكفول له قبل القبول بطلت الكفالة على الرواية الأولى ولا يكون الكفيل مطالباً بمقتضى الكفالة، أما على الرواية الثانية فلا تبطل الكفالة ويكون الكفيل مطالباً ومؤخداً (الشلبى) وعلى ذلك فقول المجلة (تتعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط) تكون قد اختارت مذهب أبي يوسف في هذه المسألة وقولها (وتنفذ) قد اختارت الرواية الثانية لمذهب الإمام المشار إليه وعليه فقد أصبح من الثابت أن هذه المادة قد تأسست على مذهب الإمام الأول أبي يوسف رحمه الله تعالى (الهندية، الكفالة في الباب الأول ورد المحتار).

﴿المادة ٦٢٢﴾ إيجاب الكفيل أي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والإلتزام في العرف والعادة مثلاً لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تتعقد الكفالة.

إيجاب الكفيل هي الكلمات التي تدل على التعهد والإلتزام أنظر المادتين (٣٦ و ٣٧) كقولك الكفالة أو الضمان أو الزعامة عليّ أو كقولك أنا فبيل، وحمل بمعنى كفيل وإليّ ولك عندي هذا الرجل أو عليّ أن أوافيك به أو عليّ أن ألقاك به أو دعه إليّ وغير ذلك. (التنوير ورد المحتار والشلبى).

هذه المادة توافق المادتين (١٦٨ و ٤٣٤) مثلاً لو قال أحد كفلت نفس هذا الرجل أو دينه أو أنا كفيل أو ضامن أو أنا زعيم أو أنا ألترم دين فلان أو فليكن هذا الرجل وهذا الدين عليّ تتعقد الكفالة.

وحذف المكفول به في المثال وقوله (أنا كفيل) على وجه الإطلاق يراد به التعميم أي أنه إشارة إلى أن هذه الألفاظ تستعمل في الكفالة النفسية كما تستعمل في الكفالة المالية.

فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال يعني إذا قال ضمنت زيداً أو أنا كفيل به أو هو عليّ أو إليّ يكون كفالة نفس وإذا قال ضمنت لك مالك عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعاً (رد المحتار في الكفالة).

كذلك تتعقد الكفالة فيما لو سلم الكفيل بالنفس المكفول به إلى طالبه وقال للمكفول له بعد ذلك (أترك المكفول به فإني باق على كفالتي).

وكذلك إذا قال أحد لآخر إذا توفي فلان ولم يدفع إليك ما عليه من الدين أدفعه إليك، جاز وتتعدد هذه الكفالة المالية معلقة.

كما أن الكفالة تتعقد بقول «أنا أكفل فلاناً أو نفسه أو أن فلاناً عليّ».

تصح الكفالة بالنفس بإضافتها إلى أحد الأعضاء التي يعبر بها عن الكل كالبدن، والعنق،

والجسد، والرأس، والروح وتنعقد على الكل لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً بأن يكون بعضها كفيلاً وبعضها غير كفيل (الشبلي) فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها (رد المحتار). (أنظر المادة ٦٤) (الأنقروي في الفصل الأول من الكفالة والدر المختار ورد المحتار).

أما إذا أضيفت الكفالة إلى الأعضاء التي لا يعبر بها عن جميع البدن كقولك أكفل يد فلان أو رجله فلا تصح (الهداية والخيرية).

والكفالة كما ذكر آنفاً تنعقد ولو أضيفت إلى جزء شائع من المكفول عنه كنصفه ورבעه أما إذا أضاف الكفيل الكفالة ونسبها إلى جزئه الشائع كما إذا قال الكفيل نصفي يكفلك أو ثلثي فلا تصح.

إذا استعملت كلمة (عندي) في الدين كان ذلك كفالة مثلاً لو طالب أحد مدينه بالدين الذي له عليه فقال له آخر لا تطالبه بالدين فدينك عندي فيكون ذلك الرجل كفيل ذلك الدين فلو قال (أنا كفيل بتسليمك الشخص الفلاني وإذا لم أسلمك إياه فعندي مالك عليه من الدين) إنعقدت كفالة نفسية منجزة وكفالة مالية معلقة (التنقيح في أول الكفالة).

فهل تعد كلمة «ديني» من ألفاظ الكفالة أو لا؟ مثلاً لو قال إن الألف قرش التي هي دين على عمر لزيد هي ديني فهل يعد ذلك الرجل بقوله هذا كفيلاً بالمبلغ؟ لا يوجد في الكتب المعتمدة المشهورة صراحة في هذا الشأن وإنما جاء في مجلة (عاكف زادة) ما يأتي:

كذلك إن تعبير ديني هي من أقوى أدوات الالتزام في مقام الكفالة حسب العرف الجاري في ديارنا فلذلك إذا قيل في معرض الكفالة عبارة ديني أو خذ مني أو أعطيك فهي من ألفاظ الكفالة الظاهرة ويجب ألا يغفل عن قولنا معرض الكفالة. ومقام الكفالة هو كسؤال المدين لآخر قائلاً له أتكفلي أو أمره لآخر بقوله أكفلي أو كقوله مثلاً إن هذا كفيلي (الخلاصة) ان قول الشخص في مثل هذا المقام ان الدين ديني هو بمعنى بل قد كفلتك وإنني أصبحت مديناً بكفالي لك وفي الالتزام يجري حكم الصريح والعرف ولكن قول (ديني) في هذا المقام مجرداً ليس بكفالة كذلك قد ورد في مبحث الكفالة من كتاب درر الصكوك من أنه سئلت دائرة الفتوى العليا عن هل تعد عبارة (ديني) من ألفاظ الكفالة؟ إلا أن هذه المسألة تحتاج إلى نقل صريح.

أما الألفاظ التي لا تدل في العرف والعادة على التعهد والالتزام فلا تنعقد الكفالة المالية والنفسية بها ما لم تكن معلقة بالشرط (أنظر المادتين ٨٤ و ٦٣٦) (رد المحتار).

مثلاً لو قال أعطيك أو أدفع أو أسلمك أو آخذ لك أو أطلب لك أو خذ مني أو اعرف مني مالك بذمة فلان أو قال بالفارسية:

انجه تراير فلانست من بدهم جواب مال تویر من أو جواب کویم یاخود هرجه ترابروی آید برمن التي هي عبارة عن القول المجرد وكقوله أكرتن فلا نراغمي توانم كردن جواب آين مال برمن

وأمثال ذلك من الألفاظ التي لا تدل على الكفالة فلا تنعقد بها الكفالة (علي أفندي وأنقروي في الكفالة وشبلي).

كذلك لو باع أحد ماله من آخر وسلمه إليه وسأل شخصاً: هل تعرف هذا الشخص؟ فقال المسؤول: نعم أعرفه رجلاً طيباً. فلا يكون ذلك الشخص بمجرد قوله هذا كفيلاً بالمال.

كذلك لو قال أحد لآخر بع مالك الفلاني من هذا الرجل وباع ذلك الرجل ماله منه فلا يكون كفيلاً بضمن المبيع (علي أفندي).

كذلك لو قال أحد لآخر كن كفيلاً بديني الذي على فلان وقال ذلك الشخص إذا كفلتك فماذا يجري عليّ فلا يكون بذلك كفيلاً.

وقول المادة الألفاظ ليس احترازاً عن الكتابة اللفظية وعلى ذلك فالكفالة تنعقد بكتابة الأخرس (أنظر المادة ٧٠ وشرحها). مثلاً لو كتب أكرس أنه كفيل بنفس فلان أو بماله صحت كفالته كذلك لو كفّل أحد بمال الأكرس أو نفسه وقبل الأكرس ذلك كتابة صح «مسائل شتى في الكفالة من الدر المختار والهندية» كما أنه تكون صحيحة أيضاً إذا لم يقبل بها ولم يردها (أنظر المادة ٦٢١).

كون الكفالة النفسية أدنى من المالية: الكفالة النفسية أدنى من الكفالة المالية. وعلى ذلك فهل قال أحد على الإطلاق ان (أنا كفيل لفلان) يحمل على الكفالة النفسية وبعبارة أخرى يحمل على أنه قال أنا كفيل بنفس فلان وتنعقد الكفالة على أنها نفسية ما لم توجد قرينة تدل على أنها كفالة بالمال وإذا وجدت قرينة كانت كفالة بالمال (رد المحتار في الكفالة، والشبلي).

وبناء على ذلك أيضاً لو اجتمعت بيئة الكفالة بالمال مع بيئة الكفالة بالنفس رجحت بيئة الكفالة بالمال (أنظر المادة ١٧٦٢) (البهجة).

أما إذا كفّل مصرحاً انني كفيل بدين فلان تنعقد الكفالة مالية ولا يقال هنا (بما أن الكفالة نفسية فيجب أن تنعقد نفسية) (رد المحتار).

﴿المادة ٦٢٣﴾ تكون الكفالة بالوعد المعلق أيضاً أنظر المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه تكون كفالة فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه يطالب الكفيل.

تكون الكفالة بالوعد المعلق أيضاً أي الوعد الذي يكتسب صورة التعليق. أما إذا كان الوعد غير معلق فلا تكون صحيحة (رد المحتار) أنظر المادة (٨٤) وشرحها.

مسائل تنفرع عن هذا: مثلاً لو قال أحد أن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه، تنعقد الكفالة مالية فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه إياه ذلك الرجل أو توفي قبل اعطائه إياه لزم المال الكفيل في تلك الساعة في الحال ويطالب به.

وعليه فان الكفالة لا تنعقد باللفظ الذي هو عبارة عن وعد مجرد كما جاء في المادة السابقة وتنعقد باللفظ المذكور إذا اكتسب صورة التعليق لأنه كما جاء في شرح المادة (٨٤) أن الوعد إذا اكتسب صورة التعليق ظهر فيه معنى الالتزام والتعهد.

جاء (فلو طالب ولم يعطه) أما ما جاء في شرح المادة (٨٢) إذا لم يثبت الشرط فتععدم الكفالة المعلقة عليه أنظر المادة (٦٣٦).

ثانياً: لو قال أحد لآخر إذا لم يعطك مدينتك زيد ما عليه من الدين إلى الوقت الفلاني فأنا أعطيكه فإذا مضت المدة المضروبة ولم يعطه المدين دينه كان الكفيل مطالباً به كما لو قال أحد بع الشيء الفلاني من فلان وإذا لم يعطك الثمن فأنا أعطيكه انعقدت الكفالة وإذا طالب البائع المشتري بالثمن بعد البيع ولم يعطه إياه يثبت له حق مطالبة الكفيل.

ثالثاً: لو قال أحد لآخر إذا لم أسلمك مدينتك غداً أعطيك مالاً من الدين فإذا جاء الغد ولم يسلمه مدينه لزمه بناء على ذلك الوعد المعلق اداء ذلك الدين. ولا ريب أن هذه المادة في الكفالة المعلقة الواردة هي المادة (٦٣٦) وتفيد المعنى الذي تفيدته تلك فلذلك تعد هذه المادة مكررة نظراً للمادة (٦٣٦).

أما إذا كان الوعد معلقاً فلا تعد الكفالة صحيحة لأن ذلك لا يدل على التعهد والالتزام عرفاً وعادة وهو مجرد وعد والوعد المجرد لا يلزم القيام به (الهندية في الكفالة في الباب الثاني في الفصل الأول) انظر المادة (٦٢٢).

رابعاً: كذلك لو أمر أحد أن يدفع إليه ماله من الدين على فلان من ماله ووعد ذلك الرجل بالدفع فلا يجبر على القيام بتأدية الدين إذا لم يؤده. (الهندية في شتى الكفالة) أنظر المادة (١٥١١).

﴿المادة ٦٢٤﴾ لو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلى الوقت الفلاني تنعقد منجزة حال كونها كفالة مؤقتة.

لو قال أحد أنا كفيل بفلان أو بما عليه من الدين من هذا اليوم أو هذه الساعة إلى الوقت الفلاني ففي الصورة الأولى من هذه المسألة تنعقد كفالة نفسية وفي الصورة الثانية تنعقد كفالة منجزة حال كونها كفالة مؤقتة ويستفاد من هذا الشرح كما أن الكفالة المؤقتة تكون كفالة مالية تكون أيضاً كفالة نفسية وتكون كذلك كفالة بالتسليم.

تفصيلات في الكفالة المؤقتة: وتفصيل هذه المادة كما يأتي:

لألفاظ الكفالة أربع صور:

الصورة الأولى: أن يذكر معنى «من» و«إلى» أي أن يعين المبدأ والمنتهى كما في هذه المادة وفي هذه الصورة تكون الكفالة مؤقتة والذي ذكر في الجملة هو هذا كقولك أنا كفيل من اليوم إلى الشهر.

الصورة الثانية: عدم ذكر واحد منها أي ألا تذكر «إلى» و«من» أو معناهما وبعبارة أخرى ألا يذكر لا المبدأ ولا المنتهى كقولك كفلتك شهراً أو ثلاثة أيام وفي هذه الصورة الثانية تكون الكفالة مؤقتة كما في الصورة الأولى ويجري حكمها على ما جاء في المادة (٦٣٩) ولكن قد ذكر بعض العلماء أن الكفالة في الصورة الثانية ليست مؤقتة وإنما هي كفالة أبدية وهذه الصورة الثانية لم تذكر في المجلة.

الصورة الثالثة: أن تذكر «إلى» أو معناها أي المنتهى ولا تذكر «من» وذلك كأن تقول كفلتك إلى شهر وفي هذه الصورة الثالثة ليست الكفالة مؤقتة بل مؤجلة.

والكفيل إنما يطالب بالكفالة بعد شهر من وقت العقد ولا يطالب قبل ذلك وإنما يطالب بعد مرور الشهر ولا تبرأ ذمته من الكفالة بمرور ذلك الوقت لأن التوقيت في هذه الصورة أي ذكر المدة لتأخير المطالبة وليس لتوقيت الكفالة ولقد افترى على هذا الوجه في البهجة إلا إذا اشترط الكفيل براءته من الكفالة بعد مرور المدة المذكورة أي كأن يقول أحد أنا أكفل بفلان أو بماله ثلاثة أيام وبعد ذلك فأنا بريء من الكفالة فلا يكون كفياً بعد مرور الثلاثة أيام وهذه هي الحيلة لأن تكون الكفالة غير لازمة للكفيل.

لأن الكفيل بقوله «إلى» فكما أنه لا يكون كفياً في بحر الثلاثة أيام لا يكون كفياً بعد مرور الثلاثة أيام باشتراطه البراءة من الكفالة بعد الثلاثة أيام «الأنقروى الهندية، رد المحتار، والشرنبلالي».

ولكن قال صاحب رد المحتار لاختيار صورة الكفالة المؤقتة في جميع الصور الثلاث المذكورة قلت وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها وقد تقدم أن مبنى الفاظ الكفالة على العرف والعادة ثم رأيت في الذخيرة قال وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي يقول قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها. انتهى.

الصورة الرابعة: أن يذكر من أي المبدأ ولا يذكر المنتهى وفي هذه الصورة احتمالان:

الاحتمال الأول، كون المبدأ من اليوم كقولك أنا كفيل من اليوم وهذه الكفالة منجزة.

الاحتمال الثاني: كون المبدأ من زمن مستقبل كقولك أنا كفيل من الشهر الآتي وهذه الكفالة

مضافة وهذه الكفالات ليست مؤقتة.

الخلاصة - ان الكفالة في الصورة الأولى مؤقتة كما هو مصرح في المجلة وفي الصورة الثالثة ليست مؤقتة كما أفق بذلك مشايخ الإسلام أما الرابعة فهي غير مؤقتة بلا ريب وبقيت الصورة الثانية موضعاً للاختلاف.

﴿المادة ٦٢٥﴾ كما تنعقد الكفالة مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول أنا كفيل على أن يكون الإيفاء في الحال أو في الوقت الفلاني.

كما تنعقد الكفالة مطلقة بدون ذكر شرط التأجيل أو التقييد أو التعجيل - ويقال لها أيضاً (كفالة مرسله) - تنعقد الكفالة بقيد التعجيل أو التأجيل إلى مدة معينة بأن يقول أنا كفيل على أن يكون الإيفاء أي - الأداء والتسليم - في الحال أو في الوقت الفلاني. (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني في الكفالة) ويفسر قوله (في الحال) بالتعجيل (وفي الوقت الفلاني) بالتأجيل.

وتشترط في الكفالة المؤجلة أن يكون الأجل معلوماً وبعبارة أخرى يشترط في الأجل ليكون معتبراً ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة وقد أشارت المجلة بقولها (إلى الوقت الفلاني) إلى ذلك. فعليه إذا أجلت كفالة إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كان الأجل باطلاً وانعقدت الكفالة مطلقة أي أن تلك الكفالة تعتبر (مرسله) كما لو لم يذكر لها أجل كالتأجيل إلى أن يهب الهواء أو تساقط الأمطار.

أما الجهل اليسير بالأجل فلا يكون مانعاً من صحة التأجيل فعلى ذلك فتأجيل الكفالة إلى وقت الحصاد أو صوم النصارى صحيح. (رد المحتار، الهندية) ويحل الأجل في أول وقت الحصاد مثلاً. وإليك توضيح الجهالة اليسيرة في الأجل والجهالة الفاحشة فيما يلي:

إذا لم يكن الأجل المجهول في الكفالة من الأجال المتعارفة ينظر فان كان لا يتصور حصوله في

الحال فهو جائز كزمان قص الغنم وزمان العنب، وزمان البيدر. وان كان يؤمل حلوله في الحال فليس جائزاً كهبوب الريح وسقوط الأمطار وقد جاء في شرح المادة (٢٤٨) إيضاح في هذا الخصوص.

وقد جاء حكم الكفالة المطلقة في المادة (٦٥٢) وحكم الكفالة المقيدة في المادتين (٦٥٣ و٦٥٤).

قال في الهندية ويجوز تأجيل الكفالة إلى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة وجميع الأجال في ذلك على السواء وفعل ما يثبت الأجل، ان كان من الأجال المتعارفة يثبت سواء أكان أجلاً يتوهم حلوله للحال أو لا يتوهم كما لو كفّل بنفس رجل إلى أن يقدم المكفول له من سفره وإن لم يكن من الأجال المتعارفة إن لم يتوهم حلوله في الحال أصلاً كما لو كفّل إلى الغطاس أو إلى النيروز أو إلى الحصاد أو إلى الدباس جاز ويثبت الأجل وإن كان يتوهم حلوله في الحال لا يثبت الأجل كما

لو كفّل بنفسه فلان إلى أن تهب الريح أو إلى أن تمطر السماء. انتهى.

﴿المادة ٦٢٦﴾ تصح الكفالة عن الكفيل.

(رد المحتار) وحكم كفيل الكفيل هذا كحكم الكفيل.

وسواء أكانت الكفالة مالية كأن يكفل شخص دين آخر ثم يكفل شخص آخر ذلك الكفيل عما يطلب بذمته بحسب كفالته وقد بينت هذه المادة صحة كفالة الكفيل كما أن المادة (٦٥٤) والفقرة الثالثة من المادة (٦٤٧) قد بينت حكم الكفالة التي تقع على هذا الوجه (رد المحتار والخيرية).

أو كانت الكفالة نفسية: لو جاء رجل بعد أن كفّل أحد نفس آخر وكفّل نفس المكفول على أن يسلمه في الوقت الفلاني وإذا لم يسلمه في الوقت المضروب يدفع ما عليه من الدين صحت الكفالتان الأولى كفالة نفسية منجزة والثانية كفالة مالية معلقة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

ولو كانت الكفالة كفالة بالتسليم.

فكما أن عبارة المجلة (تصح الكفالة عن الكفيل) تشمل كفالة الكفيل فانها تشمل كفيل كفيل الكفيل وهلم جراً.

فإذا كان الكفيل الأول كفيلاً بالمال جاز أن يكون الكفيل الثاني كفيلاً بالمطالبة التي تلزم ذمة الأول كما يجوز أن يكون الكفيل الثاني كفيلاً بنفس الأول الذي هو كفيل بالمال. أما إذا كان الكفيل الأول كفيلاً بالنفس فالكفيل الثاني يكون كفيلاً بنفس الكفيل الأول.

﴿المادة ٦٢٧﴾ يجوز تعدد الكفلاء

يجوز تعدد الكفلاء والمكفول لهم كاثنين أو ثلاثة أو أربعة أو أكثر لأن حكم الكفالة استحقاق المطالبة ويحتمل الاستحقاق المذكور التعدد. مثلاً فكما يصح أن تكون المطالبة بما على زيد من الدين من زيد وعمرو يصح أن تكون منهما ومن بكر وبشر أيضاً. فعلى ذلك لو كفّل أحد آخر بشيء وبعد ذلك كفّل آخر ذلك الشيء نفسه فلا يخلص الكفيل الأول من الكفالة سواء أكانت الكفالة كفالة بالمال أم كفالة بالنفس أم كفالة بالتسليم وتجري في هذه الصورة أحكام المادة (٦٤٧) (مجمع الأنهر). فعليه لو أخذ أحد على نفس آخر كفيلاً وبعد ذلك كفّل له آخر نفس الرجل المكفول أيضاً صح ذلك وكان كل من الكفيلين منفرداً عن الآخر (الهداية).

ويجوز تعدد المكفول له أيضاً كما قلنا فكما أن لرجل أن يكفل رجلاً واحداً فله أن يكفل اثنين أو ثلاثة أو أكثر كما أنه تجوز الكفالة بعدة ديون أيضاً.

بين هذه المادة والمادة السابقة: فموضوع هذه تعدد الكفلاء للمكفول عنه رأساً. أما المادة السابقة وإن كان فيها تعدد كفلاء إلا أن كفلاء المكفول عنه لم يتعدوا رأساً.

الفصل الثاني

في بيان مسائل شروط الكفالة

وهذه الشروط يتحرى عليها وجوداً وعدمًا في أربعة أشياء:

الأول، في الكفيل وهذه هي كما ستجيء في المادة الآتية:

أولاً: كون الكفيل عاقلاً بالغاً، ثانياً: كون الكفيل راضياً، ثالثاً: كون الكفيل غير المكفول له، رابعاً: كون الكفيل غير مريض مرض الموت.

الثاني: المكفول عنه. وهو كما جاء في المادة (٦٢٩) والمادة (٦٣٣) أولاً، كون المكفول عنه معلوماً، ثانياً: كون المكفول به معلوماً هل هو النفس أو المال، ثالثاً: عدم لزوم كون المكفول عنه عاقلاً بالغاً.

الثالث: المكفول به. وهي كما جاء في المادتين (٦٣٠) و(٦٣١)، أولاً: كون المكفول به معلوماً شخصاً ومكاناً إذا كان نفساً. ثانياً: عدم لزوم العلم بالمكفول به إذا كان مالاً، ثالثاً: كون المكفول به مضموناً على الأصيل. إذا كان مالاً. رابعاً: كون المكفول به المقرر التسليم والاستحصال عليه من الكفيل ممكناً.

الرابع: المكفول له، هو العلم بالمكفول له كما ذكر في شرح المادة (٦٢٩).

﴿المادة ٦٢٨﴾ يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يواخذ وإن أقر بعد البلوغ بهذه الكفالة.

يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل اهلاً للتبرع بأن كان عاقلاً بالغاً.

فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه بناء على أنه يشترط في الكفيل أن يكون عاقلاً ولا تصح كفالة الصبي المأذون أو غير المأذون بناء على أنه يشترط في الكفيل أن يكون بالغاً وسواء في ذلك كفالة الدين وكفالة النفس وكفالة التسليم. ولا تنعقد هذه الكفالة وبعبارة أخرى ان هذه الكفالة باطلة ولا يكون موقوفة على إجازة الولي أو إجازة الصبي بعد البلوغ أو إجازة المجنون أو المعتوه بعد الافاقه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ (الشلبي).

أنظر المادة (٩٦٦) والفقرة الثانية من المادة (٩٢٧).

لأن الكفالة تبرع والصبي ليس أهلاً لذلك وإذا كانت الكفالة بلا أمر فهي تبرع بلا ريب أما الكفالة بالأمر فهي تضر بالصبي أيضاً لأنه من المحتمل أن لا يأخذ من الأمر ما اعطاه إلى الطالب

وإذا كفل صبي أو مجنون كفالة بالنفس أو بالمال أو بالتسليم لا يؤخذ بهذه الكفالة وإن أقر بها بعد البلوغ أو الإفاقة لأنها كفالة باطلة بوقوعها في حال الصغر أو الجنون. وما لم يجددها بعد البلوغ أو بعد الإفاقة لا اعتبار لها. (الحموي).

مستثنى - ولكن تصح كفالة الصبي في المسألة الآتية:

لو استقرض ولي الصبي أو وصيه مالاً للإفناق على الصبي وكسوته وأما أشبه ذلك من اللوازم الضرورية أو لاشترائه شيء له وأمر الصبي بكفله مرض أي بالمال الذي استدانته لأجله وكفله الصبي بذلك طوبى للصبي بالكفالة (الهندية - باب الأول من الكفالة، الأنقروي).

لأن مثل هذا الدين يرجع إلى مال الصبي ولو لم يكفل به وبما أن هذه الكفالة إنما هي عبارة عن تأكيد للمطالبة الثابتة قبلاً فلا تعد تبرعاً.

أما إذا كفل الصبي نفس وليه فلا تصح كفالته لأنه بما أن الصبي لا يلزمه قبل الكفالة تسليم نفس المكفول به فتعد مثل هذه الكفالة تبرعاً. والصبي ليس بأهل للتبرع (الدر المختار، ورد المختار).

وعلى ذلك فلو اختلف الكفيل والطالب وقال الكفيل إنني كفلت في صغري وقال الطالب أنك كفلت حال بلوغك فالقول للكفيل ويحتاج الطالب إلى إقامة البينة أنظر المادة (٧٧).

كذلك لو قال الكفيل إنني كفلت وأنا مجنون وقال الطالب أنك كفلت وأنت عاقل فالقول للكفيل إذا كان معروفاً إنه كان مجنوناً أما إذا لم يكن معروفاً كذلك فالقول للطالب «الهندية في الباب الأول من الكفالة، والأنقروي».

وإذا كان الكفيل أهلاً للكفالة فيشترط في صحة الكفالة رضاء الكفيل. وعلى ذلك فإذا كفل كفالة بجال أو كفالة بنفس أو كفالة بتسليم لا تعتبر إذا كانت واقعة بإكراه معتبر أنظر المادة (١٠٠٦) «المجموعة الجديدة بزيادة».

مثلاً لو أكره أحد آخر على أن يكفل عنه بدين لغريمه وكفل ذلك مكرهاً فلا يؤخذ بالكفالة هذه ولا يطالب (التنقيح)

كفالة المريض: يشترط أيضاً ألا يكون الكفيل مريضاً مريض الموت أنظر المادة (١٦٠٥) لأن المريض مريض الموت ليس مقتدرًا على التبرع بأكثر من ثلث ماله (الزيلعي).

وكفالة المريض أما أن تكون عن أجنبي وأحكامها مفصلة فيما يأتي: إن كفالة المريض المالية عن أجنبي تعتبر إلى ثلث ماله وما لم تجز ورثته الزيادة عن الثلث فلا تعتبر وتكون باطلة فيما يزيد عن الثلث كذلك لو كفل المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون بدين على آخر فليس لكفالته حكم.

كذلك إذا لم يكن على المريض دين حين الكفالة ولكن لو استغرقت بعد ذلك تركته بدين لأجنبي وأقر له المريض فلا يبقى حكم للكفالة أيضاً وللمقر له أن يضبط كل التركة في مقابل دينه ويستوفيه. وإذا لم تكن التركة مستغرقة ليستوفي الدائن المكفول به من ثلث مال الكفيل إذا كان الثلث يكفي لايافته وإذا لم تكن كافياً فيستوفي الثلث مهما كان. إلا إذا كان المريض قد أقر في مرضه أنه كفل ذلك الدين للأجنبي في حال صحته فحينئذ يؤخذ الدين من جميع ماله كما هو مبين في المادة (١٦٠٥) (رد المحتار في الكفالة، والهندية).

أو تكون كفالته لوارث، وهذه الصورة ستأتي في المادة (١٦٠٥).

وإنما إذا علق الكفالة على شرط في حال الصحة ووجد الشرط بعد المرض وبرم المريض الضمان بناء على المادة (٨٢) فتكون هذه الكفالة في حكم الكفالة في حال الصحة مثلاً لو قال أحد في حال الصحة كل ما يقر به فلان لفلان فهو عليّ ومرض بعد ذلك مرض الموت أو توفي وأقر ذلك الشخص بألف قرش للمكفول له لزم الألف قرش من جميع مال المتوفي وليست هذه الكفالة في حكم الكفالة في مرض الموت. ويخاصم المكفول له غرماء الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة وهامش الأنقروي). أما الكفالة النفسية فليست بمال.

فعليه لو أبرأ أحد وهو مريض مرض الموت وارثه من كفالة بالنفس يكون صحيحاً فلو أبرأ أجنبياً من ذلك صح ولا تعتبر من ثلث ماله.

كذلك لو أبرأ المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون آخر من الكفالة صح، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث) إما إبراء المريض أحداً من الكفالة المالية وتركته مستغرقة بالديون فلا يصح (أنظر المادة ١٥٨١).

﴿المادة ٦٢٩﴾ لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة

بدين المجنون والصبي.

أي أنه لا يشترط كون المكفول عنه أو المكفول له عاقلاً وبالغاً في انعقاد الكفالة ونفاذها لأنه ليس في هذه الكفالة ما يضر بالمكفول عنه مطلقاً وإنما يكون الضرر على الكفيل لأنه إذا أدى أحد ما على صبي من الدين بمقتضى كفالته إياه عد متبرعاً به وذلك مما يعود بالنفع على الصبي. فعليه وكما تصح كفالته بنفس العاقل البالغ أو ماله وتكون نافذة تصح كفالته بنفس المجنون أو الصبي المأذون أو دينه وتكون كفالته نافذة ويطالب الكفيل بالمكفول به. وإذا أدى الكفيل ما على هؤلاء من

الدين فليس له الرجوع عليهم وسواء في ذلك أكانت الكفالة بأمرهم أو بدون ذلك فعدم الرجوع مع الأمر هو لأن إقرار الصبي والمجنون ليس بصحيح بمقتضى حكم المادة (١٥٧٣) فيكون الأمر الصادر منهم في الكفالة ليس صحيحاً أيضاً أما عدم الرجوع مع عدم الأمر بالكفالة لأن الكفالة بدون الأمر تبرع (أنظر المادة ٦٥٧ وشرحها). حتى لو طلب أحد شيئاً من صبي أو مجنون وكفل آخر المجنون أو الصبي بنفسه أو بدينه بدون إذن الولي أو الوصي صحت كفالته وإذا أراد الكفيل تسليم الصبي في الكفالة بالنفس إلى المكفول له وكانت الكفالة بأمر الوصي أو الولي أو بأمر الصبي وهو مأذون فله احضار الصبي المكفول عنه جبراً ويسلمه إلى المكفول له وإلا فليس له أن يجبر الصبي على الحضور وتسليمه المكفول له (الهندية في الباب الأول من الكفالة).

وذلك كما مر في شرح المادة (٦١٢).

كذلك إذا كفل أحد نفس صبي على أن يسلمه في الوقت الفلاني وإذا لم يسلمه في الوقت المضروب عليه تسليم ما عليه من الدين جازت كفالته. وإذا لم يسلم الصبي ضمن الكفيل ما يحكم على وليه أو وصيه. وليس للكفيل الرجوع على الصبي فيما يضمنه بسبب ذلك. ما لم تكن الكفالة بأمر الولي أو الوصي أو الصبي المأذون بالتجارة كما ستفصل ذلك المادة (٦٥٧) «رد المحتار والنتيجة».

وقوله في هذه المادة (المكفول عنه) ليس احترازاً عن المكفول له فكما أنه لا يشترط في المكفول عنه أن يكون عاقلاً بالغاً فليس البلوغ والعقل شرطاً في صحة الكفالة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى. لأن الكفالة بناء على ما جاء في المادة (٦٢١) تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ولا يلزم قبول المكفول له أو قبول أحد من طرفه الكفالة وعليه فليس من فائدة لتحري كونه عاقلاً بالغاً. وعليه لو كفل أحد لصبي محجور ما له من الدين على شخص فكفالته صحيحة، (رد المحتار).

لكن يشترط كون المكفول عنه معلوماً كما سيوضح في شرح المادة الآتية:

حتى أنه لو قال أحد لآخر (إنني كفيل بكل مالك على الناس من الدين أو إنني كفيل بكل ما يخرج لك على كل أحد من الدين) تصح كفالته كذلك لو قال لجماعة (إنني أكفل لكم أو لغيركم اثمان كل مال يباع من فلان) فكفالته في قوله (أكفل لكم..). للمخاطبين صحيحة ولغيرهم غير صحيحة كما سيأتي في شرح المادة الآتية (الهندية).

وكذلك يشترط في صحة الكفالة العلم بالمكفول به هل هو نفس أو مال فعليه لو قال أحد أنا كفيل أو ضامن ولم يقل بفلان أو بماله فلا تصح الكفالة ما لم توجد قرينة تدل على المكفول به منها.

كذلك فكما تنعقد الكفالة نفسية لو قال أحد لآخر أكفل لي هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته فكفاله مالية لو قال إكفل لي ديني الذي على هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته (رد المحتار) أنظر المادة (٦٦) متناً وشرحاً.

﴿المادة ٦٣٠﴾ إن كان المكفول به نفساً يشترط أن يكون معلوماً وإن كان مალًا لا يشترط أن يكون معلوماً فلو قال أنا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوماً.

يشترط في صحة الكفالة إن كان المكفول به نفساً أن يكون معلوماً شخصاً ومكاناً وبعبارة أخرى ألا يكون شخصه مجهولاً جهالة فاحشة.

العلم بشخصه: إذا كان شخص المكفول به معلوماً صحت الكفالة فلو قال أحد إنني كفيل بنفس فلان صحت كفالته وإذا لم يكن شخصه معلوماً فلا تصح الكفالة فلو قال أحد لآخر أنا كفيل من يغتصب منك مالا أو من يبيعه منك أو من يتبايع معك فهذه الكفالة النفسية غير صحيحة. قيل في الشرح (كون شخصه معلوماً) لأنه ليس من اللازم أن يكون اسمه معلوماً فعليه لو قال إنني كفيل بنفس رجل لا أعرفه ولكن إذا رأيته عرفته، فأقراره هذا جائز وإذا سلم إليه أي رجل وحلف على أنه ليس الذي قال عنه المدعي برئ من الكفالة لأن الجهل بالمقر به لا يمنع بمقتضى المادة (١٥٧٩) من صحة الإقرار (الدر المختار). وقد اشير أثناء الشرح إلى أنه يراد بقوله معلوماً الإحتراز من الجهالة الفاحشة أي أن الجهالة اليسيرة بالمكفول به في الكفالة النفسية لا تكون مانعاً من صحة الكفالة فعليه لو قال أحد (أنا كفيل بالشخص الفلاني أو بنفس الرجل الفلاني) صح ويعود إلى الكفيل بيان المكفول به الشخص الفلاني أو الرجل الفلاني ومن يسلمه إلى المكفول له منها برئ الكفيل. قال في رد المحتار لو قال أنا كفيل لفلان أو فلان كان جائزاً يدفع أيها شاء فيبرأ عن الكفالة انتهى.

العلم بمكان المكفول به: يشترط في المكفول به إذا كان نفساً أن يكون مكانه معلوماً فعليه إذا كان أحد غائباً فلا تصح الكفالة بنفسه (رد المحتار، ومجمع الأنهر، والبرازية) وإذا كان المكفول به مالا فليس كونه معلوماً وكون الدعوى صحيحة بشرط في صحة الكفالة لأن الكفالة مبنية على التوسع وقد وقع الإجماع على صحة الكفالة بالدرك لهذا السبب. والحال أنه في الكفالة بالدرك لا يكون المقدار الذي يضبط بالإستحقاق من المبيع معلوماً. ومع جهالة المكفول به على هذه الصورة تصح الكفالة المالية سواء أكانت تلك الجهالة فاحشة أم يسيرة. «التنوير وشرحه، وحاشيته».

مسائل تتفرع عن الكفالة بالمجهول:

المسألة الأولى، فكما تصح الكفالة بدين معلوم تصح أيضاً لو قال أنا كفيل بدين فلان على فلان وإن لم يكن مقداره معلوماً. وفي هذه الحال على الكفيل تعيين الدين المطلوب من المكفول عنه للمكفول له أنظر المادة (١٥٧٩) ويضمن الكفيل ما يقر به ويعينه وإن كان زائداً عما يقر به الأصيل أنظر المادة (٨١).

وإذا ادعى المكفول له بأكثر مما أقر به الكفيل وأثبت مدعاه بالبينة ضمن الكفيل ذلك أيضاً

لأنه قد كفل بما يتبين على الأصل مضموناً أنظر المادتين (٧٥، ٧٦). وإن لم يثبت المكفول له الزيادة فليس قوله المجرد بناء على هذه المادة حجة على الأصل وبذلك لا تكون حجة على الكفيل أيضاً وللكفيل (بناء على ذلك) القول مع اليمين على أنه لا يعلم أن المكفول به زائد عما أقر به. لأنه إذا كان ما التزم به الكفيل مالاً فيجب تصديقه في المقدار الذي التزم به مع اليمين. لأنه منكر للزيادة. والقول مع اليمين للمنكر أنظر المادة (١٧٤٨) وإذا أقر الأصل بكذا قرشاً أو نكل عن اليمين فهذا الإقرار أو النكول قاصر على نفس الأصل ولا تأثير له على الكفيل. لأن الإقرار إنما يكون حجة على المقر وليس بحجة على سواه لأن الإنسان بإقراره بشيء يكون مقراً بالنسبة إلى نفسه ومدعياً بالنسبة إلى غيره ولا يثبت صدق المدعي إلا بحجة «واقعات المفتين».

المسألة الثانية، وإذا قال أحد لآخر إنني كفلت بعض مالك على فلان من الدين صح ويلزم على الكفيل تعيين مقدار ذلك البعض أنظر المادة (١٥٧٩) (رد المحتار في الكفالة).

المسألة الثالثة، وفقرة «وكذا لو قال أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين... الخ» الواردة في المادة (٦٣٦) من جملة مسائل المكفول به المجهول وفي الكفالة التي تقع على ما جاء في الفقرة المذكورة من المادة (٦٣٦) يطالب الكفيل بما يقر به الأصل. قال عبد الحليم لو كفل بما ذاب لك عليه فعلي إن ما ثبت فأقر المطلوب بما لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله. وذاب بمعنى حصل ووجب. وقد وجب بإقراره بخلاف قوله كفلت بما لك عليه فإن الكفالة بالدين القائم في الحال كما في المقدسي.

كذلك لو كفل أحد بأجرة فقال الكفيل بعد ذلك إن الأجرة مائة قرش وقال المستأجر إنها خمسون قرشاً فالقول للمستأجر مع اليمين على أنها لم تكن أكثر من خمسين قرشاً لأن المستأجر منكر الزيادة ويطالب الكفيل بمائة قرش حسب إقراره (أنظر المادة ١٥٨٧).

وإذا كانت تلك الكفالة بأمر المستأجر فللكفيل الرجوع عليه بخمسين قرشاً أنظر المادة (٧٨) وإذا أقام البينة رجحت بينة الآخر أنظر المادة (٧٦٢).

أما إذا أقام الطالب البينة على مقدار الأجرة فله أن يأخذ من الكفيل والمستأجر ما يزيد «الهندية وفي الباب الرابع والعشرين من كتاب الإجارة».

صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الكفالة: فعليه لو ادعى أحد بمال على آخر ولم يبين مقدار ذلك المال أو لم يبين صفته مع بيان المقدار وكانت الدعوى بمقتضى المادة (١٦٢٦) غير صحيحة فقال له شخص «أترك ذلك الشخص وأنا كفيل به، فإذا لم أسلمه إليك غداً فليكن ما تدعيه قبله علي» فهذه الكفالة المالية المعلقة صحيحة فإذا لم يسلمه إليه لزم الكفيل ضمان المال المدعى به بعد الثبوت. وإذا حصل اختلاف في صفة المال فالقول للمكفول له. (التنوير، والمنح).

وبعد إيضاح هذه المادة على الصورة المتقدمة فلنذكر المسائل التي أشير إلى تعريبها في المجلة:

جاء في المجلة (على فلان) لأن معلومية المكفول عنه شرط في صحة الكفالة (التنوير).

فعليه لو قال أحد لآخر «إنني أكفل كل مال سيغصبه منك الناس أو يستقرضونه فلا تصح كفالته». كذلك لو قال أحد لزيد «إنني أكفل كل دين يظهر لك على الناس» فليست هذه الكفالة صحيحة. لكن تستثنى المسألة الأولى من شرح المادة (٦٥٨) من ذلك.

لكن الكفالة بالترديد في الكفالة المنجزة صحيحة. ويقول الفقهاء عن التردد المذكور تحبيراً لأن الكفيل يكون مخيراً كما سيأتي: قال في الدرر لا تصح أيضاً بجهالة المكفول عنه في تعيين وإضافة لا تحبير ككفلت بمالك على فلان أو فلان فتصح. انتهى.

وعليه لو قال أحد لآخر «إنني كفيل بالشخص الفلاني أو بمالك على الرجل الفلاني من الدين» فالكفالة صحيحة ويكون الكفيل مخيراً في تعيين واحد منها وبعبارة أخرى إذا أدى الكفيل واحداً من الشئين برئ من الكفالة والحكم على هذا المنوال أيضاً في الكفالة بالنفس وقد بين ذلك في شرح الفقرة الأولى من هذه المادة. (الدر المختار ورد المحتار والهندية في الباب الأول من الكفالة).

لكن تحبير المكفول له مانع لصحة الكفالة كما سيذكر.

كذلك لو قال أحد «إنني أكفل نفس فلان أو بالألف قرش التي على فلان جاز وعلى الكفيل أن يعين أحدهما ويوفيه وإذا أوفى أحدهما برئ من الثاني (رد المحتار).

جاء في المجلة «بدين فلان» لأن معلومية المكفول له شرط في صحة الكفالة المنجزة، والمعلقة والمضافة وجهالة المكفول له مانعة من صحتها سواء أكان المكفول له واحداً أم متعدداً (رد المحتار). وعلى ذلك فإذا كان المكفول له معلوماً كانت الكفالة صحيحة سواء أكان المكفول له واحداً أم متعدداً.

وعليه لو قال أحد مخاطباً عشرين شخصاً معلومين (أنا كفيل بثمان ما ستبيعونه من فلان وتسلمونه إليه) صحت كفالته (الهندية في الباب الأول).

أما إذا كان المكفول له مجهولاً فليست الكفالة صحيحة.

وعليه لو قال أحد لآخر «إنني أكفل بما تغصبه من أي أحد أو بما يحكم به عليك لأي إنسان أو بما يظهر عليك من الحقوق لأي شخص» أو لو قال «إنني أكفل اليوم لمن يبيع شيئاً لفلان ثمن مبيعته» فليست هذه الكفالة المالية صحيحة «التنوير، الدر المختار، الهندية».

كذلك لو تعاطى أحد الدلالة فقال آخر «إنني أكفل ما يقع من هذا الشخص من الضرر ولم يكن المكفول له معلوماً فليست هذه الكفالة صحيحة. (علي أفندي فيما يصح من الكفالة).

كذلك لو كفل أحد لآخر دينه الذي على شخص وظهر أن ذلك الدين ليس لذلك الشخص المكفول له تكون الكفالة صحيحة «التقيح».

كذلك لو قال أحد «إنني كفيل بدين ذلك الرجل على هذا الشخص أو إنني كفيل بمطلوب ذلك الرجل على هذا الشخص» فلا تصح الكفالة (الهندية في الباب الأول).

كذلك لو قال أحد «إنني أكفل لكل من يبيع من فلان هذا اليوم شيئاً بثمنه فلو باع منه بعض الناس شيئاً فلا يلزم ذلك الرجل شيء» (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

كذلك لو قال أحد مخاطباً ثلاثة أشخاص (إنني أكفل لكم ولغيركم ثمن ما تبيعونه من فلان) فتكون الكفالة صحيحة بالنسبة إلى الأشخاص الثلاثة المعلومين وغير صحيحة بالنسبة إلى غيرهم (الهندية).

مستثنى: وتستثنى من مسألة جهالة المكفول له مانعة من صحة الكفالة (المسألة الآتية).

وهي ليست جهالة المكفول له (في الكفالة التي ضمن شركة المفاوضة) مانعة لصحتها (رد المحتار) أنظر المواد (٥٤ و ١٣٣٤ و ١٣٥٦) في المتفاوضات.

فإذا افترقا فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيها شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة (الهندية في الباب الرابع).

وجاء في المجلة (بدين فلان على فلان.. الخ) إشارة إلى أنه يجب أن يكون الكفيل غير المكفول له لأنه لا يصح أن يكون الإنسان كفيلاً لنفسه.

وعلى ذلك فلو كفل الوكيل بالبيع المشتري بضمن المبيع لموكله فلا تكون كفالته صحيحة سواء أكان ذلك بعد قبض الوكيل الثمن المذكور أو قبله لأن حق قبض ثمن المبيع بناء على المادة (١٤٦١) عائد إلى الوكيل أصالة فإن كفل الثمن قبل القبض كان ذلك منه لنفسه وليست هذه الكفالة جائزة، لأن حق القبض له بالأصالة ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله وجاز أن يكون الموكل وكيلاً عنه في القبض وللوكيل عزله (رد المحتار).

حتى أن الكفيل لو أعطى الثمن إلى البائع بناء على هذه الكفالة فله أن يرجع عليه به، ويسترده ولكن إذا لم يكن أعطاه بناء على هذه الكفالة بل أعطاه متبرعاً صح (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة).

على أن الرسول بالبيع إذا كفل بضمن المبيع صح أما بعد القبض فيها أن الثمن يكون في يده أمانة بناء على المادة السابقة فلا تصح.

كذلك لا تصح كفالة الوصي أو الناظر المشتري للصغير بضمن المال الذي باعه (الدر المختار).

مثلاً لو أعطى أحد آخر نقوداً من مال الصغير الذي له الوصاية عليه وكفل عنه بالمال للصبي فلا تصح كفالته (النتيجة).

وعلى ذلك فلو كفّل أحد الوصيين بالآخر فلا تصح كفالته . ما لم يكفل الأوصياء بدين المتوفي لوارث له كبير فتصح الكفالة وفي هذا الدين يخرج الأوصياء منه فلا يكون لهم قبضه بعد ويعين الحاكم وصياً جديداً لاستيفائه من الوصي الكفيل .

كذلك لو أودع أحد عند آخر أمانة وكفل المودع بتسليم الأمانة إليه فلا تصح ، نعم وإن كانت الكفالة بتسليم الأمانة جائزة فليس ذلك إلا عندما تقع من غير المودع . قال في (رد المحتار) الثمن بعد القبض أمانة عند الوكيل غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد وأيضاً كفالته لما قبضه كفالة الكفيل عن نفسه وأما صحة الكفالة بتسليم الأمانة فذاك في كفالة من ليست الأمانة عنده . انتهى بتغيير ما قال في أدب الأوصياء . ولو كان للميت دين على رجل فضمنه أحد الوصيين لصاحبه أو للصغير لم يجز ولو ضمنه للوارث الكبير جاز وخروج عن الوصاية في ذلك الدين فليس لهما مقاضاته فينصب القاضي وصياً آخر فيطلبه ويقبضه . انتهى بتغيير ما .

وكذلك لا تصح كفالة المضارب لرب المال بالمال أي أنه لو باع المضارب مال المضاربة من آخر وكفل لرب المال بعد ثمنه فلا تصح كفالته (مجمع الأنهر) .

وقيل في هذه المسألة (الوكيل بالبيع . .) لأن كفالة الوكيل بقبض الثمن بذلك الثمن صحيحة (الدر المختار ورد المحتار وعبد الحليم) .

كذلك لو كان لشخص مع آخر دين مشترك عند آخر ولو كان ناشئاً عن إرث وكان الدين صحيحاً فلا تصح كفالة ذلك الشخص على المطلوب المذكور حتى أنه لو دفع لشريكه طلبته المكفول بها بناء على الكفالة فله استرداد ما دفعه إليه لأنه إذا دفع أحد مالاً يجب عليه أداءه إلى آخر فله استرداده كما جاء في شرح المادة (٩٧) . والسبب في عدم صحة هذه الكفالة أيضاً هو وقوع الكفالة إما على النصف المعين الذي يصيب المكفول له وذلك يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا كما جاء في المادة (١١٢٣) ليس بجائز «لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين إذ الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً والدين حكمي (رد المحتار) أو تكون واقعة على نصف شائع وحينئذ يكون للكفيل بناء على المادة «١١٠١» أن يأخذ نصف المقبوض لنفسه وبذلك يكون كفيلاً لنفسه أيضاً وهذا غير جائز .

وإن لم تكن كفالة الشريك في الدين المشترك صحيحة فإذا كفّل أجنبي لأحد الشريكين بدينه فما يؤديه الكفيل لأحدهما يكون مشتركاً بينهما كما إذا أداه الأصيل (أنظر المادة ١١٠١) ، (رد المحتار) .

أما إذا لم يكن الدين مشتركاً صحت الكفالة كما إذا باع اثنان مالاً صفتين من آخر وكفل أحدهما للآخر بدينه . الخلاصة ، أن كل كفالة تتضمن كفالة الكفيل نفسه ليست صحيحة (رد المحتار والهندية) .

﴿المادة ٦٣١﴾ يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصليل يعني أن إيفاء يلزم الأصليل فتصح الكفالة بثمان المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على إيفائه عيناً أو بدلاً وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبول على سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه وأما الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان يفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل إنما يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصليل لكن لو قال أنا كفيل ان أضاع المكفول عنه هذه الأشياء واستهلكها، وتصح الكفالة بتسليم المبيع وتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكون مجبوراً على تسليمها إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء.

أي أنه يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصليل أي أن يكون إيفاءه عيناً أو بدلاً لازماً على الأصليل سواء أكان المكفول به ديناً أو عيناً مضمونة بنفسها، (رد المحتار).

والمال في هذه المادة يشمل العين والدين. والواقع أن الدين وإن كان أمراً حكماً ولا يمكن إدخاره لعدم وجوده وليس هو بناء على المعنى الوارد في المادة (١٢٦) مالا في الحال بل هو مال حكماً بالنظر إلى عاقبة القبض. لأن الدين يصبح عيناً ينتفع به عند قبضه في الزمن الآتي (البحر في شرح قول الكنتز وعن الميت المفلس).

ويستفاد من هذه العبارة حكمان:

الحكم الأول - إذا لم يكن المكفول به مضموناً فلا تصح الكفالة. لأن ما لا يجب إيفاءه على الأصليل ويكون مضموناً عليه فلا يجب ضمانه على الكفيل. لذلك لا تصح الكفالة بما لا يلزم الأصليل أداؤه كالرشوة، القمار والجيفة وثمان الرجل الحر. لأن هذه ليست مضمونة على الأصليل فلا يلزمه إيفاءها.

وعليه لو ادعى الكفيل بعد أن كفل بدين أحد على آخر أن كفالاته ليست صحيحة لأن ذلك الدين رشوة أو قمار، أو جيفة أو ثمن آدمي حر، على المكفول له وأقر المكفول له بذلك وصدقه فيخرج الحاكم الكفيل من الكفالة لبطلان الكفالة. لكن لو حضر بعد ذلك الأصليل والمكفول عنه وأقر بأن المبلغ المذكور ثمن لمبيع أو قرض وصدق المكفول له هذا الاقرار أيضاً لزم ذلك المبلغ الأصليل بموجب إقراره أنظر المادة (٨٧) (الهندية في الباب الثالث من الكفالة).

هذا ويتفرع من هذا الحكم الأول فقرة (وأما الكفالة بعين المبيع قبل القبض . . . الخ) وفترة (وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار . . .).

الحكم الثاني - إذا كان المكفول به مضموناً صحت الكفالة. فتصح الكفالة بثمن المبيع أي ثمن المال الذي بيع بيعاً صحيحاً وبديل الإجارة المعجل أو المؤجل سواء كان عيناً أو ديناً وكذلك بالمهر وبديل الطلاق في الطلاق على مال والمسلم فيه وسائر الديون الصحيحة القائمة كالخراج المعين والضرائب في أحوال استثنائية أيضاً. إلا أنه إذا كان المشتري صبيّاً محجوراً فكفالته بثمن المال الذي اشتراه وإن كان صحيحاً فلا يلزم الكفيل شيء من ذلك تبعاً للأصيل لكن لو باع الصبي المحجور مالاً من آخر وكفل له أحد كفالة درك فإذا كانت الكفالة بعد القبض فلا تصح وإن كانت قبل ذلك صحت (أنظر شرح المادة ٦١٢) «البحر».

وقد قيد (ثمن المبيع) هنا بثمن المال الذي يباع بيعاً صحيحاً لأنه إذا ظهر فساد البيع ظهر فساد الكفالة بناء على المادة (٥٢) ولا يلزم الكفيل إعطاء البائع الثمن إلا إذا لم يكن سلمه إياه. فضلاً عن أن الثمن المسمى لا يلزم الأصيل في البيع الفاسد كما جاء في المادة (٣٧١) حتى يلزم الكفيل. وإن أعطى الكفيل الثمن وكانت الكفالة بالأمر فله أخذه إن شاء من البائع وإن شاء من المشتري (الخيرية) لأنه من الأصول المقررة إذا أعطى أحد آخر شيئاً ظاناً أنه يلزمه وظهر له بعد ذلك أنه غير واجب عليه فله الرجوع على ذلك الرجل بما أعطاه أي أنه له صلاحية استرداد ما أعطى ذلك الشخص (التنقيح). فإذا أخذ ذلك من المشتري فله أخذه من البائع وأما إذا أعطى المشتري الثمن الكفيل ففي هذه الصورة يرجع المشتري على البائع وإذا كانت الكفالة بلا أمر أخذ الكفيل ما أعطى من البائع فقط لأنه أدى الكفالة فاسدة على أنه إذا وقع أولاً البيع صحيحاً وبعد أن كفل بالثمن أحد الحق المتبايعان به شرطاً فاسداً فللكفيل الرجوع على المشتري بثمن المبيع بعد أدائه إلى البائع وذلك إذا كانت الكفالة بأمره (الكفوي فيما تقع به البراءة مالا).

وقد قيدت الديون في متن المجلة بالديون (الصحيحة) لأنه لا تجوز الكفالة بالديون غير الصحيحة كما إذا أقر صغير غير مميز بدين كذا قرشاً لشخص وكفله به أحد فكما أن ذلك الاقرار بناء على المادة (١٥٧٤) غير صحيح فالكفالة أيضاً غير صحيحة (البهجة).

مستثنى - على أنه وإن كان ما يقرر ويقدر بحكم الحاكم ولا تمكن استدانته أو النفقة المقررة التي تقرر وتقدر برضاء الزوج والزوجة وتسقط بالطلاق أو الوفاة وليست ديوناً صحيحة تصح الكفالة بها استحساناً (الدر المختار، والأشباه) وتصح الكفالة أيضاً بالنفقة المستقبلية كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبداً ما دامت الزوجية (الدر المختار ورد المحتار ملخصاً). الديون: جمع دين.

(الدين الصحيح) هو مالا يسقط بغير الإداء أو الإبراء حقيقة أو حكماً. كالقوض، وثمن المبيع، وبديل الإجارة والمسلم فيه، وقيمة المغصوب. والمال المحال به، ومهر المثل (والمهر المسمى، وبديل المخالعة) والنفقة التي تستقرض بأمر الحاكم على أن يرجع بها على من عليه النفقة. (الدر

المختار ورد المختار، والنتيجة، والأنقروي).

والابراء الحقيقي: مذكور في المادة (١٥٣٦) من المجلة والابراء حكماً هو إذا طاوعت الزوجة قبل الدخول ابن زوجها سقط عنه دين المهر، لأن تعمدتها ذلك قبل الدخول مسقط مهرها فكأنها ابرأته منه (الدر المختار، ورد المختار).

كذلك إذا أدى المستأجر الأجرة قبل استيفاء المنفعة. وأخذ على المستأجر كفيلاً بضمان الأجرة فيما إذا لم تستوف المنفعة بسبب من الأسباب. تصح الكفالة (أنقروي في الفصل الثاني). ويزاد على هذا التعريف للدين الصحيح السؤالان الآتيان.

السؤال الأول: - بما أن ثمن المبيع يسقط برد المبيع إلى البائع بضبطه بالاستحقاق أو بخيار العيب أو خيار الشرط أو خيار الرؤية كما هو مذكور في المادة (٦٧١) فليس ذلك بدين صحيح.

جواب - فسقوط الثمن على الوجه المشروح ناشئ عن عروض أسباب تبطل وتفسخ حكم العقد بلزوم المشتري الثمن وإظهار الثمن غير ملزم بالعقد. وإلا فلا يسقط الثمن بوجه آخر دون عروض سبب مسقط لقضاء العقد والثمن ويفسخ حكم العقد. (رد المختار).

السؤال الثاني - بما أن المحال به يسقط أيضاً بغير الأداء والابراء فقد خرج بذلك من تعريف الدين الصحيح المذكور وعليه فيلزم أن تكون الكفالة به غير صحيحة والحال أن الكفالة به صحيحة فما الوجه في ذلك؟

الجواب - بما أن وفاة المحال عليه قبل القضاء والابراء أمر بعيد ونادر وقوعه فلذلك لا يعتبر (أنظر المادة ٤٢) «عبد الحلیم في الكفالة».

والدين الغير صحيح هو ما يسقط بدون أداء أو ابراء. كالنفقة المقررة ودين الزكاة فكما تسقط النفقة المذكورة بالاداء والابراء تسقط بالطلاق أو بموت أحد الزوجين ويسقط دين الزكاة أيضاً بوفاة المدين أو هلاك المال وانما جوزت الكفالة في النفقة المقررة إستحساناً كما مر بيانه.

لكن لو قدر الحاكم النفقة وأذن الزوجة بالاستدانة واستدانت فتكون هذه النفقة التي استدانتها الزوجة ديناً صحيحاً على الزوج ولا يسقط عنه بغير الأداء أو الإبراء.

كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب والمال الذي أقرض إقراضاً فاسداً والأعيان الأخرى السائرة المضمونة بنفسها وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على إيفائه عيناً ان كانت موجودة أو بدلاً وإن استهلك أو هلك قبل الكفالة أو بعدها وبعبارة أخرى إذا كانت من المثليات عليه مثلها وان كانت من القيميات فعليه قيمتها للمكفول له. (الأنقروي في الفصل الثاني والدر المختار ورد المختار في أول الكفالة). ويلزم بحسب ما جاء في المادتين (٨٩٠ و ٨٩١) على الأصيل ضمان وإيفاء المال المغصوب والقرض الفاسد على هذا الوجه.

مثلاً لو كفّل أحد بشاة غضبها أحد من آخر وذبحها تصح الكفالة على رأي أبي يوسف

ويضمن الكفيل قيمتها يوم غضبها من مكانها . وإلا فلا يضمن الشاة لأن حق المَغصوب منه إنما يتعلق بعد هلاك المَغصوب في عين المَغصوب وليس في بدله أما رأي الإمام الأعظم رحمه الله تعالى أن الكفالة بشاة تستهلك على هذه الصورة غير جائزة لأنه يرى أن حق المَغصوب منه بعد هلاك المَغصوب منه يتعلق ببده وليس بعينه وعلى ذلك فكفالة تلك الشاة على تلك الحال كفالة بما لا يلزم على الأصيل اداؤه فلذلك فالكفالة المذكورة غير صحيحة (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

مثلاً إذا تلف المال المَغصوب بعد كفالته ولزمت قيمته واختلفت الكفيل والمكفول له في مقدارها فإن أقام المكفول له البينة فيها وإلا فالقول للكفيل (أنظر المادة ٧٦).

وإذا أقر الغاصب بزيادة فيجب أن يؤخذ بها لكن ذلك الإقرار لا يسري على الكفيل المذكور (أنظر المادة ٧٨) وقد مر معنا في شرح المادة الآتية ما يؤيد ذلك.

أما إذا حكم على الأصيل بالزيادة بعد استحلافه على القيمة المذكورة ونكوله عن اليمين ينظر فإذا كان إقرار الأصيل ودعواه أن قيمة المال المَغصوب خمسمائة قرش وادعى المَغصوب منه بأنها ألف ونكل الأصيل عن اليمين لدى استحلافه لزم الأصيل ألف والكفيل كما هو إقرار الأصيل خمسمائة.

وإذا ادعى المَغصوب منه أن قيمة المَغصوب ألف وسكت الأصيل ولدى استحلافه نكل من اليمين فكما تلزم الأصيل الألف تلزم الكفيل أيضاً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء إن كان قد سمي ثمته ويجبر الكفيل على إيفائه كما ذكر في الفقرة الآتية لدى المطالبة عيناً أو بدلاً (مجمع الأنهر) ويكون مضموناً على الأصيل كما ذكر في الفقرة الأولى من المادة (٢٩٨).

وقوله في المجلة (أن كان قد سمي ثمته) قيد احترازي لأنه إذا لم يسم ثمناً فلا يكون مضموناً على الأصيل كما هو معين في الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) وبما أنه داخل في الفقرة (ولا تصح كفالة المرهون . . . الخ) من هذه فلا تصح فيها الكفالة.

كذلك المال الذي يباع بيعاً فاسداً يكون مضموناً بنفسه على الأصيل ويلزم إيفاؤه عيناً أو بدلاً كما هو مذكور في المادة (٣٧١). فالكفالة به أيضاً صحيحة (الملتقى، مجمع الأنهر).

وأما الكفالة بعين المبيع أي ماليته قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع كما هو مبين في المادة (٢٩٣) شرحاً ومتناً لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل إنما يلزم عليه رد ثمنه إن كان قد قبضه (عزمي زاده).

المبيع قبل القبض مضمون بغيره أي بثمن المبيع ويكون بعده مضموناً بنفسه. لأنه إذا كان مضموناً بنفسه أيضاً لزم أن يجتمع ضمانان لشيء واحد يخالف بعضها بعضاً في ذمة واحدة وهذا ليس بجائز وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمال المستعار والمأجور ومال المضاربة،

ومال الشركة، والوديعة، والمال المستأجر فيه وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصليل بنفسها وإن اكتسبت الامانات المذكورة بعد الكفالة صفة المضمونية فلا تنقلب الكفالة إلى الصحة.

مثلاً لو كفّل أحد بالوديعة ذلك واكتسبت الوديعة باستهلاك الوديع إياها بعد ذلك صفة المضمونية على الوديع فلا تنقلب الكفالة السابقة إلى الصحة ولا يلزم الكفيل ضمان. (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة).

والكفالة بالمستأجر فيه غير جائزة كما مر مثلاً لو أعطى أحد ثوباً إلى الخياط على أن يخيطه وكفّل أحد بذلك الثوب فعلى رأي الإمام الأعظم رحمه الله لا تصح كفالته. لأن المستأجر فيه أمانة في يد الأجير أما هذه الكفالة على رأي الامامين رحمهما الله فهي صحيحة لأن المستأجر فيه في يد الأجير على رأيها مضمون (الأنقروي في المحل المزبور) (أنظر شرح المادة ٦٠٧). وقول المجلة (لكونها غير مضمونة على الأصليل) يراد به كما أشير في الشرح ألا تكون مضمونة بنفسها. لأن الأعيان تنقسم باعتبار أنها مضمونة أو غير مضمونة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول - ما تكون مضمونة بنفسها على الأصليل بالقيمة والبذل كالمال المغصوب والمبيع الذي يقبض بطريق سوم الشراء ويسمى ثمنه أو بالبيع الفاسد وما يشبه ذلك من الأعيان التي يلزم بدؤها عند الهلاك، ويلزم بمقتضى المادة (٨٩١) الغاصب ضمان بدل المال المغصوب عند التلف كما صار تقريره آنفاً (البحر، ورد المحتار).

القسم الثاني - ما كانت مضمونة على الأصليل بغيرها وبعبارة أخرى ما لا يلزم تأدية بدؤها عند الهلاك بل يلزم شيء آخر كالمرهون والمبيع قبل القبض. مثلاً لو تلف المرهون في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم المرتهن تأدية بدله ويسقط الدين الذي في مقابله كما ذكر مجملاً في شرح المادة (٤٠١).

وكما سيذكر مفصلاً في كتاب الرهن. وعليه فيما أن المرهون ليس مضموناً بنفسه وواجباً فلا يجب ضمانه على الكفيل. وقد اطلقه هنا فشمل ما إذا ضمن الرهن على المرتهن للراهن أو عكسه (البحر) وذلك كمال الشركة، ومال المضاربة، والعارية، والمأجور في يد المستأجر، والمال الذي يقبض بطريق سوم النظر المال الذي يقبض بطريق سوم الشراء ولم يسم له ثمن. فلا يجب في هذه على الكفيل ضمان لأنها ليست مضمونة على الأصليل (البحر) وهنا يفهم مما تقدم من التفصيلات أن المرهون مضمون على الأصليل ولكن ليس بنفسه أي ببذله بل بغيره أي بالدين الذي يقابله.

لكن الكفالة فيها تكون مضافة إلى سبب الضمان أو معلقة ولكن لو قال الكفيل أنا كفيل لو أضع المكفول عنه أو استهلكه أي (المرهون والمستعار والمأجور والأمانات السائرة) صحت هذه الكفالة معلقة كما سيوضح في شرح المادة (٦٣٦). لأنه لو استهلك الأمين الأمانة أو تلفت بصنعه تكون مضمونة عليه بمقتضى المادة (٧٨٧) وبذلك يمكن أن يجب الضمان على الكفيل. تصح الكفالة قبل القبض بتسليم المبيع إلى المشتري وتسليم هؤلاء أي المرهون إلى الراهن والمستعار إلى المعير، والمأجور إلى الأجر والأمانات السائرة إلى اصحابها كفالة بالتسليم (أنظر المادة ٦٤١). وعند مطالبة

المكفول له لو لم يكن لذوي اليد حق حبسها من جهة يكون الكفيل مجبراً على تسليمها.

فعلية كما يلزم رد المستعار على ما جاء في المادتين (٨٢٥ و ٨٣٠) وتسليمه إلى أصحابه يلزم رد المرهون كذلك بعد تخليصه على وجه شرعي إلى صاحبه وتسليمه إليه كما يقتضي تسليم الوديعة على ما جاء في المادة (٧٩٤) أيضاً وتسليم المأجور على ما جاء في المادتين (٥٩٣ و ٥٩٤). (البحر).

وليست الكفالة بالتسليم مختصة بهؤلاء. وتصح في الأعيان المضمونة بنفسها أيضاً مثلاً لو غضب أحد ماله لآخر وكفل أحد بأخذ المال المغضوب من الغاصب وتسليمه إلى المغضوب منه صحت الكفالة ويجبر الكفيل على تسليم المال إلى المغضوب منه على ما جاء في المادة (٨٩٠). ولورد رجوع عليه بأجر مثل عمله إذا الكفيل يأمر يرجع بما ضمن وشمل عمله أجر عمله ولو أخذ به وكيلاً لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل، (تعليقات ابن عابدين على البحر).

وجاء في المجلة (لو لم يكن لهم حق حبسها) لأنه لو لم يؤد ثمن المبيع مثلاً فللبائع بناء على المادة (٢٧٨) حبس المبيع كما أنه للمرتهن إمساك المرهون بناء على المادة (٧٢٩) إذا لم يؤد الدين فكما أنه لا يلزم الأصيل تسليمها قبل أداء الثمن والدين فلا يلزم الكفيل ذلك كما أنه إذا كان للمستأجر بناء على الفقرة الخامسة من المادة (٥٩٠) حق حبس المأجور فلا يطالب الكفيل بتسليمه حينئذ.

إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس على ما هو مبين في المادة (٦٦٦) يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات أي المبيع والمرهون والمستعار والأمانات السائرة قبل القبض انفسخت هذه الكفالة بالتسليم ولا يلزم الكفيل شيء.

مثلاً لو تلف المبيع أو المرهون أو المأجور قبل القبض فلا يترتب على الكفيل شيء أصلاً أي أنه لو اشترى أحد ماله من آخر ولدى إعطائه الثمن ولما يقبض المبيع وكفل له شخص بتسليمه المبيع المذكور وتلف المبيع في يد البائع فلا تلزم الكفيل قيمة المبيع ولا يلزمه إعادة الثمن المقبوض إلى المشتري لأنه ليس للكفيل كفالة بهؤلاء أما لزوم البائع رد الثمن فقد صرحت به هذه المادة.

لو رهن أحد ماله في مقابل دينه عند آخر وسلمه إياه وبعد أن أوفى دينه والمرهون لم يزل في يد المرتهن كفل تسليم ذلك الرهن وتلف الرهن بعد ذلك قبل التسليم فلا يلزم الكفيل شيء. . . غير أنه يلزم المرتهن كما سيبين في شرح كتاب الرهن - رد ما قبض من الدين إلى الراهن لسقوط الدين الذي في مقابل الرهن (التاريخانية في الفصل الواحد والعشرين).

كذلك لو كفل أحد بالأجرة وكانت عيناً وتلفت تلك الأجرة بعد ذلك قبل التسليم في يد المستأجر برئ الكفيل من الكفالة. أما المستأجر فيلزمه أجر المثل، (الهندية في الباب الرابع والعشرين من الإجارة).

وفي فقرة (إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به) استطراد وبما أن المقصود بالذات هي مسألة (كذلك لو تلفت هذه المذكورات. . . الخ) فلا تعد الفقرة الثانية من المادة (٦٦٦) مستدركة.

فائدة: لو كفل أحد بثمر النخيل وهو أخضر وحكم على الأصيل بقيمة الثمر بمرور زمن الثمر الأخضر فتبقى كفالة الكفيل على الثمر الأخضر أيضاً ولا تتحول إلى القيمة لأنه لا يوجد سبب يوجب تحويلها إلى القيمة.

وإذا أخذت القيمة من الأصيل برأت ذمة الكفيل ومتى أدى الكفيل الثمر الأخضر فله الرجوع على الأصيل هذا إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل (الهندية في مسائل شتى من الكفالة لاحقة- في شروط أخرى تتعلق بالمكفول به).

يشترط في الكفالة كون المكفول به مقدور التسليم والاستحصال عليه من الكفيل ممكناً. فعدم جواز الكفالة بالقصاص مبني على ذلك (مجمع الأنهر) أنظر المادة الآتية.

كذلك لا تصح الكفالة بنفس الميت أو الغائب الذي لا يعرف له محل (البرازية) أنظر شرح المادة (٦٣٠).

كذلك ضمان الخلاص باطل أيضاً. إذا كفل أحد بخلاص المبيع من المستحق إذا ظهر وتسليمه إلى المشتري فلا تصح الكفالة لأن المستحق إذا لم يجز البيع فلا يقتدر الكفيل على القيام بكفالاته أما إذا كفل برد ثمن المبيع إذا لم يمكن تخليصه من المستحق فتصح الكفالة «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

كذلك لا تصح الكفالة بحمل دابة معينة استكرت للتحميل. مثلاً لو استكرى أحد دابة معينة من آخر ليحمل عليها حملاً معلوماً إلى المحل الفلاني وكفل أحد بنقل ذلك الحمل على تلك الدابة فلا تصح كفالاته لأن المعقود عليه حمل الدابة المعينة التي هي ملك للغير. وعليه فكما أن الكفيل يكون عاجزاً عن تسليمها فلو سلم دابة أخرى من عنده ونقلت الحمل فلا يكون لها أجره لأنها لم تكن معقوداً عليها أما إذا لم تكن الدابة المأجورة معينة فالكفالة صحيحة وينقل الكفيل الحمل على دابته لأن مطلق الحمل المكلف به المؤجر مما يقتدر عليه الكفيل أنظر المادة (٥٤١) وإذا نقل الكفيل الحمل وكان كفيلاً بالأمر يرجع على المكاري بأجر المثل يوم الضمان أي يوم نقل الحمل.

كذلك لو كفل أحد ببيع مال المدين الفلاني وأداء الدين من ثمنه فالكفالة صحيحة ولا يطالب الكفيل. والحكم في الحوالة على هذا الوجه أيضاً أنظر شرح المادة (٦٩٦) علي أفندي في الكفالة).

كذلك لو تعهد الأجير بشيء كالبناء مثلاً وأعطى كفيلاً بنفس العمل إلى المستأجر وكانت المقاوله مطلقة على ما جاء في المادة (٥٧٢) صحت الكفالة.

وإذا أوفى الكفيل المكفول به على هذه الصورة أخذ أجر المثل من المكفول عنه بالغاً ما بلغ إذا كانت الكفالة بأمره. أما إذا اشترط أن العمل المؤجر بنفسه فلا تجوز الكفالة بنفس العمل على هذه الصورة. ومع ذلك فتجوز الكفالة بنفس المؤجر، (رد المحتار والهندية في الباب الرابع والعشرين من الإجارة)

﴿المادة ٦٣٢﴾ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ولكن تصح الكفالة بالإرث والدية للذين يلزمان الجراح والقاتل.

لا تجوز النيابة في العقوبات ولا تجري فيها «الدر المتقى» أي أنه لا يجوز إنزال العقاب بأحد نيابة عن غيره لأن الغرض من العقوبة الزجر فإذا صح إنزال العقوبة بالمنوب عنه فلا يحصل الزجر المطلوب للفاعل (الكفالة).

وقد أورد صاحب العناية على هذا الدليل التشكيك الآتي: إن المقصود من الزجر إما زجر الجاني وهذا قائم على فكرة مجازاة الجاني حتى ينزجر فلا يعود إلى مثلها. وهذا الغرض يتوفر في غير القصاص لكن لا يكون حصول هذا الغرض قطعياً إذ في بعض الأحيان لا يحصل فكثيراً ما نشاهد الجناة المتهمين يعاودون الجنايات المرة بعد المرة وهم يشاهدون من يعاقبون على فعلهم هذا. أما في القصاص فيها أنه لا يتصور معاودة الجاني الجرم بعد نزول العقاب به فلذلك لا يتصور حصول زجر الجاني بعقاب غيره كما مر.

وإما أن يكون الغرض منه زجر غير الجاني وهذا أيضاً يحصل بإقامة العقوبة على غير الجاني أيضاً فعليه يجب أن لا يستدل على عدم جواز النيابة في العقوبة بالادلة التي مر ذكرها بل يستدل عليها بالإجماع لأنه لم يقل أحد من العلماء بجواز العقوبة نيابة ولم يخالف أحدهم القول بعدم جريان النيابة في العقوبات فيها أن هذا التشكيك تشكيك بالمسلمات فليس مسموعاً. انتهى...

غير أن تشكيك صاحب العناية هذا موضع للسؤال: لأن إقامة العقوبة على نائب الجاني يستلزم انفتاح باب الجنايات والجرائم على مصراعيه إذ أن الأغنياء إذا جنوا جنابة أو أوقعوا جرماً، اتخذوا لهم من الفقراء نواباً يحملون دونهم جزاء ما جنوا وبذلك لا يبقى أثر لإقامة الحدود في الجنايات أما معاودة المتهمين الجرم بعد إنزال العقوبة بهم فهذا شيء نادر الوقوع ولذلك لا تكون هذه المعاودة سبباً صالحاً للإجتهاد بتجوز معاقبة نائب المجرم إذ أنه إذا عاود المجرم وارتكب جرماً يمنع من ارتكابه بزيادة العقوبة على أن ضرر معاودة المجرم على جرمه أقل من ضرر انفتاح باب الجنايات.

فعليه لا تصح الكفالة بنفس القصاص والقود وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية لأنه لا يمكن شرعاً استيفاؤها من الكفيل وقد بين في شرح المادة السابقة أنه يشترط في المكفول به أن يكون مقدور التسليم.

ولكن تصح الكفالة بنفس الشخص الظنين في المجازاة التي للعباد فيها حق على أنها كفالة نفسية وبالأرث^(١) والدية اللذين يلزمان الجراح والقاتل خطأ على أنها كفالة مالية (التنوير والدر

(١) الأرث، يطلق على دية العضو أما الدية بكسر الدال وفتح الياء وتخفيفها المال الذي هو بدل النفس وبدل جرح الأعضاء بما هو دون النفس وعلى ذلك، فهنا يوجد عطف العام على الخاص.

المختار .

كذلك لو قتل أحد آخر قتلاً موجباً قصاص القتل وتصلح القاتل مع ورثة المقتول عن القصاص بكذا قرشاً وكفل أحد ببذل الصلح صحت كفالته (النتيجة).

﴿المادة ٦٣٣﴾ لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس أيضاً.

لا يشترط في صحة الكفالة المالية يسار المكفول عنه فعليه كما تصح الكفالة بدين عن غير المفلس تصح الكفالة بدين عن المفلس أيضاً سواء أكان الكفيل وارثاً للأصيل أو أجنبياً.

والمفلس هنا هو من ليس له مال في مقابل دينه ولا كفيل بأداء ذلك الدين أو رهن في مقابله . وليس المعنى المذكور في المادة (٩٩٩) مقصوداً هنا (رد المختار)

وليكن معلوماً أن للمفلس اعتبارين :

الإعتماد الأول- كون المفلس في قيد الحياة وكفالة المفلس الذي يكون في قيد الحياة صحيحة بالإتفاق . لأن الدين يتعلق بذمة المدين الحي وعلى ذلك يبقى الدين في ذمته وإن أفلس ، مثلاً لو طرأ على أحد افلاس وليس له مال مطلقاً وكفل أحد بالدين الذي عليه صحت الكفالة وأصبح الكفيل مطالباً ولو لم يكفله أحد في حال يساره لم يكن له رهن .

الإعتماد الثاني- كون المفلس قد توفي . لو توفي أحد مديناً ولم يترك مالاً ولا كفيلًا بدينه ولا رهنًا عليه وكفل أحد بعد وفاته بما عليه من الدين فقد اختلف الأئمة في جواز هذه الكفالة وعدمه . فالكفالة هذه غير جائزة عند أبي حنيفة وباطلة . لأن المفلس إذا لم يترك مالاً أو رهنًا أو كفيلًا فيكون الكفيل قد كفل بدين ساقط بضرورة أحكام الدنيا والكفالة بدين ساقط لا تجوز والواقع أنه وإن جاز أن يتبرع أحد بوفاء دين من يتوفى مفلساً على هذه الصورة فجواز تبرع كهذا محمول على كون الدين باقياً في ذمة الدائن (مجمع الأنهر) وقد أفتى مشائخ الإسلام بقول الإمام الأعظم رحمه الله (علي أفندي) وإذا ظهر مقدار من المال للمفلس فتكون الكفالة صحيحة في ذلك المقدار وتكون غير صحيحة في ما عداه . إلا إذا كان الدين لاحقاً بعد موت المفلس فتصح الكفالة به مثلاً لو حفر الميت المفلس في حال حياته بئراً في الطريق العام بلا أمر ولي الأمر وتلف شيء بسبب ذلك لزمه الضمان . لأن الدين يثبت مستنداً على حفر البئر أي من وقت السبب وكانت ذمة المفلس في الوقت المذكور موجودة (الدر المختار)

المستند يثبت أولاً في الحال ثم يستند فوجب القول بصحة الضمان لعدم المانع (عبد الحليم) وقيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل في حياته ثم مات مفلساً لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلساً لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتقدر بقدرها فابقيته في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة (البحر).

أما الإمامان رحمهما الله تعالى فقد ذهبا إلى أنه تصح كفالة المفلس الميت لما روي أن رسول الله ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة وقال صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله فصلى عليه ولأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يطالب به في أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح ولذا يبقى إذا كان به كفيل (البحر).

والواقع أنه كان القول المفتى به في الميت المفلس إلى أن نشرت المجلة قول الإمام الأعظم رحمه الله تعالى. ولكن قد يقال إن المجلة قد اختارت في هذه المادة قول الإمامين لقولها بصحة الكفالة بالمفلس مطلقاً بدون تقييد بالحي أو الميت.

الباب الثاني

في بيان أحكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول
وقد ذكرت فيما يلي خلاصة مسائل هذا الباب المهمة.

خلاصة الباب الثاني

أحكام الكفالة

١

- ١ - حكم الكفالة مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول به.
- ٢ - ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها وترتب الدين في ذمة المدين إذا لم يكن مخيراً خيار شرط أو خيار رهن.
- ٣ - المكفول به مضمون وللمكفول له إن شاء مطالبة الكفيل وإن شاء مطالبة الأصيل. إلا في المسألتين الآتيتين:
- (١) إذا اشترط في الكفالة براءة الأصيل فليس للمكفول له مراجعته.
- (٢) إذا أقر الكفيل بالدين وأنكره الأصيل وحلف فلا يطالب الأصيل بل يطالب الكفيل لأنه قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.
- ٤ - الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.
- ٥ - الكفيل الذي يؤدي الدين له أن يراجع الأصيل إذا كانت كفالته بالأمر.

٢

الكفالة المطلقة - يجب الدين على الكفيل بالكيفية والصفة التي يجب بها على الأصيل لأن الفرع تابع للأصل.

الكفالة المقيدة - يعتبر فيها القيد والفرع يتبع الأصل في الوصف. وإذا اختلف في القيد فالقول مع اليمين للكفيل.

الكفالة المعلقة - إذا تحقق الشرط الملائم المعلق عليه في الكفالة المعلقة طوبى الكفيل وإلا فلا. راجع خلاصة الباب الأول.

والكفالة المعلقة على شرط غير ملائم باطلة لأن الكفالة ابتداء كالنذر وانتهاء كالبيع. ولاقتضاء مشابقتها النذر تعليقها بأي نوع للشرط واقتضاء مشابقتها البيع عدم جواز تعليقها بشرط فقد نظر الفقهاء إليها من كلتا الجهتين فقالوا مشابقتها البيع بعدم جواز تعليقها بشرط غير ملائم ومشابقتها النذر بتعليقها بشرط ملائم. ويلزم لتحقيق الشرط تحقق القيد والوصف.

الكفالة المضافة - لا يطالب الكفيل في الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل ما لم يحل الزمن المضاف إليه.

الكفالة المشروطة - (١) الكفالة بالشرط الصحيح، (٢) الكفالة بالشرط الفاسد. وإدخال الشرط الفاسد في الكفالة لا يبطلها.

الكفالة النفسية - عبارة عن إحضار المكفول به.

الكفالة المؤقتة - لا يكون الكفيل مسؤولاً إلا في مدة الكفالة.

الكفالة بالدرك - لا يؤاخذ الكفيل ما لم يثبت المستحق أن المبيع له وبحكم بلزوم البائع الثمن إلى المشتري.

الكفالة المالية - إذا كفل مدينان مشتركان في دين بعضهما بعضاً طوبى كل منهما بجميع الدين وترجع في تأدية الديون المتساوية سبباً وصفة جهة الأصالة على جهة الكفالة وفي تأدية غير المتساوية يقبل قول المؤدي.

إذا تكفل المستودع بتأدية الدين المودع صح ويجبر على أدائه.

الكفالة بالتسليم - القول في كيفية تسليم المكفول به للمكفول له مع اليمين للورثة ويجب على الورثة عد وفاة الكفيل تسليم المكفول به.

الكفالة المؤجلة إذا أدى الكفيل الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الأصيل عند انتهاء بعض الأجل. ولكن إليك بعد المستثنيات:

١ - إذا أبرأ الكفيل قبل أداء الدين الأصيل من الدين ووهبه إياه فليس له حق الرجوع عليه بعد.

٢ - إذا أبرأ الطالب الكفيل براءة إسقاط لا براءة إستيفاء فليس للكفيل حق الرجوع على الأصيل.

٣ - إذا أنكر الطالب تأدية الكفيل الدين وأداه إياه مرة ثانية بعد حلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على الأصيل بهذه التأدية الثانية.

٤ - إذا ادعى الكفيل بتأدية الدين إلى الطالب وصدقه المكفول عنه وأنكر الطالب واستوفاه من المكفول عنه بحلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه.

الكفالة المعجلة - تثبت بها المطالبة في الحال.

الفصل الأول

في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة والكفالة المشروطة بالشرط الصحيح والكفالة المشروطة بالشرط الفاسد.

ليكون معلوماً أن الكفالة قد تكون مشروطة أيضاً لأن الكفالة التي تقع على شرط متعارف صحيحة والشرط معتبر. ولم تبحث المجلة في هذه الكفالة مثلاً لو قال أحد الآخر «إنني أضمن دينك الذي لك على فلان بشرط أن أحولك به على الشخص الفلاني» صحت الكفالة فتجوز الكفالة فيما لو حول الكفيل ذلك الدائن على ذلك الرجل الذي شرط الحوالة عليه وقبل المحول عليه ذلك حتى أنه يكون الكفيل مطالباً ولو لم يقبل ذلك الرجل الحوالة كما يطالب بها لو توفي الرجل ولم يمكن إجراء الحوالة. أما إذا لم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل من الضمان «الدر المختار، رد المحتار، قبيل القضاء والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من البيوع».

وفي الحوالة بهذا الشرط جهتان تقتضيان التأمل:

أولهما: قبول المكفول له الحوالة. ويعتبر هذا الشرط لأنه قابل للتنفيذ.

ثانيهما: قبول الرجل الذي سيحال عليه، فهذا الشرط الذي يصير إيراده بين الكفيل والدائن ليس قابلاً للتنفيذ لأنه شرط فوق استطاعة كل من الدائن والكفيل فعليه يكون الشرط لغواً والكفالة صحيحة.

والكفالة التي تقع على شرط غير متعارف تكون صحيحة والشرط باطل وبعبارة أخرى إدخال شرط فاسد في الكفالة لا يخل بها (أنظر شرح المادة ٨٢، الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

مثلاً لو كفل أحد بدين فلان على فلان بشرط أن يكفل به فلان وفلان أيضاً صحت كفالاته أي أن ذلك الشخص لا يكون مخيراً في ترك الكفالة إذا امتنع فلان وفلان المذكوران عن الكفالة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس والبزاية في البيع بشرط) ولما كان إجراء هذا الشرط والقيام به ليس في استطاعة الكفيل الأول والمكفول له أصبح لا حكم له.

﴿المادة ٦٣٤﴾ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة

المكفول به من الكفيل.

لأن المطالبة هي الأثر الذي يترتب على الكفالة والحكم بمعنى الأثر المترتب.

أي أن حكم الكفالة أن يكون للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل سواء أكان للمكفول له مطالبة المكفول به من الأصيل أو لم يكن أو كانت الكفالة منجزة أو معلقة أو مضافة أو كان المكفول به نفساً كما في الكفالة بالنفس أو كان مال عين مضموناً بعينه أو مال دين كما في الكفالة بالمال أو تسليماً كما في الكفالة بالتسليم (التنوير، الدر المختار، رد المحتار).

ونظراً لأنه يحتاج في ترتب الكفالة المنجزة والكفالة المعلقة أو المضافة إلى تفصيل فقد أفرد لكل منها مادة من المواد الآتية ويطلب المكفول له الكفيل وفي الكفالة المعجلة أو المنجزة حالاً وفي المؤجلة عند حلول الأجل وفي الكفالة المعلقة عند تحقق الشرط وفي المضافة عند حلول الزمن الذي أضيفت إليه.

حق المطالبة - يستفاد من ورودها مطلقة أنه إذا طالب صاحب الدين أحداً من الأصيل والكفيل به لا يبرأ الآخر ما لم يستوف الدين حقيقة فعليه فكما أن للمكفول له بعد مطالبة الأصيل بالدين أن يطالب به الكفيل ولا يسقط حقه في مطالبة الكفيل إذا طالب الأصيل، ولا يقال إنه لا حق له في مطالبة الكفيل لمطالبة الأصيل أولاً (رد المحتار) وذلك بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب.

﴿المادة ٦٣٥﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام المدة المعينة إن كان مؤجلاً فلو قال أحد أنا كفيل عن دين فلان فللدائن أن يطالب الكفيل في الحال إن كان معجلاً وعند ختام مدته إن كان مؤجلاً.

أي يجب الدين على الكفيل في الكفالة المنجزة كما ذكر في المادة (٦٥٢) إذا كانت مطلقة أي كفالة مرسلة بالصفة التي تجب على الأصيل أي يطالب الكفيل بالمكفول به في الكفالة المنجزة حالاً إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام المدة عند انتهاء الأجل إن كان مؤجلاً (الأنقروي في مسائل شتى من الكفالة).

وإذا كان مقدار منه معجلاً ومقدار منه مؤجلاً في حق الأصيل طوّل الكفيل حالاً بالمقدار المعجل وعند انتهاء الأجل بالمقدار المؤجل لأن ذمة الكفيل تابعة لذمة المكفول عنه. ويتبع التابع في الوجود لشيء ذلك الشيء في الحكم كما ذكر في المادة (٤٧) من المجلة. ويطلب الأصيل أيضاً على ذلك الوجه كما بين في المادة (٦٤٤) أما إذا كانت الكفالة المذكورة مقيدة فسيأتي حكمها في المادة (٦٤٣).

مثلاً لو قال أحد أنا كفيل عن دين فلان أي لو كفّل على هذه الصورة كفالة مطلقة أي

مرسلة فللدائن أن يطالب الكفيل وكذا الأصيل في الحال إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام الأجل إن كان مؤجلاً.

وقيد (المنجزة) في المجلة ليس احترازياً. لأنه يجري حكم هذه المادة في الكفالة المعلقة أو المضافة عند كسب الكفالة المعلقة يتحقق الشرط والكفالة المضافة بحلول الزمن المضاف إليه حال الكفالة المنجزة كما سيأتي في المادة الآتية. وعدم ذكر المجلة ذلك على حدة مبني على دخوله في هذه المادة لأن الكفالة المعلقة مثلاً إذا تحقق الشرط تصبح منجزة. وبما أن مفهوم هذه المادة والمادة (٦٥٢) واحد فلا فرق بينهما وربما كانت المادة (٦٥٦) أشمل من هذه لعدم قيدها بالمنجزة.

﴿المادة ٦٣٦﴾ أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط أو مضافة إلى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط ويحل الزمان مثلاً لو قال إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا كفيل بأدائه تنعقد الكفالة مشروطة ويكون الكفيل مطالباً إن لم يعطه فلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل وكذا لو قال إن سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة فإذا أثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل وكذا لو كفّل على أنه متى طالبه المكفول له فله مهلة كذا يوماً فمن وقت مطالبة المكفول له تعطى مهلة للكفيل إلى مضي تلك الأيام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل في أي وقت شاء وليس للكفيل أن يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً وكذا لو قال أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين أو بالبلغ الذي تقرضه فلاناً أو بما يغضبه منك فلان أو بثمان ما تبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل إلا عند تحقق هذه الأحوال أي عند ثبوت الدين والإقراض وتحقيق الغصب وبيع المال وتسليمه وكذا لو قال أنا كفيل بنفس فلان على أن أحضره في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل ذلك اليوم.

أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط متعارف وملائم للكفالة أو مضافة إلى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط المعلق عليه أو يحل الزمن المستقبل المضاف إليه.

فإذا تحقق الشرط وحل الزمن المستقبل يطالب الكفيل على ما جاء في المادة السابقة. كما قد بين في المادة (٦٥١). (أنظر المادة ٨٢ وشرحها).

وفي هذه المادة صراحة وضمناً أربعة أحكام:

الحكم الأول - لا يطالب الكفيل في الكفالة المنعقدة والمعلقة على شرط إذا لم يتحقق الشرط ويستفاد هذا الحكم من هذه المادة ومن المادة (٦٥١) صراحة. لأن الفقرة الثانية من المادة المذكورة

تقول (لا يترتب شيء...).

الحكم الثاني - يطالب الكفيل في الكفالة المتعقدة والمعلقة على شرط إذا تحقق ذلك الشرط. ويستفاد هذا الحكم من هذه المادة ضمناً ومن المادة (٦٥١) صراحة.

الحكم الرابع - إذا حل الزمان المستقبل الذي انعقدت الكفالة مضافة إليه طوبى الكفيل بالكفالة.

وسيشار في الأمثلة الآتية إلى الحكم الذي تنفرع عنه هذه الأحكام الأربعة فيشار إلى ما يتفرع منها عن الحكم الأول برقم (١) وإلى ما يتفرع منها عن الحكم الثاني برقم (٢).

(١) مثلاً لو كفل أحد بنفس آخر وبدينه إذا غاب فلا يلزم الكفيل بمقتضى هذه الكفالة دينه وهو حاضر أي إذا لم يغيب. (علي أفندي في تعليق الكفالة بالشرط).

(١) لو قال أحد لآخر (إن فلاناً قد كفل لي عن فلان بما لي عليه من الدين فأكفل به أيضاً) وقال ذلك الرجل إن كفل فلان فأنا أكفل أيضاً فلا يكون ذلك الرجل بالقول كفيلاً أما إذا كفل الرجل بالدين فتصح الكفالة بناء على المادة (٦٢٤) على هذا الوجه (علي أفندي).

(١) لو قال أحد لآخر إذا أتاك فلان وأقر لك بدين فأنا كفيل به وجاء ذلك ولم يقر بدين فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الفيضية في الكفالة).

كذلك إذا لم يقر ذلك الشخص بالدين ولكن الدائن أثبت دينه بشهود أو نكول المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه فلا يلزم ذلك الشخص شيء أيضاً كما هو الظاهر.

والمقصود بالشرط كما هو مذكور في شرح المادة أيضاً هو الشرط الملائم. والشرط الملائم هو ما وافق الكفالة وينحصر في ثلاثة أنواع:

النوع الأول - الشرط الذي يكون سبباً في لزوم الأصيل إيفاء المكفول به. ففي كفالة الأمانات، الكفالة بالإستهلاك والإنكار وفي كفالة الوديعة ووفاء الوديع مجهلاً الوديعة وفي كفالة ثمن المبيع حين عقد البيع وفي الكفالة بالمال وغصب المال وفي الكفالة بالمبيع وضبطه بالإستحقاق وفي الكفالة بالدين المؤجل والتعليق على حلول الأجل.

مثلاً لو قال أحد لآخر إذا استهلك الوديع وديعتك أو أنكرها أو توفي مجهلاً إياها فأنا كفيل بتلك الوديعة أو قال إذا بعت الشيء الفلاني فأنا كفيل بثمانه أو إذا غصب فلان مالاً فأنا ضامن به أو قال إذا ضبط المبيع من يدك بالإستحقاق فأنا كفيل به أو أنا كفيل بثمان المبيع أو إذا حل أجل دينك على فلان فأنا كفيل به لأن استهلاك أو إنكار الأمانة وكذا وفاة الوديع مجهلاً يسبب لزوم الضمان (الأنقروفي في الفصل السابع). أنظر المادتين (٧٨٧ و ٨٠١).

كذلك السبب في لزوم الثمن وعقد البيع بمقتضى المادة (٣٦٩) ولزوم الضمان هو بالغصب

بمقتضى المادتين (٨٩٠ و ٨٩١) ولزوم رد البائع الثمن إلى المشتري عند ضبط المبيع منه بالإستحقاق هو بالضبط (رد المحتار).

والسبب في لزوم الأصيل أداء المكفول به في فقرة (وكذا لو قال إن سرق فلان مالك . . .) هو الشرط.

النوع الثاني - هو الشرط الذي يوجب بسهولة أخذ المكفول به من المكفول عنه في حق الكفيل لتعليق الكفالة على مجيء المكفول عنه أو المضارب أو الوديع أو الغاصب من مكان آخر لأن ذلك سبب موصل لاستيفاء المكفول به منه (رد المحتار) أي أن الكفيل في هذه الحال يأخذ المكفول به من المكفول عنه أو من المضارب أو من الوديع ويعطيه إلى المكفول له.

كأن يقول أحد لآخر إذا حضر مدينتك أو مضارب ذلك المدين أو وديعه أو غاصبه فأنا كفيل بدينك لأنه متى حضر مضارب المكفول عنه من غيبته أمكنه أخذ المكفول به منه وتسليمه إلى المكفول له أي إذا حضر مضارب المكفول عنه من مكان آخر أمكن الكفيل أن يأخذ ما بيده من مال المضاربة للمكفول عنه وبذلك يسهل عليه إعطاء المكفول به إلى المكفول له على الوجه المشروح. ويفهم من هذا أن قولهم وحضور فلان يكون في الجملة لازماً ووسيلة للأداء لكن لا يلزم أن يكون ذلك الشخص أصيلاً على أنه إذا كان أجنبياً من كل وجه وعلقت الكفالة على قدمه فليست صحيحة (رد المحتار ومثله في الفصل الرابع من الأنقروى) كما سيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة.

النوع الثالث - الشرط الذي يوجب تعذر استيفاء المكفول به ويجعله متعسراً وأمثلة ذلك كثيرة كتعليق الكفالة على غياب المدين - أي على ذهابه إلى مكان آخر - أو على وفاته مفلساً أو على عدم أدائه الدين أو على عجزه عن أيفاء الدين (رد المحتار).

كما لو قال أحد لآخر «إذا غاب مدينتك قبل أداء الدين أو إذا مات فأنا كفيل به» أو قال أحد لآخر «إذا تلف دينك الذي على فلان فأنا ضامن».

كذلك لو قال إذا أصبح مدينتك عاجزاً عن أداء الدين فليكن الدين عليّ صح.

ويتحقق عجز المدين بحبسه مدة لاستيفاء الدين إذ يمكن أن يقال (لو كان المدين قادراً على تأدية الدين ما كان يتحمل حبس هذه المدة ولكان أدى الدين). وحيثئذ يلزم ضمان الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

ومثال المجلة الأولى المشار إليه برقم (٢) الآتي شرحاً هو من النوع الثالث. وتعليق الكفالة على شرط من هذه الأنواع الثلاثة صحيح ومتى وقع الشرط المعلق عليه طوّل الكفيل أما قبل ذلك فلا:

(٢) مثلاً لو قال أحد لآخر إذا لم يعطك فلان مطلوبك لدى المطالبة فأنا كفيل بادائه تنعقد

الكفالة مشروطة معلقة ويكون الكفيل مطالباً إن لم يعطه فلان المذكور أي إذا قال لا أعطي أو قال أعطي ومضت مدة دون أن يعطي وهو يماطل طوب الكفيل به وبعبارة أخرى يثبت للمكفول له حق مطالبة الكفيل بالدين كما أن له بمقتضى المادة (٦٤٤) حق مطالبة الأصيل به أيضاً.

(١) ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل أي أنه إذا لم يطالب الأصيل ويتحقق من عدم إعطائه المعلق عليه تكون الكفالة معدومة حتى أنه إذا توفي الأصيل قبل الطلب تبطل الكفالة لعدم إمكان تحقق المعلق عليه (رد المحتار في الكفالة).

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر أنا كفيل اليوم بثمان كل ما تبنيه من فلان وباع ذلك الشخص منه مالين لزمه أداء ثمن المالين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

كذلك لو قال أحد «لو أقر فلان بدين لفلان فأنا ضامن»، وبعد ذلك لو أقر ذلك الرجل لذلك الشخص بألف قرش طوب الكفيل بها ولا حاجة في إثبات هذا الدين إلى أمر آخر وسواء أكان الإقرار في حياة الكفيل أو بعد مماته وإذا كان بعد وفاته يستوفى المقر به من تركته.

(١) أما إذا أقيمت البينة على أن الإقرار حصل قبل الكفالة فلا يلزم الكفيل شيء كما لو ادعى ذلك الشخص على ذلك الرجل بمبلغ وأنكره ذلك الشخص ولدى استحلافه اليمين نكل عنها ومع أنه لا يعد ذلك النكول إقراراً لا يطالب الكفيل أيضاً بالمبلغ لأن النكول عند الإمام بذل (الأنقروفي في الفصل الأول، والبزازية، والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

(٢) كذلك لو كفّل أحد قائلاً أكفل نفس فلان على أن أسلمه اليوم وإذا لم أسلمه فما يقر به عليّ وأقر ذلك الشخص المكفول عنه بألف قرش ديناً كان الكفيل مطالباً بما أقر. إلا أنه إذا لم يقر الأصيل في صورة الإضافة إلى الإقرار وأثبت الدائن الدين بالبينة فهل يلزم الكفيل شيء ما؟ لا يلزمه شيء كما هو الظاهر.

أما لو كفّل أحد نفساً آخر على أن يسلمه لأحد الناس غداً وإن لم يسلمه في الغد فما يدعى به الطالب عليه وفي الغد لم يسلمه إليه وادعى الطالب بألف قرش مثلاً وأنكر معها الكفيل مع إقرار ذلك الرجل بها فالقول للكفيل على عدم العلم مع اليمين. (البزازية، والهندية).

إذا نكل الكفيل عن اليمين فيلزمه الضمان وإذا أقام الطالب البينة على الدين لزم الكفيل الضمان أيضاً.

الفرق بين التعليق بالاقرار والتعليق بالدعوى:

بما أن الكفالة في مسألة الإقرار مضافة من كل وجه إلى سبب وجوب المال جاز هذا التعليق بناء على التعامل، أما الكفالة في مسألة الدعوى فهي مضافة من وجه إلى سبب الوجوب فالدعوى وإن كانت سبباً للوجوب في حق المدعي فهي ليست كذلك في حق المدعى عليه. ومن جهة أخرى لا يوجد تعامل باضافة الكفالة إلى سبب الوجوب (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر (إذا توفي مدينك قبل اداء الدين أو إذا حل أجل الدين ولم يعطكه فأنا كفيل بالمبلغ المذكور) جاز . وكذلك لو ادى الكفيل دين الأصيل بعد وفاته أو بعد حلول أجل الدين جاز أيضاً .

(٢) كذلك تجوز الكفالة الثانية فيما لو كفّل أحد آخر على أن يسلمه وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بنفس فلان وكان للمكفول له دين على ذلك الشخص . (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) فعلى ذلك إذا لم يسلم ذلك الرجل انعقدت تلك الكفالة ولزمه تسليم المكفول به الثاني إلى الطالب عند الطلب .

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر إذا سرق فلان مالك أو أتلف فلان وديعتك فأنا ضامن انعقدت الكفالة معلقة على الشرط صحيحة ومتى ثبتت سرقة ذلك الرجل أو اتلافه الوديعة طوّل الكفيل بالمال المسروق أو الوديعة الملتفة . فان كان ذلك المال موجوداً لزم رده إلى صاحبه عيناً وان كان مستهلكاً لزمه رد بدله إلى صاحبه كذلك يلزم رد بدل الوديعة المستهلكة وتثبت السرقة باقرار الكفيل كما أنها تثبت بالبينة التي يقيمها المكفول له . لكن إذا ثبتت باقرار الكفيل فلا يواخذ بذلك غير الكفيل فقط ولا يسري هذا الإقرار إلى الأصيل أما إذا أثبتها صاحبها بالبينة يسري أيضاً في حق الأصيل ، أنظر المادة (٧٨) .

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر أنا كفيل بثمان المال الذي تبيعه من فلان وبعد ذلك باع ذلك الشخص من ذلك الرجل أولاً نصف بغل ثم بعد ذلك باع منه النصف الآخر يطالب الكفيل بثمان النصف الأول فقط ولا يطالب بثمان النصف الثاني ، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لأنه لا يوجد في هذه الكفالة عبارة تدل على الإيجاب مكرراً .

(٢) كذلك لو كفّل أحد بنفس أحد وإذا غاب يكون كفيلاً بدينه تنعقد الكفالة مالية حتى أنه لو حضر الرجل بعد ذلك وسلمه الكفيل إلى المكفول له لزم الكفيل ضمان الدين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لأن الكفالة انعقدت مالية والخلاص منها بناء على المادتين (٦٥٩ و ٦٦٠) يكون بالاداء أو الابراء وليس للكفيل بناء على المادة (٦٤٠) أن يخرج نفسه منها .

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر (إذا بعث من فلان مالاً فعلي ثمنه) يطالب الكفيل بثمان أول مال يبيعه من ذلك الرجل أما ما يبيعه من ذلك الرجل بعد ذلك أي في المرة الثانية فلا يطالب بثمانه . ما لم يقل الكفيل (كلما بايعت فلاناً فعلي) أو ما أشبه ذلك ففي هذه الحال يطالب الكفيل بثمان ما يبيعه المكفول له من ذلك الرجل في المرة الثانية والثالثة والرابعة وهلم جراً لأن لفظ (كلما) يفيد التكرار وقد اختلف العلماء في كلمة (ما بايعت فلاناً فعلي) فمعظمهم يقولون بأنها مثل (كلما) وبعضهم يقولون بأنها ليست كذلك .

(٢) وكذا لو كفّل أحد بالمال أو بالنفس أو بالتسليم على أنه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة كذا يوماً . أي أن تشرط المدة المذكورة في عقد الكفالة فمن وقت مطالبة المكفول له

بالمكفول به تعطى مهلة للكفيل إلى مضي تلك الأيام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في أي وقت شاء وعلى الكفيل أن يسلمه له وليس للكفيل أن يطالب ثانياً مهلة كذا يوماً. مثلاً لو كفّل أحد بألف قرش مطلوبه من آخر على أنه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة شهر فمن وقت مطالبة المكفول له بالمكفول به يعطى مهلة للكفيل إلى مضي شهر وبعد مضي الشهر يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في أي وقت شاء وليس للكفيل بعد ذلك أن يطالب ثانياً مهلة شهر.

لكن إذا وقعت الكفالة بلفظ (كفّلت بكذا على أنه كلما طلبته مني في أجل شهر) مما يوجب تكرار المطالبة والمهلة ينظر: فإذا كانت الكفالة مالية يجبر الكفيل بعد مرور الشهر على تسليم المال المكفول به ويبرأ بهذا التسليم بناء على المادة (٦٥٩). ولا يطالب به بعد. لأن الحق الواحد لا يستوفي مرتين (أنظر المادة ١٦٥١) ولا يبقى شيء للمطالبة مرة ثانية. أما إذا كانت الكفالة نفسية فالكفيل مجبر أيضاً على تسليم المكفول به بعد مرور الشهر المذكور لكن لا يبرأ الكفيل من هذه الكفالة لأن لفظ (كلما) أي القول الذي يستلزم التكرار في كل وقت مما يجعل الطلب الأول بعد التسليم لا حكم له. ولا يلزم التسليم ما لم يقع الطلب مكرراً بعد التسليم المذكور وللکفيل إذا وقعت المطالبة تكراراً أن يطالب بكذا أياماً مهلة اعتباراً من تلك المطالبة. وبعد مرور هذه المهلة فللمكفول المطالبة بالمكفول به في أي وقت اراد. وقد تكرر هذه المطالبات ويلزم التسليم والمهلة مراراً على الوجه المشروح. ما لم يقر الكفيل لدى التسليم مرة واحدة «انني بريء من تكرار التسليم في الآتي» وعلى ذلك فيما أن الكفيل يبرأ بالتسليم الأول لا يجبر على التسليم تكراراً بمطالبته ثانية (البرزازية أنظر فقرة ولكن.. الخ) من مادة (٦٤٠).

قيل إذا (شرطت المهلة المذكورة في عقد الإجارة) لأنه بعد أن تقع الكفالة على أنها في الحال قابل المكفول له الكفيل قائلاً «كلما طالبك فلك مهلة شهر» فهذا كلام باطل وللمكفول له مطالبته في أي وقت اراد «البرزازية في نوع إذا كان المكفول له غائباً».

(٤) وكذا لو قال أحد لآخر أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين أو بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً أو بما يغضبه منك فلان أو بثلث ما يتبعه لفلان تصح الكفالة مضافة ولا يطالب الكفيل بالمكفول به إلا عند تحقق هذه الأحوال أي عند ثبوت الدين والاقرض باقرار الأصيل أو بالبينّة وتحقق الغضب وبيع المال وتسليمه.

وفي آخر المادة الآتية في هذه المسألة بعض الإيضاحات:

وعلى ذلك يطالب الكفيل بعد أن يكفل بالمبايعة بثلث جميع المال الذي باعه منه الطالب. من أي جنس كان المال ومهما كان الثمن الذي بيع به وللطالب في حال إنكار الكفيل والأصيل البيع والتسليم أن يثبت أن شاء في مواجهة الأصيل أو في مواجهة الكفيل. ويلزم الثمن الاثنان أياً واجه منها حين الأثبات (عبد الحليم) كما سيوضح ذلك في المادة (١٨٣٠).

وجاء في المجلة (أنا كفيل بثمان ما تبنيه من فلان الخ) لأن ضمان الخسران باطل. مثلاً لو قال أحد لآخر خذ واعط مع فلان أي تباع مع فلان ضامن لكل خسارة تلحقك فلا يصح الضمان (رد المحتار) لأن هذه الخسارة ليست بمضمونة على الأصل.

(٣) كذا لو قال أحد لآخر أنا كفيل بثمان الفرس التي ستبيعها من فلان ثم باع ذلك الرجل من ذلك الشخص حنطة فلا يلزم الكفيل شيء.

(٣) كذلك لو قال أحد لآخر ان القرض الذي ستعطيه لفلان عليّ واشترى ذلك الشخص من المكفول له مالاً فلا يطالب الكفيل بثمان المال. (الهندية في الباب الثاني من الفصل الخامس).

(٣) كذا لو قال أنا كفيل بنفس فلان على أن أحضره في اليوم الفلاني تنعقد الكفالة مضافة ولا يطالب الكفيل بحضور المكفول له قبل ذلك اليوم (مجمع الأنهر).

وقد قيد الشرط في أثناء الشرح بالمتعارف والملائم للكفالة لأنه لا يصح تعليق الكفالة على شرط ليس بمتعارف ولا ملائم للكفالة سواء أكانت الكفالة نفسية أو مالية أو تسليمية، وبعبارة أخرى لا حكم لذلك التعليق وإن وقع الشرط فلا يلزم الكفيل المكفول به وسبب ذلك : مشابة الكفالة النذر ابتداءً والبيع انتهاءً فمع أن مشابقتها للنذر توجب جواز تعليقها على كل نوع من أنواع الشرط فمشابقتها للبيع تقتضي عدم جواز التعليق على شرط ما . ولذلك فقد عمل الفقهاء بالمشابتهين معاً فقالوا بعدم جواز تعليقها على الشرط غير الملائم لمشابقتها البيع وبجواز تعليقها على الشرط الملائم لمشابقتها النذر.

مثلاً لو قال أحد إذا هبت الريح أو تساقطت الأمطار أو قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بما على فلان من الدين فلو هبت الريح مثلاً فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وتبطل الكفالة في هذه الصورة على أن الكثير من الكتب الفقهية يقول بلزوم الضمان في الحال في الصور المذكورة بدون حاجة إلى انتظار وجود الشرط لأن التعليق فيها باطل والكفالة صحيحة. لكن أصحاب التبيين، والبحر، والنهر، والملتقى، قالوا ببطان الكفالة في الصور المذكورة وقد وجد في المبسوط والخانية محرراً ومسطوراً على الوجه المحرر المذكور وعلى ذلك فقد شرحت هذه المادة على ما جاء في الخانية.

لو كفّل أحد بالمبايعة على ما مر معنا في هذه المادة وقال له المكفول له بعد الكفالة هذه أعطني كذا قرشاً لأنني بعت المال الفلاني من ذلك الرجل أي المكفول عنه وصدقه الأصل. والكفيل منكر ينظر فإذا كان المال المدعى بيعه موجوداً في يد المشتري أو البائع، يطالب الكفيل بثمان المبيع ولا يلتفت إلى انكاره لأنها يخبران بالشيء الذين يمكنهما انشاؤه وكل من أخبر بشيء يمكنه انشاؤه في الحال يقبل كلامه. أما إذا لم يكن ذلك المال موجوداً في يد المشتري أو البائع فلا يطالب الكفيل بالثمان ما لم يقم الطالب بينة على بيعه (الهندية في الباب الثاني من الفصل الخامس).

وعلى ذلك فلو ادعى الطالب أنه باعه بألف قرش وصدقه الأصل وقال الكفيل انك بعته بخمسائة فلا يقبل ذلك ويطالب الكفيل بألف أيضاً (الهندية في المحل المزبور).

لاحقة - في بعض مسائل الكفالة :

المسألة الأولى - لو قال أحد لآخر (بع هذا البغل من فلان بألف قرش وأنا ضامن ثمنه) وباعه الرجل بعد ذلك من الشخص المذكور بالفين يطالب الكفيل بألف قرش فقط. لأن ذكر بعض ما يتجزأ ليس كذكر كله. وإذا باعه ذلك البغل كله أو نصفه بخمسمائة قرش طولب بخمسمائة قرش فقط «الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس».

كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً انك غصبت بغلي وكفل بنفس المدعى عليه أحد فقال ذلك الشخص للكفيل «إذا لم ترد لي بغلي غداً فهو عليك بأربعمائة قرش» وقال له «لا بل علي بمائتي قرش» وسكت المكفول له فاذا لم يرد الكفيل البغل في اليوم المعين لزمه مائتا قرش «الهندية» أنظر المادة ٦٧.

المسألة الثانية - لو ادعى المكفول له «والأصيل غائب» على الكفيل بتعليق الكفالة بشرط كهذا وبوجود الشرط المذكور فدعواه صحيحة. أما لو ادعى بتعليق الكفالة على شرط كهذا ولم يدع بوجوده فلا تسمع هذه الدعوى في غياب الأصيل «نقول النتيجة».

﴿المادة ٦٣٧﴾ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيود أيضاً مثلاً لو قال أنا كفيل باداء أي شيء يحكم به على فلان وأقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم الكفيل أداؤه ما لم يلحقه حكم الحاكم.

يلزم لانعقاد الكفالة عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيود أيضاً أي إذا كان الشرط الذي علقت عليه الكفالة موصوفاً بوصف أو مقيداً بقيود فيتم تحقق الشرط المذكور ويثبت بتحقيق ذلك الوصف أو القيد. ولا يكفي تحقق الشرط مجرداً عن ذلك الوصف والقيود لانعقاد الكفالة مثلاً لو قال أحد لآخر أنا كفيل باداء أي شيء يحكم لك به على فلان وأقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم على الكفيل أداؤها لأنه لم يتحقق الوصف بذلك الاقرار وهو قوله «أي شيء يحكم به» ما لم يلحق الاقرار حكم الحاكم. حتى أنه لو كان الأصيل غائباً وقال الدائن ان لي عليه كذا قرشاً وكفل به الكفيل على الوجه المشروح وأقام الدائن دعواه بمواجهة الكفيل وأثبتها فلا يقبل ذلك منه. لأن الدين المكفول به لما كان موصوفاً بالحكم به على الأصيل ولم يحكم به على الأصيل بعد فالدعوى والاثبات يلزمان الكفيل ديناً مجرداً عن ذلك الوصف والكفيل لم يكفل بدين كهذا مطلقاً فتكون الدعوى بذلك واقعة على كفالة غير لازمة «الهندية».

أما إذا كان الأصيل غائباً وقال الدائن «انني قد ادعيت بعد الكفالة بدين كذا قرشاً على الأصيل وأثبت دعواي واستحصلت حكماً بذلك» وادعى على الكفيل كما مر وأثبت يقبل منه ويحكم على الكفيل بالمبلغ المذكور سواء أكانت الكفالة بأمر الأصيل الغائب أو لم تكن بأمره لأن الدين في هذه الصورة قد حكم به سابقاً وبذلك قد تحقق الوصف الذي وصف به «الهندية قبيل الباب الرابع

من الكفالة».

لكن إذا لم تكن الكفالة مقيدة بوصف أو قيد كهذا وغاب الأصل تسمع بينة الدائن في مواجهة الكفيل مثلاً لو ادعى الدائن قائلاً أن لي على فلان الغائب ديناً كذا قرشاً وفلان الحاضر في المجلس هو كفيل به تسمع دعواه وبينته، ولو أثبت الدائن وقوع كفالة الكفيل الحاضر بأمر الغائب حكم الحاكم على الكفيل الحاضر وعلى الأصل الغائب أيضاً. وإذا ادعى الدائن على الاثنين أيضاً وحضر الغائب للكفيل الرجوع بدون إعادة البينة (الهندية في المحل المزبور). لأن البينة حجة متعدية.

وستوضح هذه المادة زيادة عما مر في شرح المادة (١٨٣٠) وبما أن قوله (أي شيء يحكم به الخ) صيغة استقبال فلو حكم على ذلك الشخص قبل الكفالة بدين للدائن المذكور فلا تشمل الكفالة ذلك الدين ولا تتعلق.

لكن إذا لم يقل (أي شيء يحكم به) وقال أنا كفيل بآداء أي شيء يثبت أو يلزم أو يجب وأقر ذلك الشخص بألف قرش ديناً لزم الكفيل آداؤها وإن لم يلحق إقراره حكم حاكم (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وفي هذه الحال لو قال المكفول له أن مطلوبه ألف قرش فلا يطالب الكفيل بالزيادة عما أقر به الأصل كما أنه يطالب بما أقر به الأصل فيما لو أنكر أن لذلك الشخص ديناً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وسبأي في باب الكفالة بدين قائم في الحال كقوله كفلت بما لك عليه فلا يلزم ما أقر به الأصل وفرق بين هذا وبين الكفالة بدين يجب كقوله ما ثبت لك عليه أو لزم فيلزم مني ما أقر به كما في فتح القدير (والبحر الرائق في النفقة).

الخلاصة، يختلف ثبوت المكفول به في حق الكفيل باختلاف صور الكفالة:

أولاً، يطالب الكفيل بالمكفول به لو قال أنا كفيل بالدين الذي سيثبت لك على فلان أو بما يثبت أو بما يجب أو بما يلزم سواء أثبت الدين بإقرار المدين أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين.

ثانياً، لو قال أنا كفيل بما يقر به فلان يطالب الكفيل بكل ما يقر به المدين بالغاً ما بلغ وليس له أن يقول أنا غير قابل أما إذا لم يقر ونكل عن اليمين فلا يلزمه شيء.

ثالثاً، لو قال أنا كفيل بما تدعيه على فلان والطالب ادعى عليه بمبلغ معين فلا يلزم الكفيل شيء بمجرد قوله هذا أنظر شرح المادة (٦٣٦).

رابعاً، لو قال أحد لآخر أنا كفيل بدينك الذي على فلان أو بمالك الذي على فلان وأثبت الدائن الدين بالبينة لزم الكفيل الضمان. وإلا فلا يلزم الكفيل ضمان بمجرد إقرار الأصل أنظر شرح المادة (٦٣٧).

مثال ثان على هذه المادة- لو قال أحد أنا كفيل بأداء ما يحكم به الحاكم الفلاني على فلان وبعد ذلك لو حكم عليه حاكم آخر فلا يلزم الكفيل شيء.

مثال ثالث- لو قال إذا حكم الحاكم الحنفي بشيء على فلان فأنا كفيل بأدائه وحكم عليه حاكم شافعي فلا يلزم الكفيل شيء أما لو قال لو حكم حاكم البلد الفلاني بدين لفلان على فلان فأنا كفيل بأدائه لزمه الضمان إذا حكم عليه حاكم آخر «الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس» والفرق ظاهر بين هاتين المسألتين لأن أحكام المسائل تختلف باختلاف المذهب من حنفي إلى شافعي. ولا يوجد فرق بين حكم حاكمين ينتسبان إلى مذهب واحد.

﴿المادة ٦٣٨﴾ لا يؤخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحق ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن.

يعني لا يؤخذ الوكيل بالدرك ما لم يدّع على المشتري بالمبيع وبثبت المدعي مدعاه ويحلف اليمين حسب حكم المادة (١٧٤٦) ويحكم بأن المبيع المذكور ملك المدعي ويدعي المشتري بعد الحكم على البائع بطلب ثمن المبيع لسبب ضبط المبيع من يده بالاستحقاق ويحكم على البائع برد الثمن للمشتري فبعد ذلك كله يؤخذ الكفيل بالدرك بالمكفول به لأن البيع لا ينقض بمجرد الإدعاء باستحقاق المبيع ولذلك لا يجب على البائع إعادة الثمن (الهداية) لأنه يجوز للمستحق أن يميز البيع بعد الحكم وقبل الفسخ سواء أكانت إجازته قبل قبض المبيع أو بعد قبضه. ويفهم أن المبيع المذكور قابل للإجازة من المادة (٣٧٨).

والقاعدة في هذا الباب هي: يؤخذ الأصيل أي البائع بثمن المبيع المكفول به عند فسخ البيع وإبطاله في الكفالة بالدرك كما يؤخذ الكفيل به أما قبل فسخ البيع وإبطاله فلا يؤخذ الكفيل.

وبعد معرفة هذه القاعدة فلنبادر إلى التفصيلات الآتية: فهنا دعويان وحكمان:

الدعوى الأولى والحكم الأول: دعوى الإستحقاق والحكم بالإستحقاق، وقد أشارت المجلة إلى ذلك بقولها (إذا ظهر مستحق).

مثلاً كما لو باع أحد مالاً من آخر على أنه ملكه وسلمه إليه فقام آخر وادعى أن ذلك المال ملكه وأثبت ملكيته على الأصول وحلف اليمين على ما جاء في المادة (١٨٤٦) وحكم الحاكم بملكية ذلك الشخص للمال المذكور فيقال لهذا الحكم (الحكم بالإستحقاق).

إلا أنه لا يفسخ عقد البيع الذي بين هذين الشخصين بهذا الحكم أو بمجرد قبض المستحق المبيع من المشتري بعد الحكم المذكور. بل يبقى موقوفاً على إجازة الشخص المستحق أنظر المادة (٣٦٨) وبعد ذلك لو أجاز المستحق البيع نفذ وعلى ذلك فكما لا يلزم البائع رد ثمن المبيع إلى المشتري بهذا الحكم فلا يلزم الكفيل أيضاً (مجمع الأنهر).

الدعوى الثانية والحكم الثاني: دعوى الرجوع بضمن المبيع على البائع بعد الحكم الأول والحكم بالرجوع المذكور وقد أشارت المجلة إلى ذلك بقولها (ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن).

مثلاً يدعي المشتري على البائع «برد ثمن المبيع» الذي أعطاه إلى البائع والذي ضبط من يده بالإستحقاق والحكم وسيحصل برد البائع ثمن المبيع المذكور إليه وبذلك يفسخ عقد البيع الذي وقع بين البائع والمشتري ويطالب البائع برد ثمن المبيع إلى المشتري لأن البيع قد أصبح بناء على المادة (٥١) غير قابل لإجازة المستحق كما يطالب الكفيل برد الثمن المذكور لسراية هذا الحكم إليه وحينئذ للمشتري بناء على صلاحيته الواردة في المادة (٦٤٤) إن شاء أخذه من البائع وإن شاء أخذه من الكفيل.

ويستفاد من القاعدة التي مر ذكرها أيضاً أنه إذا فسخ المستحق البيع صراحة بعد إقامة الدعوى الأولى والحكم بموجبه انفسخ البيع بناء على المادة (٣٧٨). وبما أنه حينئذ يلزم البائع رد ثمن المبيع إلى المشتري وإعادته إليه بدون حاجة إلى الدعوى الثانية والحكم الثاني يؤخذ الكفيل أيضاً بالثمن المذكور بدون حاجة إليهما أي بدون حاجة إلى الدعوى الثانية والحكم الثاني. ومن هنا يفهم أن قوله «بعد المحاكمة» ليس بقيد احترازي «رد المحتار في باب الإستحقاق والكفالة».

والمقصود بالإستحقاق في هذه المادة، القسم الثاني أي الإستحقاق الذي ينقل الملكية. أما في الإستحقاق الذي يطل الملكية فيطالب الكفيل بضمن المبيع بدون حاجة إلى محاكمة ثانية (رد المحتار في الكفالة) وهذان الإستحقاقان قد مر إيضاحهما في شرح المادة (٦١٦).

مثلاً لو ظهر شخص وادعى أن العرصة التي باعها أحد من آخر على أنها ملكه هي من مستغلات الوقف الذي هو متول عليه وأثبت ادعاءه فحكم له بذلك يؤخذ الكفيل في الحال بضمن المبيع لأن هذا البيع ليس قابلاً للإجازة.

وعليه لو وضعت هذه المادة على الصورة الآتية شملت جميع الصور التي مر بيانها في الشرح ولا يؤخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحق للمبيع ما لم يفسخ البيع لأن الإنفساخ يكون أحياناً برد الثمن وأحياناً بالحكم بالوقفية أو بفسخ المستحق البيع بعد الدعوى الأولى والحكم الأول فقط.

لكن لا يطالب الكفيل بالدرك بالمكفول به إذا فسخ البيع بخيار الرؤية، أو خيار العيب وقول المجلة (إذا ظهر مستحق) احتراز عنها (رد المحتار في الكفالة). لأن الثمن في كفالة الكفيل مقيد بضبط المبيع بالإستحقاق.

وليكن معلوماً أن الكفيل بالدرك يضمن المكفول به فقط ولا يضمن مع المكفول به الضرر المبين في المادة (٦٥٨) (رد المحتار) لأنه ليس للكفيل كفالة بذلك.

استطرد- في كون الكفالة بالدرك مانعة لدعوى التملك والشفعة والإجازة.

إن الشخص الكفيل بالدرك بكفالاته يكون قد صدق على ملكية البائع للمبيع لأنها إن كانت

مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام المبيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك فكأنه قال اشتراها فإنها ملك البائع فإن استحققت فأنا ضامن ثمنها (رد المحتار) وعليه فليس للكفيل بعد ذلك أن يدعي أنه له (أنظر المادة ١٦٤٨).

كذلك لو كان الكفيل المذكور شفيعاً فليس له بعد ذلك أن يطلب المبيع المذكور بالشفعة وكذلك الحكم في الإجارة وليس له أن يطلبه بالشفعة لأنه قد رضي بشراء المشتري (رد المحتار).

﴿المادة ٦٣٩﴾ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقته إلا في مدة الكفالة مثلاً لو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلى شهر لا يطالب الكفيل إلا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة.

أما بعد مرور مدة الكفالة فلا يطالب بالمكفول به إذا لم يكن استوفى منه في أثنائها لأن الكفيل يبرأ من الكفالة بمرور مدتها.

مثلاً لو قال أحد أنا كفيل بدين فلان أو بنفسه من هذا اليوم إلى شهر لا يطالب الكفيل بمقتضى هذه الكفالة بالمكفول به إلا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة. وإذا طوّل الكفيل في ظرف هذا الشهر بالمكفول به وانقضى الشهر ولم يمكن أخذه منه فلا يطالب به بعد ذلك. حتى أن المكفول له في هذه الحال لو طالب الكفيل لمدة شهر في أثناء الشهر بالمكفول به فارجأه مغفلاً أياماً أخرى ومر الشهر فليس للمكفول له مطالبة الكفيل بالمبلغ بعد مرور الشهر بمجرد قوله إنه أغفلني إغفالاً لأن الكفيل يخلص من الكفالة بمرور مدتها. (علي افندي). وبما أن بعض التفصيلات في هذا الباب قد مر في شرح المادة (٦٢٤) فراجعها هناك.

على أن الكفيل لو طالب في مدة الشهر بالمكفول به ورفع المكفول له الدعوى مطالباً بالمكفول به وأخذ حكماً ولكن مر الشهر قبل أن ينفذ ذلك الحكم فهل يخلص الكفيل من المطالبة أم لا؟ وهل يلزمه إعطاء المبلغ المذكور لاستقراره في ذمته بحكم الحاكم؟! الظاهر أنه يقتضي إعطاؤه ولكن يجب أن يحكم في هذه المسألة بعد الإستحصال على نقل.

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل (إنني كفلت إلى شهر مؤجل على أن أكون بريئاً بعده وقد برئت من المطالبة بمرور الشهر) وقال المكفول له (إنك كفلت إلى شهر مؤجل ولم تشترط أن تكون بريئاً بعد مروره) فالقول للمكفول له ولا يقبل قول الكفيل على أنه شرط أن لا يطالبه بعد شهر (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) أما إذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة الكفيل، (علي افندي في ترجيح البينات).

﴿المادة ٦٤٠﴾ ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة فكما أنه

ليس لمن كفّل أحداً عن نفسه أو دينه منجزاً أن يخرج نفسه من الكفالة كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له فليس له الرجوع عن الكفالة لأنه وإن كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة وأما لو قال ما تبعية لفلان فثمنه عليّ أو قال أنا كفيل بثلثي المال الذي تبعية لفلان يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان المذكور إلا أن له أن يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع إلى ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك فلا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع.

أي أنه ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ونفاذها على ما جاء في المادة (٦٢١) ما لم يكن مخيراً في ذلك سواء أكان كفيلاً بالنفس أو بالمال أو بالتسليم ولو في حضور المكفول له والمكفول عنه. وإن فعل بقي بعد إخراج نفسه كفيلاً كما في الأول. (الهندية في مسائل شتى من الكفالة). لأن الكفالة من العقود اللازمة طرف الكفيل. وعليه فليس للكفيل أن يفسخها بنفسه (أنظر شرح المادة ١١٤).

قيل في المجلة (ليس للكفيل أن يخرج نفسه) لأنه للمكفول له أن يخرج منه كما أن لوارث المكفول له إخراجه أيضاً (كقول علي افندي عن العمادية في السابع) (أنظر المادة ٦٦٠). وقد ضم على ذلك في الشرح كلمة (غير مخير) لأن للكفيل إذا كان مخيراً أن يخرج نفسه من الكفالة.

وخياره نوعان:

النوع الأول: خيار الشرط. لو كفّل أحد بمال أو نفس أو تسليم مخيراً كذا أياماً صحت الكفالة على أن للكفيل أن يخرج نفسه في مدة الخيار من الكفالة وهذا من قبيل ما جاء في شرح المادة (٣٠٠) وعليه لو قال أحد انني كفلت بدين فلان على فلان على اني مخير كذا يوماً وصدقه المكفول له على ذلك ثبت له الخيار وإلا فلا يصدق الكفيل بالخيار بدون بيته (الهندية قبيل الباب الثالث من الكفالة)، لأن قول الكفيل اقرار في حق الكفالة والمرء مؤاخذ باقراره أما قوله في الخيار فادعاء ولا يثبت شيء بمجرد الادعاء.

النوع الثاني: خيار الرهن. لو كفّل أحد عن آخر بشيء على أن يعطيه رهناً وشرط ذلك على المكفول له صح وتلزم الكفالة الكفيل إذا اعطاه المكفول عنه الرهن. أما إذا لم يعطه رهناً فالكفيل مخير ان شاء اجاز الكفالة وان شاء فسخها، أما إذا شرط هذا الشرط على المكفول عنه فلا حكم له في حق المكفول له وليس للكفيل أن يفسخ الكفالة بداعي عدم اعطاء المكفول عنه الرهن إليه. مثلاً لو قال أحد لآخر أنا كفيل بدينك على فلان على أن يرهن عندي هذا المال صحت الكفالة فإذا لم يعطه ذلك الشخص ذلك المال رهناً فالكفيل مخير ان شاء فسخ الكفالة وان شاء أبقاها.

كذلك لو قال أحد لآخر انني أكفل بدينك على فلان على أن يرهن المال الفلاني عندي وإذ لم يرهنه عندي فأنا بريء من الكفالة صحت الكفالة هذا إذا رهن ذلك المال وإذا لم يرهن المكفول عنه ذلك المال عنده أصبح بريئاً من الكفالة.

أما لو قال أحد لآخر أنا كفيل بما عليك من الدين لفلان على أن ترهن هذا المال عندي فتبقى كفالته. ولو لم يعطه ذلك الشخص الرهن ولا يكون مخيراً في فسخها (الهندية في الباب الخامس من الكفالة).

ولكن للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة. أما بعد ترتب الدين في ذمة المدين فليس له اخراج نفسه منها.

(١) مثلاً فكما أنه ليس لمن كفل أحداً عن نفسه أو دينه منجزاً أن يخرج نفسه من الكفالة (٢) كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة لأنه إذا قال أنا ضامن بما يثبت لك على فلان من الدين وان كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة. ويجب أن يكون الدين الثابت في ذمة المدين ديناً مترتباً في ذمته قبل الكفالة. وهاتان المسألتان مثال للفقرة الأولى من هذه المادة.

أما لو قال أحد لآخر في الكفالة المعلقة إذا بعث من فلان شيئاً فأنا كفيل به، أو قال له في الكفالة المضافة «أنا كفيل بثلث ما ستيبعه من فلان» يضمن للمكفول له بعد البيع ثمن المال الذي باعه المكفول له من فلان المذكور.

وهذه الفقرة لم تكن مقصودة بالذات لأنه قد جاء في المادة (٦٣٦) ما هو بمعناها وإنما جاءت توطئة للفقرة التي تليها.

لكن كما أنه ليس للمكفول له أن يطلب من الكفيل ثمن مال قبل أن يبيعه من ذلك الشخص المكفول عنه فللكفيل قبل البيع أيضاً أن يخرج نفسه من الكفالة بدون أمر المكفول له. لأن الكفالة تلزم بعد المبيعة وتتوجه المطالبة على الكفيل بعد ذلك ولا يطالب الكفيل قبل ذلك بشيء ولا يلزم شيء ذمته.

والسبب في وجوب الدين على الكفيل بعد المبيعة أن الدائن أو الطالب يمكنه أن يقول انني بعث مالي من الأصل لأني كنت على ثقة من أخذي ثمن المبيع من الكفيل، والرجوع بعد البيع تغريب بالدائن أما الرجوع قبل البيع فنظراً لكونه عبارة عن نهي عن المبيعة وليس فيه من تغريب للمشتري فهو صحيح ومعتبر (رد المحتار). لكن عليه أن يعلم الطالب باخراجه نفسه من الكفالة لثلاً يبقى مغروراً بكفالته.

والاعلام يكون على الوجه الآتي: وذلك كأن يقول الكفيل للمكفول له رجعت عن الكفالة فلا تبع إلى ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع. والفرق أن الأولى «أي ما بايعت فلاناً فعلي» مبنية على الأمر وهذا الأمر غير لازم وفي الثانية

«وهي التي أشرنا إليها بهذه الأرقام ٢٠١» مبنية على ما هو لازم (رد المحتار).

كذلك لو استأجر أحد مالا على ما جاء في المادة «٤٩٤» وكفل أحد ببدل الإجارة فللكفيل الرجوع عن الكفالة في أول الشهر. لأن العقد في إجارة كهذه يتجدد ويتجدد بذلك سبب الأجرة فللكفيل حق الرجوع عن الكفالة المستقبلية «الهندية».

ويجب ألا يستدل باتيان المجلة قول الكفيل (رجعت عن الكفالة) وقوله (لا تبع ذلك المال من فلان) معاً على لزومها في إخراج الكفيل نفسه من الكفالة. لأنه كما يحصل اخراجه نفسه من الكفالة بقوله إني رجعت عن الكفالة، فقد يحصل أيضاً بنهيه المكفول له قائلاً «لا تبع ذلك المال من فلان» (الهندية في الخامس من الباب الثاني) وقد أشر إلى ذلك أثناء الشرح لكن على الكفيل في الرجوع عن كفالة كهذه أن يعلم المكفول له رجوعه عن الكفالة. ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقتها كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الأجر في الإجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع في الكفالة المستقبلية (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

﴿المادة ٦٤١﴾ من كان كفيلاً برد المال المغصوب أو المستعار وتسليمهما فاذا سلمهما إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما.

أي يجبر الكفيل على تسليم المال المغصوب إلى المغصوب منه والمستعار إلى المعير. وكما أنه يجبر الأصيل بمقتضى المادتين (٨٩٠ و ٨٣٠) على رد المال المذكور على أن تكون مصاريف نقله ومؤونة رده عليه كذلك يجبر الكفيل على رده بمقتضى المادة (٦٣١).

وإذا سلمهما الكفيل إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما بأجر مثل العمال على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وأجرة النقل المقصودة هي الأجرة المثلية للعمال كما أشر إلى ذلك في الشرح. وليس صرفياته. فكما يكون أجر المثل معادلاً للصرفيات قد يزيد أو ينقص عنها. هذا وإن ذكر في هذه المادة رجوع الكفيل على المكفول عنه أي الغاصب والمستعير بأجرة النقل مطلقاً فحق الرجوع على الغاصب والمستعير إنما هو في حال دفع الكفالة بأمرهما.

فظهر أنه يشترط في مسألة الرجوع أن تكون الكفالة بالأمر كما جاء في شرح المادة (٦٣١) وها هي عبارة ابن عابدين محشي البحر (ولو رد رجع عليه بأجر مثل عمله إذ الكفيل بأمر يرجع) وكما جاء في لاحقة المادة المذكورة قوله (إذا كانت الدابة المأجورة غير معينة فيشترط في أمر الرجوع فيها

أن يكون الكفيل في حملها بالأمر وكذلك ما جاء في شرح المادة (٦٥٧) يدل على أن الرجوع في الكفالة بالمال منحصر في صورة وقوع الكفالة بالأمر.

وحكم هذه المادة استحساني.

وقوله في هذه المادة (الشخص الذي يكفل) احترازاً عن الوكيل لأن المستعير والغاصب لو وكلا شخصاً برد المستعار أو المغصوب إلى دار صاحبه أو إلى مكان الإعارة أو الغصب صح. لكن الوكيل لا يجبر على النقل (الهندية) لأن الوكالة لما كانت ليست من العقود اللازمة للوكيل أن يمتنع عن القيام بصرفيات الوكالة ويخرج نفسه منها.

وكما تجوز الكفالة بالتسليم في المغصوب والمستعار تجوز كما ذكر في المادة (٦٣١) في المبيع قبل القبض والمرهون، والمأجور وفي الأمانات السائرة.

ولكن بما أن صرفيات النقل في المأجور والوديعة وما أشبه ذلك من الأمانات ليست عائدة على المستأجر والمستودع أي واضح البديل على المؤجر والمودع فلو كفل أحد بأمر المستأجر بتسليم المأجور فتسليمه يكون عبارة عن اخلاء المأجور كالأصيل ولا حاجة هنا إلى صرفيات للنقل.

أما الكفيل بالتسليم فيما أنه تعود صرفيات النقل على واضح اليد فيما عدا المغصوب والمستعار من الأعيان هو كفيل بالأمر، فله أن يرجع على المكفول عنه بصرفيات النقل بعد تسليمه الأعيان المذكورة إلى المكفول له. إذ الكفالة بأمر الأصيل كما قلنا.

الفصل الثاني

في بيان حكم الكفالة بالنفس

﴿المادة ٦٤٢﴾ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به أي لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به فيلزم احضاره على الكفيل يطلب المكفول له في ذلك الوقت فان احضره فيها والا يجبر على احضاره.

أي يلزم على الكفيل احضار المكفول به في الوقت الذي شرط لتسليم المكفول به أو في الوقت الذي يطلبه المكفول له بعد ذلك في الحال ولا حق له في طلب مهلة وذلك فيما إذا كان محل المكفول به معلوماً ويلزمه تسليمه في المكان المبين في المادة (٦٦٣). وهذا اللزوم مستند على قصد قيام الكفيل باداء ما التزم به (بمقتضى الكفالة). لكن للكفيل كما هو مبين في المادة (٦٦٥) أن يسلم المكفول به قبل ذلك الوقت فعليه إذا لم يعين وقت للتسليم أن يحضر المكفول به في الوقت الذي يطلب المكفول له احضاره فيه.

فان أحضره فيها أي يكتفي بها ويكون قد حصل المقصود وإذا لم يحضره فيجبر الكفيل على احضاره ويحبس. لأنه يكون قد امتنع عن اداء حق لازم عليه. وان كانت الجهة التي قصدها المكفول عنه معلومة يعطي الحاكم مهلة للكفيل سواء أكانت الجهة بعيدة أم قريبة بحيث يمكنه أن يذهب اليها ويحيي وللمكفول به حينئذ أن يأخذ على الكفيل كفيلاً لثلا يختفي فاذا أحضر الكفيل المكفول عنه في نهاية تلك المهلة فيها والا يحبس ويجبر على احضاره.

كذلك يحبس الكفيل ويجبر على احضار المكفول عنه فيما لو امتنع عن الذهاب إلى المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه. . لو كان ذلك المحل بعيداً أو بلداً أجنبياً. مثلاً لو فر المكفول عنه إلى بلد أجنبي والتحق بها يطالب الكفيل باحضاره فيما لو كان بين دولته والدولة التي فر إلى بلادها معاهدة على تسليم أمثال هؤلاء الفارين من أحدهما إلى تلك الدولة وكان بين الدولتين صلح وسلام.

أما إذا وجد في طريق المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه عذر مانع من المرور فيه فلا يجبر الكفيل على الذهاب إليه. فإذا لم يكن محل المكفول عنه معلوماً وتصادق الكفيل والمكفول على ذلك تتأخر مطالبة الكفيل إلى أن يعرف محل المكفول عنه. أما إذا اختلف الطرفان في معلومية المحل

فقال الكفيل لا أعلم محل المكفول عنه وادعى المكفول له أنه يعلم فتقبل البينة ممن يقيمها منها. وإذا أقام الاثنان البينة رجحت بينة المكفول له. وإذا لم يستطع أحدهما إقامة البينة فإذا كان يوجد مكان يقصده المكفول عنه عادة لقضاء حوائجه كالتجارة فالقول للمكفول له ويلزم على الكفيل أن يذهب إلى ذلك المكان للتفتيش عليه وإذا لم يوجد محل كهذا يقصده المكفول عنه فالقول للكفيل مع اليمين على أنه لا يعلم محل المكفول عنه (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثاني من الكفالة والتنوير، ورد المحتار).

للكفيل أن يجبر المكفول عنه بالتسليم إلى المكفول له والحضور، أي أنه على المكفول عنه أن يصدع لتكليف الكفيل إياه بالتسليم وإذا لم يصدع لتكليفه ولم يقتدر الكفيل على التسليم يراجع الحاكم فيعيّنه باعوانه وذلك إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه وإلا فيرشد المكفول له إلى مكان المكفول عنه ويخلي بينها (الفتح، الهندية).

ويفهم من إطلاق حكم هذه المادة أن الكفالة بنفس أحد ليس المكفول له قبله شيء صحيح وليس لذلك الشخص أن يمتنع عن تسليمه فيما لو بين المكفول له بعد ذلك أنه ليس له عليه شيء والواقع أنه وإن عد إجبار الكفيل بتسليم المكفول به إلى المكفول له وهو ليس له عليه حق يستحقه عبثاً فالكفالة الواقعة على زعم الطالب إنما تكون لحق يلزم الأصيل أداؤه.

والحكم في الكفالة المالية على هذا المنوال أيضاً وها هو: لو قال أحد أنا كفيل بدين فلان الذي في ذمة فلان وأنكر ذلك دينه ولم يثبت عليه ذلك الشخص وحلف اليمين على أنه ليس عليه دين لفلان يطالب الكفيل بالدين لزعمه وجود ذلك الدين. لأن ثبوت الفرع مع عدم ثبوت الأصل (الهندية بياضاح).

ويكون الكفيل مجبراً على تسليم المكفول عنه كما ذكر في هذه المادة بطلب الطالب. على أنه للكفيل حق بالتسليم بدون طلب أيضاً. وسيبين الفرق بين هذين التسليمين في المادة (٦٦٤)

الفصل الثالث

في بيان أحكام الكفالة بالمال

يستدل من هذا العنوان أن المواد المندرجة في هذا الفصل مختصة بالكفالة بالمال. ما عدا المادة (٦٤٣) الآتية فإن حكمها يمكن أن يشمل الكفالة بأنواعها الأربعة. والمجلة وإن بحثت عن أحكام الكفالة بالنفس والكفالة بالمال. إلا أنها لم تضع باباً خاصاً لأحكام الكفالة بالتسليم. إذ بعض أحكام هذه الكفالة قد مر في المادة (٦٤١) وبعضها سيأتي في المادة التالية:

﴿المادة ٦٤٣﴾ الكفيل ضامن.

هذه المادة ترجمت الحديث الشريف (الزعيم غارم) كما بين في صدر الكتاب. أي على الكفيل أن يؤدي المكفول به عند المطالبة به سواء أكان المكفول به ديناً كضمن المبيع أم عيناً مضمونة بنفسها كالمال المقبوض بطريق سوم الشراء وقد سمي ثمنه والمبيع الفاسد والمغصوب (رد المحتار) أو نفساً كما في الكفالة بالنفس. وهل في الكفالة بالنفس غرم وضمان؟! وهذا السؤال قد مر جوابه في شرح المادة (٦١٣).

ويستفاد من هذه الإيضاحات أن حكم هذه المادة يشمل الكفالة بأنواعها الأربعة.

وستفصل كيفية ضمان الكفيل في المادة الآتية والمادة (٦٤٥) التي بعدها.

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل بعد أن كفل بدين أحد أن الكفالة غير صحيحة بناء على المادة (٦٣١) لأن المكفول به مال رشوة أو قمار وأقر المكفول له بذلك فلا يلزم الكفيل شيء. أما إذا أنكر فكما أنه لا يقبل من الكفيل إقامة الشهود على أن ذلك الدين رشوة أو قمار أو أن المكفول له أقر في غير مجلس الحاكم أنه مال رشوة أو قمار فليس له أن يطلب تحليف المكفول له على ذلك (الهندية في الباب الثالث من الكفالة والأنقروي في الفصل السابع) لأن كفالة الكفيل بدين إقرار منه بصحة ذلك الدين وادعائه بعد ذلك هذا الإدعاء غير مسموع لأنه تناقض.

كذلك لو ادعى أحد يعد أن كفل بضمن مبيع أن البيع وقع فاسداً وأن ثمن المبيع بناء على ذلك لا يلزم المشتري فلا يسمع ادعائه. (علي افندي في الدعوى في الكفالة وما يناسبها) (أنظر المادة ١٠٠).

وكما تشمل عبارة (الكفيل ضامن) الكفيل تشمل كفيل الكفيل وكفيل كفيل الكفيل أيضاً، وعلى ذلك فلم يجعل لكفيل الكفيل مادة خاصة.

وإليك فيما يلي بعض الإيضاحات في بيان محل ضمان المكفول به لأنه لم يأت لها ذكر في المتن:

يلزم تسليم المكفول به الذي يحتاج إلى محل ومؤونة في المحل الذي شرط تسليمه فيه (أنظر المادة ٨٣) أما ما لا يحتاج إلى محل ومؤونة فللطالب أن يأخذه في أي محل أراد، مثلاً لو كفّل أحد بألف قرش على أن يدفع نصفها في استانبول والنصف الآخر في ازمير فللطالب إن شاء أخذ الألف كلها في استانبول أو في ازمير أو في مكان آخر (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني).

وإذا لم يبين مكان للتسليم في الأشياء التي تحتاج إلى محل ومؤونة فأين يصير تسليمها؟

قد مر نظيران لهذا في المجلة. فجاء في المادة (٢٨٥) يسلم المبيع في البيع بعقد مطلق في مكان المبيع وجاء في المادة (٤٦٥) وإن لم يبين مكان التسلم فالمأجور إن كان عقاراً يسلم في المحل الذي هو فيه وإن كان عملاً ففي محل عمل الأجير وإن كان منقولاً ففي مكان لزوم الأجرة. فهل تقاس هاتان المسألتان على ذلك؟ ويقال يلزم الكفيل التسليم في المكان الذي وقعت الكفالة فيه أو التسليم في المكان الذي يلزم التسليم فيه بمقتضى العقد؟

﴿المادة ٦٤٤﴾ الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصل بالدين وإن

شاء طالب الكفيل ومطالبة أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً.

وإن كان للكفيل كفيل فله إن شاء مطالبته وبما أنه قد مر في المادة السابقة (للمكفول له حق في مطالبة الكفيل) فذكر ذلك هنا إنما هو توطئة لما سيأتي بعد من المسائل، لأن مفهوم الكفالة عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة. وهذا يوجب قيام الذمة الأولى وليس ببراءتها (الدر) ويستثنى من خيار الطالب مسألتان فلا يطالب فيهما غير الكفيل:

المسألة الأولى- إذا وقعت الكفالة بشرط براءة الأصل. (أنظر المادة ٦٤٨).

المسألة الثانية- لو قال أحد أنا كفيل بالعشر جنيهاً التي لزيد على عمرو وأنكر زيد هذا الدين ولم يثبت عليه وحلف اليمين ففي هذه المسألة أيضاً يطالب الكفيل بالدين فقط ولا يلزم الأصل شيء (أنظر المادة ٨١).

وحكم هذه المادة أي تخيير الطالب في المطالبة وإن شمل الكفالة بأنواعها الأربعة فقد اختص بقول المجلة (إن شاء طالب الأصل بالدين) بالكفالة بالمال.

ويعجز مطالبته أحدهما بالدين أي إذا طالبه ولم يفه حقه لا يسقط حق مطالبته الآخر حتى لو

أخذ منه مقداراً من الدين فله أن يطالب الآخر بالباقي . وله قبل الإستيفاء أن يطالبهما معاً بجميعه كما له أن يطالب به كلاً منها وبعبارة أخرى للطالب أن يطالب كلا من الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل بجميع المكفول به كما أن له أن يطالبهم به معاً . لأن الكفالة هي ضم وليست بتملك . لكن إذا استوفى الطالب مطلوبه من الأصيل فليس له أن يطالب به بعد ذلك الكفيل أو كفيل الكفيل كما أنه إذا استوفاه من الكفيل أو من كفيل الكفيل فليس له أن يطالب به الأصيل أو الكفيل الآخر .

كذلك لو كان المكفول به ألف قرش واستوفى المكفول له من الأصيل اربعمئة فقط فليس له استيفاء أكثر من ستائة من الكفيل أو كفيل الكفيل كما أنه لو استوفى الأربعمئة قرش من الكفيل أو كفيل الكفيل . فليس له أن يستوفي من الأصيل أو الكفيل الآخر أكثر من ستائة قرش . (رد المحتار) كما قد بين في المادة (٦٥٩) . (أنظر المادة ١٦٥١) وعليه فلو قال الكفيل عند مطالبة المكفول له بالدين (إنك قد استوفيت المبلغ المذكور بعد أن صرت كفيلاً من الأصيل وقد أقررت على أخذك إياه) ورفع دعوى عليه وأثبت إقراره بالبينة فإذا دفع المكفول له هذه الدعوى فيكون قد خلص منها .

كذلك لو ادعى الدائن على مدينه بكذا قرشاً فدفع المدين دعواه بقوله (قد أخذت هذا من كفيلي فلان بحكم الكفالة) وأثبت دفعه للدائن يندفع عن الدعوى المذكورة (المجموعة الجديدة) (أنظر المادة ١٦٣٢) .

وإذا طالب الطالب الكفيل بالمكفول به وكان كفيلاً بالأمر فللكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يوفي الطالب دينه ويطلب تخليصه من الطالب ما لم تكن للأصيل في ذمة الكفيل ما هو من جنس المكفول به فحينئذ ليس للكفيل ذلك بل يقع التقاص .
لاحقة: تحتوي على مبحثين .

المبحث الأول- في الإدعاء على الكفيل بالمكفول به والأصيل غائب .

١- إذا ادعى الطالب بالمكفول به قائلاً «إن هذا الشخص كفيل بديني على فلان بأمره» وأثبت هذا الدين وهذه الكفالة بالأمر فالحاكم يحكم بالمبلغ المدعى به على الكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب معاً . وعلى ذلك فللكفيل بناء على الصلاحية المخولة له بمقتضى المادة (٦٥٧) أن يرجع بعد تأدية المبلغ المذكور إلى الطالب على المكفول عنه بدون حاجة إلى إعادة البينة . لأن الأصيل الغائب قد حكم عليه ضمناً .

أما إذا لم تكن الكفالة بأمر المكفول عنه وادعى بالكفالة مع الدين وأثبتها فلا يحكم إلا على الكفيل ولا يحكم على الغائب (التنوير ، والدر المختار ورد المحتار) .

المبحث الثاني- في اختلاف المكفول له ، والكفيل ، والمكفول عنه في المكفول به .

٢- لو ادعى المكفول له بعد أن كفّل له أحد دينه أن الدين عشرون جنيهاً وأقر المكفول عنه أنه مائة ريال والكفيل بأنه خمسون كيلة حنطة فيحلف الكفيل والمكفول عنه بطلب المكفول له فإن حلّفا اليمين: يرثا مما يدعي به المكفول له وإذا حلف أحدهما ونكل الثاني فالدين يلزم الناكل والذي حلف يبرأ منه . (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

﴿المادة ٦٤٥﴾ لو كفّل أحد المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل^(١) بالمال حسب كفّالته فللدائن أن يطالب من شاء منها.

وهذه الكفالة صحيحة كما مر في المادة (٦٢٦) وللدائن أيضاً على ما جاء في المادة (٦٤٤) أن يطالب الأصيل .

كذلك له أن يطالبها معاً . وعليه فالدائن مخير، فإن شاء طالب الأصيل وإن أراد طالب الكفيل الأول، وإن شاء طالب كفيل الكفيل أو الكفيل الثالث .

وإذا طالب أحدهم فلا يسقط حقه في مطالبة الآخرين لكن إذا أداه أحدهم برئ الآخرون مثلاً لو أدى الكفيل جميع الدين برئ كفيل الكفيل كما أنه إذا أداه كفيل الكفيل يبرأ الكفيل أنظر المادة (١٦٥١).

وإذا أوفى كفيل الكفيل الدائن المال المكفول به فله الرجوع على الكفيل الأول إذا كانت كفّالته بأمره وليس له الرجوع على الأصيل مباشرة وعلى هذا التقدير فلو أدى الكفيل الأول الدين إلى الكفيل فللكفيل الأول الرجوع به على الأصيل . وذلك إذا كانت كفّالته بأمره . أما إذا كانت بلا أمر فليس لأحدهما حق الرجوع . مثلاً لو كانت كفالة كفيل الكفيل بأمر الكفيل الأول وكفالة الكفيل الأول بلا أمر الأصيل وأدى كفيل الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الأول وليس له الرجوع على الأصيل أنظر المادة (٦٧٥) شرحاً ومتناً (رد المحتار في تعريف الكفالة).

﴿المادة ٦٤٦﴾ عليهما دين مشترك من جهة واحدة وقد كفّل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين .

أي يجوز للإثنين اللذين عليهما دين من جهة واحدة أو أكثر أن يكفّل كل عن صاحبه أي يكفّل كل المطالبة التي تلزم ذمة الآخر وعليه يطالب كل منهما بمجموع الدين النصف بالأصالة والنصف بالكفالة . مثلاً لو كان اثنان عليهما دين مشترك وكفّل كل عن صاحبه بالمطالبة بالدين طوّل كل منهما بمجموع الدين نصفه أصالة والنصف الثاني بمقتضى الكفالة .

(١) صرح في شرح المادة (٦١٢) أن المجلة قد اختارت القول بعدم لزوم الدين في ذمة الكفيل بل المطالبة فقط . فهذا التعبير مخالف لما جاء في المادة المذكورة . وعليه كان يجب أن يقال (المطالبة التي لزمت) وعليه صار هذا الشرح .

أما إذا كفل بعض الشركاء البعض الآخر فقط فالبعض الذي يكفل يطالب بمجموع الدين ولا يطالب البعض الآخر بأكثر من حصته من الدين كما لو لم يكن أحد من الشركاء كفيلاً بدين عن الآخر يطالب كل بما عليه من الدين ولا يطالب بأكثر مما عليه (البهجة) .

مثلاً لو استقرض إثنان من أحد ألف قرش يطالب كل منهما بخمسمائة قرش .
كذلك لو باع أحد مالاً من اثنين على ما جاء في المادة (١١١٣) طالب كلا منهما بحصته من الدين على حدة ولا يطالب أحد المشتريين بدين الآخر ما لم يكن قد كفل به عنه .

وقوله في هذه المادة (دين مشترك) لا يقصد به المعنى الوارد في المادة (١٠٩١) والمواد التالية لها ولا يقصد بقولها (من جهة واحدة) كما تبين بعد بداهة في الشرح (كونه بسبب واحد) .

وكذا لو أجر أحد بمقتضى المادة (٤٣٢) مالاً من اثنين بعقد واحد بمائتي قرش يطالب كل منهما بمائة قرش أما إذا كفل المستأجران بعضهما بعضاً بالأجرة يطالب كل منهما بمائتي قرش نصفها بالاصالة والنصف الآخر بالكفالة أما لو كفل أحد المستأجرين الآخر يطالب المستأجر الكفيل بالمائتي قرش النصف بالاصالة والنصف بالكفالة أما الثاني الذي لم يكن كفيلاً فلا يطالب إلا بحصته المائة قرش .

ولو اشترى اثنان بغلاً من شخص بثلاثمائة قرش على أن يكون ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر وأصبحا بذلك مدينين لذلك الشخص وكفل أحدهما عن الآخر بما عليه يطالب كل منهما بثلاثمائة قرش فيطالب صاحب الثلث بالثلث بالاصالة وبالثلثين بالكفالة ويطالب صاحب الثلثين بالثلثين بالاصالة وبالثلث بالكفالة أما لو كفل صاحب الثلث عن صاحب الثلثين فقط طوب صاحب الثلث بجميع الدين بالثلث بالاصالة وبالثلثين أما صاحب الثلثين فلا يطالب إلا بمائتي قرش حصته من الدين .

لو أدى أحد المدينين حسب هذه المادة بعد أن كفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين فهل يحسب من الدين الذي يلزمه بالاصالة أو مما يلزمه بالكفالة، ففي التفصيلات الآتية البيان :

ترجح جهة الأصالة على جهة الكفالة في تأدية الديون التي تتساوى صفة وسبباً أي أنه إذا أدى أحد المدينين الشريكين في دين حسب هذه المادة وكفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين يساوي ما عليه أو ينقص يحسب من دينه لأصالته وليس له أن يقول إنه دفعه عن الثاني وإن فعل فلا يصح ادعاؤه ولا يكون له حق بالرجوع على الآخر . (لأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور)، لأنه لو جعل شيئاً من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي فإن جعلت شيئاً من المؤدى عني ورجعت عليّ بذلك فلي أن أجعل المؤدى عنك كما لو أدبت بنفسي فيفضي إلى الدور وليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع في المؤدى إليه (رد المحتار في كفالة الرجلين) .

أما إذا أدى زيادة عما عليه من الدين فله الرجوع بالزيادة على الآخر فقط إذا كانت الكفالة بأجرة .

مثلاً لو كفل ثلاثة شركاء متساوين في دين ثلاثمائة قرش بعضهم بعضاً وبعد ذلك لو دفع أحدهم إلى الدائن تسعين أو مائة قرش فيما أنها تحسب من دينه فليس له الرجوع بثلي التسعين قرشاً أو المائة على الآخرين بداعي أنه دفعها عنهما كما أنه ليس له أن يرجع بالتسعين أو المائة كلها عليهما أو على أحدهما بداعي أنه دفعها عنهما أو عنه.

أما لو دفع إلى الدائن مائة وخمسين قرشاً فتحسب المائة عن الدين الذي عليه والخمسون مما على شريكه وله أن يرجع عليهما بها إذا كانت كفالته بأمرهما، (الهندية في الباب الرابع من الكفالة). (أنظر المادة ٦٥٧) متناً وشرحاً.

كذلك لو كان على رجلين دين على كل منهما النصف وقد كفل كل منهما الآخر بالنصف الثاني على ما سيجيء في المادة (٦٤٧) فالحكم في ذلك على المنوال المشروح أيضاً وإذا لم يؤد زيادة عن نصيبه من الدين فليس له الرجوع على الآخر (رد المحتار في كفالة الرجلين).

وكذا لو كان لدين كفيلا وكفل كل منهما بعد ذلك الآخر فالحكم على المنوال المحرر أيضاً. لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع كما في البحر من المحل المزبور.

كذلك لدائن شريكي مفاوضة لدى افتراقها أن يستوفي جميع الدين من أيهما شاء. وإذا أدى أحد الشريكين نصف الدين أو أقل من النصف فليس له الرجوع على الشريك بنصف ما أدى أما إذا أدى أكثر من النصف فله الرجوع عليه بالزيادة. لأنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر فما أدى يصرف إلى ما عليه بحق الاصاله وإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع (رد المحتار في كفالة الرجلين).

ورد في هذه المسألة قوله (أن يكون مساوياً صفة) لأن الديون إذا كانت مختلفة أي إذا كان دين أحدهما مؤجلاً ودين الآخر معجلاً وعين الدين المعطى بقوله عن الشريك صح.

مثلاً لو كان على اثنين دين مائتا قرش نصفه على أحدهما معجلاً والنصف الآخر مؤجلاً لشهر وكفل أحدهما الآخر وأعطى المدين الذي أجل دينه المائة قرش التي على شريكه قائلاً لشريكه (أعطيتها بكفالي عنك) فله أن يرجع عليه بالمائة قرش وذلك إذا كانت الكفالة بأمره.

أما لو أعطى المدين الذي عليه الدين معجلاً مائة قرش وقال (إنني أعطيتها عن شريكي بمقتضى كفالي عنه) وأراد الرجوع عليه فليس له ذلك إلا بعد حلول الأجل. لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول (رد المحتار في الكفالة). (أنظر شرح المادة ٦٥٧).

كذلك لو أجل الدائن دين أحد الشريكين دون الآخر في دين بعد أن كفل أحد الآخر وأدى الشخص الذي أجل دينه مقداراً من الدين قبل حلول أجل دينه وبين أنه عن رفيقه قبل كلامه.

وجاء في هذه المسألة أيضاً (أن يكونا متساويين سبباً). لأنه إذا كان سبب دين أحدهما مختلفاً عن دين سبب الآخر كما لو كان دين أحدهما قرضاً ودين الثاني ثمن مبيع فإعطاء أحدهما شيئاً عن شريكه بالتعيين صح. لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو (رد المحتار).

مثلاً لو كان على اثنين دين مائتا قرش وكان الدين على أحدهما قرضاً وعلى الثاني ثمن مبيع وبعد أن كفّل أحدهما الآخر أعطى الذي دينه قرضاً مائة قرش عن شريكه قائلاً له (أعطيتها عنك حسب كفّالتي) فله الرجوع عن شريكه المدين بثمان المبيع. أي أنه يأخذ منه مائة قرش وذلك إن كانت الكفالة بأمره.

كذلك لو كفّل أحد الشريكين بما في ذمة الآخر ولم يكفل الثاني بما في ذمته وأدى الكفيل مقداراً من الدين وبين أنه عن شريكه قبل. (الهندية قبيل الباب الرابع من الكفالة).

كذلك لو أقر شخصان (بأن لفلان علينا دين على أن له الخيار في أخذه من أين شاء) فهذا الإقرار في حكم أن يكفل كل منهما الآخر (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة).

﴿المادة ٦٤٧﴾ لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفّل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وإن كانوا قد كفّلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفّل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين. مثلاً لو كفّل أحد آخر بألف ثم كفّل ذلك المبلغ غيره أيضاً فللدائن أن يطالب من شاء منها وأما لو كفّلوا معاً يطالب كل منها بنصف المبلغ المذكور إلا أن يكون قد كفّل كل منها المبلغ الذي لزمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منها بالألف.

أي أنه يصح بمقتضى المادة (٦٢٧) تعدد الكفلاء ويطالب كل منهم بمجموع الدين إذا كفّل كل على حدة وإذا أبرأ الكفيل بعض الكفلاء من الدين فله أن يطالب كلا من الباقيين بمجموعه.

وفي هذه الحال للدائن إن شاء أن يطالب الأصيل بمجموع الدين وإن شاء أن يطالب كفيلاً واحداً وإن شاء أن يطالب الكفلاء والأصيل معاً كلاً بمقدار من الدين، وإذا كان الكفلاء المتعددون اثنين فيطالب كل منهما بمجموع الدين أو يطالب الأصيل بمجموع الدين، ويرى الجميع مما يؤديه أحد الكفلاء كثيراً كان أو قليلاً وليس للمؤدي هذا أن يقول لغيره من الكفلاء (أعطوني حصتكم لأنكم أنتم كفلاء أيضاً) ما لم يكونوا كفلاء لبعضهم البعض بالأمر وحينئذٍ فللمعطي الخيار إن شاء راجع الكفلاء الباقيين بحصصهم مما يدفعه قليلاً كان أو كثيراً. لكون الكل كفلاء هنا (الدر المختار) وبعد ذلك لهم أن يراجعوا الأصيل لأنها أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بئابه (البحر، رد المحتار) وإن شاء راجع الأصيل لكونه كفّل بالكل بأمره (الدر المختار).

وإذا تصالح أحد الكفلاء مع المكفول له أو باع من المكفول له مالاً في مقابل المكفول به يكون الحكم على هذا المنوال أيضاً. (البزازية في نوع آخر). إذا كان المكفول به غائباً.

وقول المادة (على حدة) احتراز من كفالة الكفيلين بمجموع الدين معاً ولا فرق في الصورة المذكورة. إذا كفّل الكفلاء بمجموع الدين متعاقبين أو في وقت معاً في الحكم أما إذا كفّل الكفلاء بمجموع الدين معاً ينقسم الدين المكفول به على تعداد رؤوسهم ويطالب كل منهم بحصته من الدين وفي هذه الحال إذا كان الكفلاء الذين يكفلون معاً اثنين يطالب كل منهما بنصف الدين وإذا كانوا أربعة يطالب كل منهم بربع الدين ولا يطالب بأكثر من ذلك والذي يؤدي حصته يبرأ (رد المحتار في كفالة الرجلين). وإذا كانت كفالة من يؤدي ما عليه بأمر الأصيل فله الرجوع عليه. وقوله هنا (معاً) أي أن يكفل كل بمقدار من الدين والكفالة التي تقع بهذه الصورة أي إذا كفّل كل من الكفلاء بمقدار من الدين يقسم المكفول به على عدد الكفلاء مثلاً إذا قال ثلاثة نكفل بهذا الدين يقسم ذلك الدين على عددهم فيطالب كل منهم

وفي بعض المسائل قد يجتمع حكم الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة مثلاً لو كفّل ثلاثة أشخاص بألف وخمسمائة بعقد واحد معاً ثم جاء اثنان وكفّل كل منهما الألف وخمسمائة قرش على حدة صح. ففي هذه الصورة يطالب كل من الثلاثة الأشخاص الأول بثلاث الألف والخمسمائة ويطالب كل من الاثنين الآخرين بمجموع الدين ولا ينقسم المكفول به خمسة أقسام على عدد الثلاثة الكفلاء الأول والاثنين الآخرين.

لكن لو كانوا كفلاء على هذه الصورة معاً وكفّل كل منهم المطالبة بالمبلغ الذي لزم في ذمة الآخر صح أنظر المادة (٦٤٥) وعلى هذه الحال كما في الصورة الأولى يطالب كل منهم بمجموع الدين. وفي هذه الصورة لا يقسم الدين على عدد الكفلاء. لأنه إذا كان الكفلاء على هذا التقدير اثنين يؤخذ كل واحد منهما بالنصف بكفالاته عن الأصيل وبالنصف الآخر بكفالة عن الكفيل.

مثلاً للكفيل أن يرجع على الأصيل رأساً في المثال السابق بدون مراجعة الكفيل الثاني.

كذلك لو كفّل أحد بدين ألف قرش على آخر فجاء آخر ثم آخر وكفلاً بالمبلغ المذكور فللدائن أن يطالب أحد هؤلاء الكفلاء الثلاثة بالمبلغ المذكور.

وإذا أدى أحد هؤلاء الثلاثة مجموع الدين أو بعضه فليس له أن يطلب من الاثنين الآخرين ثلثي ما دفع إلى الطالب ويقول لهما (أعطيني ثلثي ما دفعت لأنكما أنتما أيضاً كفيلاً) ما لم يكن هؤلاء الثلاثة قد كفّل بعضهم بعضاً على ما جاء في المادة (٦٤٥) وفي هذه الحال لذلك الشخص أن يرجع على ذينك الاثنين بثلثي ما دفعه إلى الطالب. وإذا وجد ذلك الشخص أحد الكفيلين الآخرين ولم يجد الآخر فله أن يرجع على ذلك الكفيل الموجود بنصف ما دفع ومن ثم للاثنين معاً أن يرجعا على الشخص الثالث بثلث الدين أي لكل منهما أن يرجع عليه بسدسه (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة والتنقيح).

وهؤلاء بعد ذلك أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت كفالتهم بأمره.

أما إذا كفل ذاك الكفيلان الألف قرش معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور (رد المحتار في أوائل الكفالة).

جاء (إذا كفل ذاك الاثنان معاً) فلو جاء بعد أن كفل ذاك الاثنان معاً ثلاثة وكفلوا بعقد على حدة الشيء نفسه فكما يطالب كل من الاثنين بنصف الدين يطالب كل من الثلاثة بثلث الألف قرش ولا يقال بما أن الكفلاء أصبحوا خمسة فيلزم أن يقسم الدين على عددهم.

ما لم يكن كل من هذين الكفيلين كفيلاً للآخر فتلزم كلاً المطالبة بالمبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى تلك الحال يطالب كل منهما بالألف وأيهما دفعه يبرأ الثاني ولا يطالب الثاني مرة أخرى لأنه كما جاء في المادة (١٦٥١) لا يستوفى الحق الواحد من اثنين كل منهما على حدة.

﴿المادة ٦٤٨﴾ «لو اشترط في الكفالة براءة الأصل تنقلب إلى الحوالة».

ويصبح الأصل بريئاً من المكفول به وليس للطالب مطالبة سوى الكفيل - المحال عليه - كذلك لا يطالب في الحوالة كما هو مبين في المادة (٧٩٠) الأصل - المحيل مع الكفيل - المحال عليه - أنظر المادة (٣).

كما ذكرنا في المادة (٦٢١) أن الكفالة تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط. ولكن الكفالة هنا بما أنها حوالة فيشترط فيها قبول الطالب والدائن لأنه يلزم في الحوالة كما جاء في المادة (٦٨٠) شرحاً ومتناً قبول الطالب والمحال له.

وهذه المادة وإن كانت مسألة راجعة إلى الحوالة ويجب أن تأتي في كتاب الحوالة ولكن بما أنها والمادة الآتية تؤمان يأتيان في الكتب الفقهية في مكان واحد والمادة الآتية من مسائل الكفالة فرأت المجلة إيراد هذه المادة في كتاب الكفالة مع أن كتاب الحوالة هو المكان اللائق بها.

﴿المادة ٦٤٩﴾ «الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة فلو قال أحد للمدين أحل بجالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً فأحاله المدين على هذا الوجه فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء».

هذا العقد عقد كفالة مجازاً والمحال عليه هو الكفيل.

سؤال - بما أن الكفالة تشعر ببقاء الدين في ذمة المدين بعكس الحوالة فهي تنبئ عن زوال الدين من ذمة المدين وفي ذلك ما فيه من المباينة بينهما أو ليس من اللازم ألا يستعمل لفظ الكفالة في معنى الحوالة. وقد مر في شرح المادة (١٩١) أن الإقالة لا تنعقد بلفظ البيع لعدم احتمال استعمال البيع بمعنى الإقالة مجازاً لأن البيع والإقالة ضدان كل منهما يباين الآخر؟

الجواب - لما كانت الكفالة والحوالة قد شرعتا للاستيثاق أي لتأمين الدين وتوثيق المطلوب

فهما متفتتان في الفرض والقصد أي فليكن وجه الاستعارة فيهما قصد توثيق الدين، (شرح الهداية لمولانا: الله دادا الهند، ومثله في العناية).

فلو قال أحد للمدين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً فأحاله المدين على هذا الوجه وقبل المحال عليه الحوالة فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء.

وكما أن للطالب أن يأخذ مطلوبه من المحال عليه بحسب كفالته يأخذ المدين المحيل لسبب كونه أصيلاً (أنظر المادة ٦٤٤) وإلا فيجري في هذه الحوالة حكم المادة (٦٩٠) أي عدم صيرورة المحيل بريئاً من الدين.

وفي الكفالة في هذه المادة إيجاب وقبول.

لكن بما أنه قد ذكر في المادة (٦٢١) أن الكفالة تنعقد وتنفذ بدون القبول وهذه المعاملة معدودة من الكفالة فتعقد الكفالة بها وتنفذ بالإيجاب فقط مثلاً لو قال أحد (قبلت الحوالة بعشر جنيهات ديناً عليّ لعمرى على أن يكون عمرو ضامناً) تنعقد الكفالة وتنفذ.

وقد ذكر هنا أن الحوالة التي تقع حسب هذه المادة تكون كفالة ولكن من منها الكفيل والأصيل؟ فهذا لم يبين هنا. وقد ذكر في إحدى شروح الهداية أن الكفيل في الحوالة التي تقع على هذا الوجه هو المحال عليه والأصيل هو المحيل (المكفول عنه) وبعبارة العيني (كما أن الحوالة - وهي نقل دين من ذمة إلى ذمة بشرط أن لا يبرأ بها أي بالحوالة المحيل وهو المدين - كفالة فحينئذ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل لأنها كفالة فيتخير في طلب أيها شاء وهو معنى قوله ولو طالب الخ) وقد قبلت دار الفتوى هذا الوجه. وذلك كما بين في شرح المادة (٣).

والواقع أنه إذا لم ينتقل الدين الذي في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه يستلزم أن تكون كفالة المحيل بذلك الدين وأن يكون الدين ثابتاً في ذمة آخر وهذا ليس له معنى وفائدة مطلقاً أي بما أنه لا يحصل هنا ضم ذمة فلا يمكن اعتبار المحيل كفيلاً والمحال عليه أصيلاً. وفي هذه الحال من الضروري هنا إن نقول أن الكفيل هو المحال عليه.

لكن إذا قيل إن الكفيل هو المحيل اعتبر في ذلك عقدان أي أن الحوالة تنعقد بقول (أحلتك على فلان) وبذلك ينتقل الدين إلى المحال عليه وبقوله (على أي ضامن) يصبح المحيل كفيلاً وإذا لا يكون المحيل بذلك كفل دين نفسه. بيد أنه لأجل انتقال الدين على المحال عليه يلزم في ذلك قبول المحال عليه فلا تكون هذه المادة متفرعة على قاعدة (الاعتبار للمعاني، لا للألفاظ والمباني) والحال قد وردت هذه المادة في كتاب الكفالة الواردة في البحر على كونها متفرعة عن القاعدة المذكورة. وبعبارة العيني هي: قوله إلا إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة اعتباراً للمعنى فيهما مجازاً لا للفظ وإذا صارت حوالة تجري فيها أحكامها وكذا في عكسه تجري أحكام الكفالة انتهى.

لكن قد جاء في البحر في كتاب الحوالة «قوله برئ المحيل بالقبول من الدين غير شامل لما

إذا كان المحيل كفيلاً وهذه العبارة تفيد بأن الكفيل هو المحيل إلا أن معنى هذه العبارة الواردة في البحر هو أن تعقد الحوالة بلا شرط فتبرأ ذمة المحيل حسب المادة (٩٦٠) ثم يكفل المحيل ذلك الدين. فعلى هذا التقرير وإن برئت ذمة المحيل من الحوالة التي وقعت قبلاً إلا أنه أصبح موأخذاً بكفاله التي وقعت بعد ذلك.

وبما أنه يمكن حمل العبارات التي تشير إلى أن الكفيل هو المحيل على معان أخرى فيلزم اعتبار الكفيل هو المحال عليه كما ذكر قبلاً وقد قبلته دار الفتوى العليا كما مر بيانه سابقاً.

﴿المادة ٦٥٠﴾ لو كفل أحد بدين أحد على أن يؤديه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً.

تكون الكفالة بإيفاء دين من مال معين على أربع صور. الصورة الأولى أن يعطى من مال الأمانة الذي في يد الكفيل بسبب أنه لو كفل أحد بدين أحد بأمره على أن يؤديه من المال المودع عنده كالأمانة تجوز هذه استحساناً ويجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال.

قالت المجلة (من ذلك المال) لأنه إذا كفل بعشرين جنيهاً ديناً على أن يؤديها من خمسة عشر جنيهاً التي في يده أمانة يجبر على أداء الخمسة عشر جنيهاً أما الخمسة جنيهاً الباقية فيها أنه لم يبق في يده شيء من الوديعة والكفالة مقيدة بأن تؤدي منها فلا يجبر على أدائها. كذلك إذا لم يوف في الحوالة المقيدة بالدين ذلك الدين المحال به فليس المحال له أن يطلب من المحال عليه الباقي، (الذخيرة).

وهل المقصود من الأمانة الأمانة التي من جنس الدين؟ أم أنه أعم من ذلك ولا فرق في أن يكون من جنس الدين أو من جنس آخر، وعبارة أخرى إذا كانت الأمانة عشرة جنيهاً كالدين فالكفيل مجبر على إعطاء العشرة جنيهاً. أما إذا كان الدين عشرة جنيهاً والأمانة فرساً وكفل بالدين على أن يؤدي من الأمانة المذكورة فعلى الكفيل أن يبيع الأمانة ويوفي الدين من بدلها ولكن هل والحالة هذه يجبر على تحمل مشقة البيع ومؤونته؟

قد جاء في شرح المادة (٧٦١) أن العدل الذي وكل ببيع المرهون لا يجبر على البيع إذا كان الراهن حاضراً لكن يستفاد أن هذه الوديعة مقيدة بأن تكون من جنس الدين أما إذا كانت من غير جنس الدين فالحكم في ذلك محتاج للتحري أي أن هذه المسألة تحتاج إلى الحل.

وإذا تلف ذلك المال عند ذلك الشخص أي عند الكفيل فلا يلزمه شيء بناء على المادة (٧٧٧)؟ (رد المحتار) والقول في تلفه للكفيل (أنظر المادة ١٧٧٤).

فالمجلة لا تقصد بقولها (إذا تلف) الاحتراز عن شيء آخر فإذا غصبه صاحبه أو أجنبي من الوديع وأتلفه أصبح الوديع أي الكفيل بريئاً من الكفالة ولا يلزمه بعد ذلك ضمان.

لكن لو رد ذلك الشخص المال المودع بعد الكفالة على الوجه المشروح إلى صاحبه لم يسترده منه أو أخذه صاحبه باذنه يكون ضامناً ويؤاخذ بكفالاته والمقصود بالرد هنا أن يعطى برضاء الكفيل. أما إذا أخذه الأصيل جبراً فليس الكفيل بمسؤول كما ذكرنا آنفاً.

وقد قيدت هذه الكفالة أثناء الشرح بقصد كونها وقعت بأمر صاحب الوديعة لأنه لا يستطيع في الكفالة بدون أمر أن يؤدي الدين من تلك الوديعة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٦٣).

ومن الظاهر أن الكفالة بلا أمر على أن يعطي الدين من الوديعة على الوجه المشروح غير صحيح. أنظر الصورة الثانية الآتية.

وجاء في المجلة (يكون ضامناً). فهل يكون ضامناً بالمكفول به أي يلزمه إيفاءه من ماله. يكون ضامناً بدل الوديعة. وسيأتي نظير ذلك في المادة (٧٥٤) أن انه ليس من العدل أي يعطى الرهن للراهن أو المرتهن بدون رضا الآخر وإن أعطاه وتلف قبل استرداده ضمن بدل المرهون وليس الدين. وفي هذه الصورة إذا كان بدل الوديعة مساوياً للدين أو أقل منه يلزم اداء بدلها تماماً وعندما يكون بدلها أقل لا يؤاخذ الكفيل بالزيادة من الدين عن البديل وإذا كان البديل أكثر من الدين ضمن مقدار الدين أما الزيادة فيكون قد ردها إلى صاحبها.

الصورة الثانية، الكفالة على أن يوفى الدين من مال الأصيل. يعني إذا لم يكن في يد الذي سيصير كفيلاً مال كذا وديعة وكفل على أن يؤدي الدين من مال الأصيل ببيعه أو على أن يؤدي من مال الأصيل لا يصح لأنه ليس للكفيل صلاحية وحق في بيع مال المكفول عنه حتى يقتدر على ذلك وإذا وقعت كفالة على هذه الصورة فيما أنها تكون قد عقدت على وجه لا يكون الكفيل معه مقتدرًا على التنفيذ فلا حكم لها. مثلاً لو قال أحد للمكفول له «من ضمان كردم ويذير يتم له باغ ويرا قروشم أن مال يتودهم» أو قال يذير فقيم كه أين مال أزكه وي بدهم» تجوز الكفالة (الأنقروي في الفصل الأول من الكفالة).

الصورة الثالثة، اضافة الكفيل الكفالة إلى ماله، مثلاً لو أضاف الكفالة إلى ماله كأن يكفل أحد بدين آخر على أن يوفى هذا الدين من ثمن داره هذه فإذا لم يبيع الدار المذكورة أو احترقت قبل بيعها فلا يلزم الكفيل ضمان وإذا لم يبيعها من نفسه لا يجبر على ذلك ولو فرض أن الدار بيعت بخمسائة قرش لأنها لا تساوي أكثر من هذه القيمة والمكفول به ألف قرش فلا يلزم الكفيل ضمان غير مقدار ثمن المبيع.

كذلك لو كفل بدين فلان على أن يؤديه من ثمن فرسه وتلف الفرس قبل البيع فلا يلزم الكفيل شيء.

وإذا لم يبيع الكفيل الفرس بنقود بل أبدلها ببغل كذلك لا يلزمه ضمان. أي لا يجبر على بيع

ذلك البغل بنقود لاداء الدين إلا أنه ان باع أخيراً ذلك البغل بنقد فيؤمر بتأدية الدين لكن لو كفل أحد بدين على أن يؤديه من ثمن بغله ولم يشر إليه أي إذا لم يكن له بغل صحت الكفالة ولزم الضمان.

أما لو كفل بدين على أن يؤديه من ثمن ماله هذا عند بيعه صحت الكفالة ويجبر عند بيع ذلك المال باداء ذلك الدين. لأن الكفيل في هذه المسألة قد تعهد ببيع ماله.

وهذه المسألة غير المسألة السابقة.

الصورة الرابعة: أن يكفل الكفيل على أن يؤدي الدين من مال أجنبي.

أي إذا اضاف الكفيل كفالته إلى مال أجنبي فلا تصح هذه الكفالة. مثلاً لو كفل أحد بدين على أحد على أن يؤدي ذلك من ثمن هذا البغل وليس البغل مالاً لذلك الشخص فلا تصح الكفالة. (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني والبيزانية في الثاني في المعلقة).

﴿المادة ٦٥١﴾ لو كفل أحد بنفس شخص على أن يحضره في الوقت الفلاني وإن لم يحضره في الوقت المذكور فعليه أداء دينه فإذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين وإذا توفي الكفيل فإن سلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة فلا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال وإن لم تسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل ولو مات المكفول له طالب ورثته ولو أحضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له أو تغيب راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويسلمه.

تصح الكفالة النفسية المضافة والكفالة بالمال المعلقة على شرط متعارف. فلو فرضنا أن المكفول عنه في الكفالة النفسية المضافة زيد والمكفول له بكر وكذلك في الكفالة المعلقة بشرط متعارف المكفول عنه زيد والمكفول له بكر فلو أحضر الكفيل زيدا في الوقت المعين وسلمه إلى بكر فلا يلزمه شيء مالي لأنه كما بين في شرح المادة (٨٢) أن الشرط وهو في هذه المسألة عدم التسليم - إذا لم يثبت فلا يثبت ما علق عليه وهو في المسألة المذكورة الكفالة بالدين أي لا تثبت الكفالة بالدين أي يكون الشرط معدوماً.

وقد اشير بقول المجلة «أداء دينه» إلى مسألتين:

المسألة الأولى، قد بني عدم تعيين المقدار في قوله (أداء دينه) على الفقرة الثانية من المادة (٦٣٠). وعلى التقدير لو ثبت الشرط وثبتت كفالة الكفيل لزم الكفيل كل ما يقر به ذلك الشخص من المال أو يثبت عليه بشهادة الشهود.

وإذا اختلف المكفول له والكفيل فالقول للكفيل لأنه ينكر الزيادة أنظر المادة (٧٦) (الهندية في الفصل الخامس).

المسألة الثانية، ان تعبير (لاداء دينه) احترازي لأن الكفيل إذا لم يتعهد بتأدية دين المكفول عنه ولم يحضره في ذلك الوقت المعين وإنما تعهد الكفيل بإعطاء المكفول له رشوة (أي تعويض) وهذا لا يصح (عبد الحليم في الكفالة).

فإذا لم يحضره ولم يسلمه في الوقت المعين المذكور بدون سبب مشروع إكان يمرض الكفيل أو يحبس أو يختفي المكفول عنه فلم يعلم مقره وما أشبه ذلك من الأسباب المشروعة التي تجعله عاجزاً عن احضاره وتسليمه في الوقت المعين لزمه أداء ذلك الدين بناء على المادة (٦٣٦).

ولا يخلص الكفيل بمجرد تأديته الدين هكذا من الكفالة النفسية المضافة ويكون مطالباً بالكفالة بالنفس أيضاً، (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة) لما بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال من المنافاة لأن كليهما للتوثق فلعل للمكفول له طلبه أخرى على المكفول عنه غير ذلك المال المكفول به كفالة معلقة (الدر المختار ورد المحتار).

أما إذا عجز الكفيل عن احضار المكفول به على الوجه المذكور آنفاً بأن حبس أو مرض أو اختفى المكفول عنه بحيث لا يمكن الإهتمام إليه فلا يترتب عليه شيء مالي لأن شرط الضمان عدم التسليم مع الإقتدار وبما أن الكفيل في هذه الصورة غير مقتدر على التسليم فلا ضمان عليه.

غير أنه إذا عجز الكفيل عن احضار المكفول عنه بأن مات أو حبس يلزمه أداء دينه كما هو مذكور في الهندية لأنه وإن بطلت الكفالة بالنفس لوفاة المكفول عنه أي سقطت عن الكفيل فلا تبطل الكفالة بالمال بها، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال (رد المحتار).

وقيد صاحب فتح القدير وفاة المكفول عنه في هذه الصورة بعد الوقت الذي شرط فيه التسليم. وبهذا يزول إشكال المسألة وهو أن شرط الضمان هو عدم الموافاة مع القدرة ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لأن قرض المسألة عدم الموافاة به غداً (رد المحتار).

لكن قد جاء في الهندية في الفصل الخامس من الكفالة وإذا كفّل بنفس فلان قائلاً انني إن لم أواف به غداً فالمال الذي عليه للطالب فهو عليّ فمات المكفول به قبل مضي الغد ثم مضى الغد يصير كفيلاً بالمال.

فبين ما جاء في الهندية وما جاء في فتح القدير مباينة.

وكذلك جاء في المجلة (أن يحضره في الوقت الفلاني) لأنه إذا كفّل الكفيل بتسليم المكفول عنه في أي وقت يطلبه المكفول له ولم يسلمه في الوقت المذكور فعليه دينه فإذا طلبه المكفول له بعد وفاته

فلا يلزم الكفيل أداء دينه . لأنه لما كانت المطالبة لا تصح بعد الموت إذ لا يتحقق العجز الذي يوجب المال فلذلك لا يلزمه (رد المحتار، والهندية في الفصل الخامس).

لو أبرأ المكفول له الكفيل بعد أن كفل كفالة حسب هذه الفقرة من هذه المادة من الكفالة النفسية ولم يحضر الكفيل المكفول عنه فلا يترتب عليه شيء مالي لأنه لما كان شرط الضمان بقاء الكفالة النفسية فقد زال بالإبراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب فإنها بالموت زالت أيضاً واجيب بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه والإنفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال كذا في الفتح، (نهر) (رد المحتار).

وقالت المجلة (فإذا لم يحضره) لأن لو كفل بأداء دينه على أن يحضر فلاناً في الوقت الفلاني فلا يلزم الكفيل ضمان وإن حضره في ذلك الوقت لبطان التعليق لأن الكفيل هنا إذا شرط على المكفول له أن يعمل خيراً ويتصدق به للزومه ماله فذلك شرط غير متعارف ولا يجوز التعليق عليه (رد المحتار)

ولا يلزم الكفيل في الكفالة كما وضع آنفاً ضمان إذا حضره في الوقت المعين . أما إذا لم يحضره فيلزمه ضمان المال وإذا اختلف الطرفان المكفول له والكفيل في احضار المكفول به وتسليمه وأثبت الكفيل احضاره وتسليمه فيها ونعمت وإلا فالقول بلا يمين للمكفول له ويلزم الكفيل ضمان المال . قال في التنوير وشرحه فالقول للطالب لأنه منكرها «أي الموافاة» ولكون الأمر على ما كان في الإبتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلا منهما مدع فالكفيل يدعي البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا (رد المحتار).

وإذا توفي الكفيل قبل الوقت المعين وسلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين بناء على مطالبتهم بإحضاره وتسليمه أو سلم المكفول به نفسه قبل مرور الوقت المعين من جهة الكفالة مصرحاً بذلك . فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وإن لم يقبل المكفول له، لأنه كما جاء في شرح المادة (٨٢) قبل ثبوت الشرط ينعدم الشيء المعلق عليه .

لأنه إذا ثبت ذلك الشيء قبل وجود الشرط لزم وجود المشروط بدون الشرط .

وإذا لم تسلم الورثة المكفول به نفسه أو لم يسلم المكفول به إلى ذلك الوقت المعين من جهة الكفالة ومر الوقت المذكور يلزم أداء المال من تركة الكفيل لأن الشرط المعلق عليه في الكفالة إذا تحقق طولب الكفيل به بناء على الحكم الثاني من الأحكام الأربعة المحررة في شرح المادة (٦٣٦)

وإذا توفي المكفول له فلوارثه أن يطالب باحضار المكفول به في الوقت المعين على الوجه المذكور وإذا لم يحضره فله أن يطالب بالمال .

قد ذكر في المجلة المسائل المتعلقة بوفاة الكفيل والمكفول له وفيما يلي بيان في كيفية الحكم إذا توفي المكفول عنه :

إذا توفي المكفول عنه بعد الوقت الذي شرط تسليمه فيه بطلت الكفالة النفسية أما الكفالة المالية فتبقى ، وإذا توفي قبل ذلك لزمّت الكفالة المالية أيضاً كما ذكر في الهندية .

أما بالنظر إلى قول صاحب الفتح فتبطل الكفالة هذه أيضاً وقد ذكرنا قولاً في ذلك .

ولو أحضر الكفيل المكفول به في الوقت المعين واختفى المكفول له أو تغيب أي إذا اختفى كي لا تسلم إليه نفس المكفول به وتنعقد الكفالة بالمال فيراجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه . ويرأ الكفيل بتسليمه المكفول به إلى ذلك الوكيل ، (الدر المختار، ورد المحتار) .

وهذا الوكيل أحد الوكلاء الذين ينصبهم الحاكم عن الغائبين وسيأتي الباقي في شرح المادة (١٨٣٠) في كتاب القضاء .

كذلك إذا كفّل أحد آخر على أنه إذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب تسليمه منه فعليه دينه فإذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب منه تسليمه فيه فلا يلزمه الدين .

(إذا أراد التسليم) معناها التثبيت بالإحضار والتسليم حسب بيان شيخ الإسلام (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) . وإلا فليس في الإمكان التسليم في الوقت الذي يريده .

صور ثلاث للكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة .

في هذا الباب ثلاث صور:

الأولى- أن يكون الطالب والمطلوب- المكفول له والمكفول عنه- في الكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة- واحداً كما مر معنا في شرح هذه المادة وبعبارة أخرى أن يكون المكفول له والمكفول عنه في الكفالة النفسية هما نفسيهما في الكفالة المالية المعلقة كما جاء في المجلة . لأن بكراً المكفول له في المتن المذكور مكفول له في الكفالة النفسية والكفالة المالية معاً كما أن زيداً مكفول عنه في الإثنين معاً أيضاً .

فالكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة على هذه صحيحتان .

وبما أن تفصيل ذلك وإيضاحه قد مر ذكره في متن هذه المادة وشرحها فلا لزوم إلى إعادته هنا .

الثانية- أن يتعدد المطلوب- المكفول عنه- في هاتين الكفالتين والمكفول له واحد فيها .

وهذه الصورة صحيحة عند الإمامين كما هو مذكور في البرازية وعند الإمام أبي يوسف على قول فقط (رد المحتار) وهذه الصورة لم تأت عليها المجلة .

مثلاً- لو كفّل أحد بنفس عمرو على أن يسلمه غداً إلى زيد وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين زيد الذي على بكر وكان عمرو أجنبياً عن بكر بالكلية أي أن الكفالة صحيحة ولو لم يتعلق الدين

المكفول به بوجه كأن يكون مشتركاً أو يكفل الشركاء بعضهم بعضاً. حتى أنه لا يلزم ضمان المال المكفول به إذا سلمه في الوقت العين، (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) وفي هذه الصورة المكفول له في الكفالة النفسية والمالية (زيد) والمكفول عنه في الكفالة النفسية (عمرو) وفي الكفالة المالية (بكر)

الثالثة- تعدد الطالب (المكفول له) في الكفالتين. وهذه الصورة ليست صحيحة سواء أكان المكفول عنه في الكفالتين واحداً أو متعدداً فتبطل الكفالة في صورتين أيضاً: مثلاً لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه إلى أحد وإذا لم يسلمه إليه يكون كفيلاً بمطلوب الشخص الفلاني على ذلك الشخص فلا تكون الكفالة المالية صحيحة لأن ذلك تعليق على شرط غير متعارف.

كذا لو كفل شخص بنفس آخر على أن يسلمه غداً إلى فلان وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين فلان على فلان فالكفالة الثانية- الكفالة المالية- ليست صحيحة. (أنظر شرح المادة ٦٣٦) «البزازية والهندية»

أما لو كفل أحد بنفس مدين ولدى مطالبة المكفول له ذلك الشخص بالمدين كفل آخر نفس ذلك الشخص على أن يحضره ويسلمه في الوقت الفلاني إلى المكفول له وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين المدين المذكور كان صحيحاً. وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد كذا في (كافي الحاكم) (رد المحتار).

مسألة أولى- لو كفل أحد نفس آخر على أن يحضره في الوقت الفلاني وإذا لم يحضره يكون كفيلاً بإعطاء المكفول له مائة قرش (أي أنه لم يقل أنا كفيلاً بدين المكفول له على المكفول به) ولم يحضره في الوقت المعين ينظر: فإذا أقر الكفيل بأن الدين الذي للمكفول له على الأصيل مائة قرش طوبى الكفيل بها وإذا ادعى الكفيل أنه ليس للمكفول له على الأصيل دين ما وبما أن كفالاته على تلك الصورة إقرار معلق للمكفول له الطالب وهو غير صحيح بناء على ما جاء في شرح المادة (٨٢) فالقول للطالب على أن له مائة قرش على الأصيل وأن الكفيل قد كفله كفالة معلقة على الموافقة. أما على رأي الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف رحمهما الله تعالى فيلزم الكفيل ضمان المبلغ المذكور أما لو كفل أحد نفس آخر على أن يحضره في الوقت الفلاني وتعهد بإعطاء المكفول له مائة قرش على أنها ليست من الدين إذا لم يحضره فقد اختلف العلماء في ذلك:

فقد ذهب بعضهم إلى أنه لا يلزم الكفيل شيء وبعضهم حمل ذلك على دين آخر للمكفول له على المدين ولذلك قالوا باقتضاء إعطاء المائة قرش إذا لم يحضره في الوقت المعين (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني).

مسألة ثانية - إذا ادعى أحد على آخر بحق ولم يبين ذلك الحق فتقدم إليه شخص قائلاً (أترك هذا الرجل وأنا كفيلاً بنفسه وإذا لم أحضر غداً أكون كفيلاً بحقك المذكور) فإذا لم يسلمه الكفيل في الغد لزم الكفيل ضمان ذلك الحق. والقول للمكفول له في بيان ما هو الحق. لأنه يدعي

الصحة والكفيل يدعي الفساد (وفي النهاية) فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة (رد المحتار).

كذا لو ادعى أحد على آخر بعشرة جنيهاً ولم يبين وضعها أنها جنيهاً عثمانية أو افرنسية فتقدم شخص قائلاً (أترك هذا الرجل وأنا كفيل بنفسه وإذا لم أحضره غداً فعلي العشرة جنيهاً) فإذا لم يسلمه لزم الكفيل ضمان العشرة جنيهاً والقول للمكفول له في بيان وضعها.

كذلك إذا قال عندما أراد أن يكفل بنفس أحد (أنا كفيل بنفس فلان وإذا لم أسلمه غداً فأنا كفيل بالشيء الذي للطالب) فإذا لم يسلمه في اليوم المذكور لزمه ضمان المال. وفي هذه الصورة لو قال الكفيل للطالب ليس لك على فلان دين فالقول على عدم العلم مع اليمين للكفيل.

كذا إذا اختلف الكفيل والمكفول عنه فقال الكفيل إن الدين الذي للطالب عليك مائة قرش وقال المكفول عنه إن ما علي من الدين للطالب مائتا قرش يكون إقرار المكفول عنه قاصراً على نفسه ولا يؤاخذ الكفيل بأكثر من مائة قرش إلا بينة ما لم يقل (إذا لم أسلمه غداً فأنا ضامن بما يقر به المكفول عنه) وحينئذ يضمن الكفيل ما يقر به المكفول عنه. ولو قال فعلية ما يدعي الطالب ولو ادعى ألفاً وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على عدم علمه (رد المحتار).

مسألة ثالثة - لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه في اليوم الفلاني في الوقت الفلاني في المسجد الفلاني إلى الشخص الفلاني وإذا لم يسلمه كفل بماله وشرط البراءة من الكفالة إذا أحضره إلى المحل المذكور ولم يجد الرجل المعين للتسليم ووجد في الوقت المعين في ذلك المحل ولم يجد ذلك الشخص أي الطالب فإن كان غائباً وأشهد على ذلك برئ الكفيل من الكفالة المالية والنفسية وإذا كان الكفيل كفياً بكفالة نفسية فقط فالحكم على هذا المنوال أيضاً. (الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة).

﴿المادة ٦٥٢﴾ إن كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل أيضاً يثبت معجلاً وإن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت مؤجلاً.

أي إن الدين في الكفالة المطلقة وهي التي تقع بدون ذكر شرط التأجيل أو التقسيط ويقال لها أيضاً الكفالة المرسلة - يجب في حق الكفيل كما يجب في حق الأصيل فإن كان الدين معجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت معجلاً وإن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت مؤجلاً وإن كان مقسطاً على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت مقسطاً وفي هذا قد تبع الفرع الأصل. (الأنقروفي في مسائل شتى من الكفالة). وقد مرت هذه المسألة في المادة (٦٣٥).

مثال للمعجلة، لو كفل أحد بما في ذمة آخر معجلاً كفالة مطلقة لزم الكفيل أداء ذلك المال في الحال.

مثال للمؤجلة، لو كفل شخص بألف قرش في ذمة أحد الناس من ثمن البيع كفالة مطلقة مؤجلة لسنة فكما أنه ليس للمكفول له أن يطالب الأصيل بالمبلغ المذكور فليس له أن يطالب الكفيل به أيضاً (البهجة).

مثال للمقسطة، لو كفل أحد بدين على آخر كفالة مطلقة والدين مؤجل ومقسط على عشرة أشهر على أن يدفع منه في كل شهر عشرة قروش فكما أنه لا يحق لذلك الشخص أن يطالب الأصيل بالمبلغ المذكور كله قبل حلول الأجل للأقساط فليس له أن يطالب بها الكفيل (النتيجة).
وقيد المطلقة هنا احتراز عن المقيدة وسيأتي في المادة الآتية حكم الكفالة المقيدة.

﴿المادة ٦٥٣﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل أو التأجيل.

والتقسيط أيضاً. لأنه يراعي الشرط بموجب المادة (٨٣) بقدر الإمكان. ويكون التأجيل إلى الوفاة أيضاً مثلاً لو قال أحد (أنا كفيل بالدين الذي على فلان على أن لا أؤديه في حياتي) صح. ويستوفي بعد وفاة الكفيل من تركته أما لو قال إنني كفيل بالألف قرش التي على فلان دين على أن لا أدفعها كانت الكفالة باطلة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

ويستفاد من ذكر مطالبة الكفيل كفالة مطلقة أنه تجوز كفالة الدين الحال مؤجلة أيضاً، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

للكفالة المقيدة التي تقع معجلة أو مؤجلة تسع صور: لأن الدين إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً والكفالة إما أن تكون حالية أو مؤجلة أو مقسطة فيحصل من ذلك تسع مسائل:

- ١ - الكفالة الحالية بدين حالي.
- ٢ - الكفالة المؤجلة بدين حالي.
- ٣ - الكفالة بدين حالي مقسطة.
- ٤ - الكفالة المؤجلة بدين مؤجل.
- ٥ - الكفالة الحالية بدين مؤجل.
- ٦ - الكفالة المقسطة بدين مؤجل.
- ٧ - الكفالة المقسطة بدين مقسط.
- ٨ - الكفالة الحالية بدين مقسط.
- ٩ - الكفالة المؤجلة بدين مقسط.

وكلها صحيحة.

وإنما يلزم في شرح المادة الآتية ان ينظر في المسألة الثانية. فإذا كان الكفيل كفيلاً كفالة معجلة أو كفيلاً كفالة مؤجلة أو مقسطة يطالب الكفيل بالكفالة المعجلة حالاً وبالكفالة المؤجلة عند

حلول الأجل وبالكفالة المقسطة عند حلول أجل القسط .
 مثلاً لو كفل أحد بدين معجل كفالة مؤجلة فالدائن غير . إن شاء طالب الأصيل به حالا
 وإن شاء طالب الكفيل به عند حلول الأجل .
 كذلك على الدائن أيضاً الإنتظار إلى حلول أجل القسم المؤجل وحينئذ فإن شاء طالب
 الأصيل وإن شاء طالب الكفيل .
 الإختلاف في الصفة والقيّد - إذا اختلفت الكفيل والطالب فقال الطالب (انك كفلت في
 الحال) وقال الكفيل (إنني كفلت بالدين مؤجلاً إلى شهر وعلى ذلك فليس لك حق المطالبة قبل
 حلول الأجل) فالقول مع اليمين للكفيل لأن الكفيل منكر المطالبة في الحال (رد المحتار) .
 أما الحكم في الإقرار فليس كذلك فلو أقر أحد بأن علي لفلان ألف قرش مؤجلة إلى شهر
 وبعد ذلك لو أقر المقر له بأن المبلغ المذكور معجل فالقول للمقر له . والفرق هو أن المقر بعد أن يقر
 بالدين يدعي بتأخير المطالبة شهراً لنفسه أما الدائن بما أنه منكر تأخير المطالبة فالقول للمنكر والبيّنة
 على المدعي أي المقر (أنظر المادة ٧٦) . أما في المسألة المذكورة فلم يقر الكفيل بالدين لأن الدين
 ليس على الكفيل على قول بعض الفقهاء والذي ثبت في حقه إنما هو مجرد المطالبة . فإذا ادعى
 الطالب حق المطالبة في الحال وانكر الكفيل ذلك فالقول للكفيل والبيّنة على الطالب . وهذا لأن
 التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدرك فإنما أقر بنوع
 منها فلا يلزم بالنوع الآخر (رد المحتار) .

﴿المادة ٦٥٤﴾ كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي أجل بها الدين
 كذلك تصح مؤجلة بمدة أزيد من تلك المدة أيضاً أو أقل منها .
 ولا يطالب الكفيل قبل حلول الأجل وقد بين في شرح المادة الأنفة أنه تصح كفالة الدين
 الحالي كفالة مؤجلة .

مثلاً كما تصح كفالة الدين المؤجل إلى شهر كفالة مؤجلة تصح كفالته كفالة مؤجلة إلى خمسة
 عشر يوماً فقط ولا يطالب الكفيل بالدين قبل حلول الأجل المسمى ، (الهندية في الباب الثاني في
 الفصل الخامس) .

عودة الأجل بعد السقوط في حق الكفيل - لو باع الكفيل مالاً للأصيل وسلمه إلى الطالب
 قبل حلول الأجل وبعد تأدية المكفول به على هذا الوجه ضبط المال المذكور بالإستحقاق أو رد
 بخيار العيب بحكم الحاكم عاد الأجل . أي أن الكفيل يطالب بالمكفول به عند تمام الأجل . أما
 إذا أقال المكفول له البيع أو رد المبيع بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا يعود الأجل ويطالب
 الكفيل في الحال (أنظر شرح المادة ١٩٦) . ولو لم يبعه مالاً ولكن فوضها فوجدها ستوفة
 فردها كان المال على الكفيل إلى أجله وكذلك لو وجدها زيوفاً أو مبهرجة وردها بقضاء أو بغير
 قضاء (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) .

«سقوط الأجل بوفاة الأصيل أو الكفيل أو بوفاتها».

قلنا أن الكفيل لا يطالب قبل حلول الأجل. لكن يسقط الأجل في حق الكفيل بوفاته. ويستوفي المكفول به حالاً من تركته. أما الأجل فلا يسقط في حق الأصيل بوفاة الكفيل. وعليه إذا أدى الورثة المكفول به من التركة كان لهم الرجوع على الأصيل لكون الكفالة بالأمر فلهم الرجوع عليه عند تمام الأجل. وليس لهم قبل ذلك. كذلك لو أدى الكفيل في حياته الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الأصيل عند تمام الأجل فيما لو كان له ذلك فإن كانت الكفالة بأمره وليس له الرجوع قبل ذلك.

كذلك إذا توفي الأصيل بطل الأجل في حقه وحل الدين. أما الأجل فلا يبطل في حق الكفيل لوفاة الأصيل حتى لو أراد المكفول له تضمين الكفيل فهو مخير بين الإنتظار إلى حلول الأجل أو طلبه من التركة فيؤدى إليه حالاً.

وإذا توفي الأصيل والكفيل كلاهما فالأجل يبطل في حقهما فإن شاء الطالب استوفي الدين من تركة الأصيل حالاً وإن شاء من تركة الكفيل، لأن الدين يثبت في ذمتها بعد الوفاة كما هو ثابت قبل ذلك. (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة والدر المختار ورد المحتار).

مسألة أولى - لو كان لأحد على آخر دين معجل كأن يكون ثمن مبيع وأجل على أن يكفل به فلان. يصح التأجيل إذا كانت كفالة فلان مقبولة سواء أكان ذلك الشخص حاضراً أو غائباً أما إذا كانت غير مقبولة فلا يصح التأجيل. (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

مسألة ثانية - لو كفل أحد بدين معجل غير القرض كفالة مؤجلة إلى مدة معلومة فيؤجل الدين في حق الأصيل والكفيل أيضاً، (وإن اتفقا أي الشاهدان في الزمان والمكان واختلفا في الأجل وكانت الدعوى في الكفالة بالمال فقال أحدهما كفيل به إلى شهر وقال الآخر إلى شهرين فإن كان المدعي يدعي أقرب الأجلين فالقاضي يقبل شهادتهما وإن كان يدعي أبعد الأجلين لا يقبل شهادتهما) (الهندية في المحل المذكور).

لأن التأجيل في حق الكفيل يستلزم التأجيل في حق الأصيل أيضاً. لكن إذا شرط الطالب وقت الكفالة التأجيل للكفيل فقط أو أضاف التأجيل إلى نفس الكفيل فلا يؤجل الدين في حق الأصيل. أما إذا كفل قرضاً كفالة مؤجلة ثبت التأجيل في حق الكفيل دون الأصيل، (الدر المختار ورد المحتار).

. ولو قال الكفيل أجلي وأضاف الأجل إلى نفسه على ما مر ذكره ثبت الأجل في حق الكفيل فقط وإذا قال للطالب أجل الدين ولم يضيف الأجل إلى نفسه وقبل الطالب ثبت التأجيل في حق الأصيل والكفيل معاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

مسألة ثالثة - لو ادعى أحد على آخر (أنه كفيل بألف قرش على فلان من جهة القرض

كفالة حالية، وأنكر الكفيل الكفالة مطلقاً أو أقر بالكفالة وادعى التأجيل وشهد بعض الشهود بأنها مؤجلة إلى سنة والبعض الآخر شهد أنها حالية تثبت الكفالة معجلة في صورتين (الهندية في الباب الثالث من الكفالة).

﴿المادة ٦٥٥﴾ لو أجل الدائن دينه في حق الأصيل يكون مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً. والتأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضاً، وأما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل.

أي لو أجل الدائن دينه في حق الأصيل وكان الكفيل مطالباً بالدين معجلاً كأن كفله كفالة مطلقة يكون مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً لأن الفرع يتبع الأصل.

وعليه ليس للدائن أن يطالب الأصيل والكفيل بالمبلغ المذكور قبل حلول الأجل. أما إذا رد الأصيل التأجيل فلا يبقى له حكم ويطالب الكفيل والأصيل حالاً به (الدر المختار، ورد المختار).

وإذا وجد كفيل للكفيل يكون التأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضاً لأن الكفيل بالنسبة إلى الثاني كالأصيل وكفيل الكفيل كالكفيل عن المكفول عنه مباشرة.

والمقصود من الكفيل الأول هنا كما بيناه شرحاً هو الكفيل الأول الذي يكفل حسب المادة (٦٢٦) أما إذا كفل عمرو بدين بعد أن كفله به زيد على ما جاء في المادة (٦٢٧) فلا يؤجل الدين في حق عمرو إذا أجله الدائن في حق زيد كما لو أبرأ الدائن زیداً من الكفالة فلا يستلزم ذلك إبراؤه عمراً من الكفالة أيضاً. والإبراء الموقت أي التأجيل في هذه المسألة كالإبراء المؤبد.

أما لو أجله الدائن في حق الكفيل الأول أو الثاني وقبل الكفيل صح ولكن تأجيله في حق الكفيل ليس بتأجيل في حق الأصيل لأن الأصل لا يتبع الفرع.

وعليه فللطالب ان شاء أن يطالب بالدين الأصيل حالاً وإن شاء أن يطالب الكفيل بعد حلول الأجل وعلى هذا فلو أدى الكفيل الدين قبل حلول الأجل فليس له الرجوع على الأصيل قبل حلوله أما إذا رد الكفيل التأجيل فيرد ويطالب بالمكفول حالاً (رد المختار) لكن تأجيل الدين الذي يقع في حق الكفيل على هذه الصورة لا يعتبر في حق الأصيل إنما هو فيما لو أجل الطالب الدين عن الكفيل بعد أن كفل به كفالة خالية أما لو كفل بدين قرضاً كفالة مؤجلة فيكون ذلك الدين مؤجلاً في حق الأصيل والكفيل كليهما معاً.

مسألة أولى - إذا أجل الكفيل المكفول عنه صح ذلك بينهما وليس بصحيح في حق المكفول له ولا يكون المكفول له قد أجل دينه. أما لو أجل المكفول له الدين صح ذلك في حق المدين والكفيل كليهما كما هو مبين في المجلة (الهندية في أواخر الباب الثاني من الكفالة).

مسألة ثانية - إذا اجتمعت آجال انقضت في مدة واحدة مثلاً لو أجل أحد الأصيل والكفيل

سنة بعد أن أجلها شهراً كان الشهر داخلاً في السنة وينتهي الأجل الأول والثاني في وقت واحد. ولا يعد كل منها على حدة ويكون الأجل سنة وشهراً (الهندية في المحل المزبور).

﴿المادة ٦٥٦﴾ المدين مؤجلاً لو أراد الذهاب إلى ديار أخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل.

وله أن يطلب رهناً أيضاً. وإذا لم يعط المدين كفيلاً أو رهناً فالحاكم يمنعه عن السفر. والحكم على هذا الموال فيما لو كان المدين حالاً. ولا يقال للدائن عليك أن تذهب إلى حيث يذهب المدين وتطالبه بالدين عند حلول الأجل. لأنه لو كان الدائن مجبراً على ذلك كان له طلب نفقات السفر فضلاً عن الدين (رد المحتار. وواقعات المفتين).

وكما أنه لا يجبر على اعطاء عدة كفلاء فإذا لم يكن يريد السفر فلا يجبر على اعطاء كفيل واحد، (التفقيح، الأنقروى).

كذلك إذا أراد الأصيل الذهاب إلى ديار أخرى فللكفيل أن يمنعه عن السفر بقوله (ادّ الدين إليّ أو إلى الطالب أو خلصني من الكفالة ببراء المكفول له إياي منها) وذلك إذا وقعت الكفالة بأمر الأصيل أما إذا لم تكن بأمره فليس له منعه لأن الذي يكفل بدون أمر يكون متبرعاً وليس له من حق في مطالبة الأصيل. حتى أنه لا يأنم بالامتناع من تسليم نفسه معه (الدر المختار، ورد المختار في آخر الكفالة).

كذلك للكفيل بالنفس أن يمنع الأصيل عن السفر بقوله (سلم نفسك إلى الطالب وخلصني من الكفالة) وذلك إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل وإلا فليس له ذلك.

﴿المادة ٦٥٧﴾ لو قال أحد لآخر أكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد أن كفّل وادى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببذل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين مثلاً لو كفّل بدراهم جياذ فادأها زيوفاً رجع على الأصيل بدراهم جياذ وبالعكس لو كفّل بزيوف وادى جياذاً رجع على الأصيل بزيوف لا بجياذ وكذا لو كفّل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الأصيل بالدراهم التي كفّلها وأما لو كفّل بالف قرش وادى خمسمائة صلحاً رجع على الأصيل بخمسمائة.

لو قال أحد لآخر أكفلني أو أضمني عن ديني الذي لفلان فقد أمره بكفالته عن دينه فبعد أن كفله وادى ذلك الدين عنه فله الرجوع على الأصيل ويلزم أن تكون الكفالة واقعة بأمر الأصيل

حتى يمكن الكفيل الرجوع عليه بما أداه. وقد اختلف في صورة الأمر الذي يوجب الرجوع فالكفالة التي تقع بقول المدين الآخر (أكفلي عن ديني الذي لفلان بشرط أن يكون ما تضمنه علي) تكون موجبة للرجوع في حق الطرفين. أما لو قال أضمن ديني الذي لفلان وكفل بناء على هذا الأمر فلا يوجب ذلك الأمر الرجوع للمشار إليهما. لأنه يحتمل أن يكون الغرض من هذا الأمر الرجوع أو طلب التبرع فلا يلزم الأمر المال ما لم يكن خليط المأمور.

لكن على رأي الإمام الثاني لو قال أضمن ديني الذي لفلان فذلك يوجب الرجوع وإن لم يقل (عني) وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطاً رجع وهو الذي في عياله من ولد أو والد أو زوجة أو أجير الشريك شركة عنان قال في الأصل والخليط أيضاً الذي يأخذ منه ويعطيه ويدائنه ويضع عنده المال والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط وتماه فيه انتهى (رد المحتار بتغيير ما) وظاهر عبارة المجلة يوافق ما ذهب إليه الإمام المشار إليه ويستفاد مسألتان بقول المجلة إذا أدى:

المسألة الأولى - لو أدى الكفيل الدين بعد أن آداه الأصيل وهو غير عالم بتأديته فله استرداد مبلغه من الدائن (أنظر المادة ٩٧) وليس له الرجوع على الأصيل به وإن كانت كفالته بأمره. كذلك الحكم فيمن يؤدي الدين متبرعاً لأنه في هذه الصورة لا يكون مؤدياً الدين لأن الأصيل آداه من قبل (رد المحتار، والأنقروي؛ وعلي أفندي).

المسألة الثانية - ليس للكفيل أن يطلب الدين من الأصيل وهو لم يؤده وإن كان كفيلاً بالأمر. لأن الكفيل يملك دين المكفول على أن الأصيل بعد آدائه وليس قبل ذلك ولكن لو أعطى الأصيل إلى الكفيل قبل أن يؤديه على أن يؤديه إلى الأصيل فليس له استرداده ولو لم يؤده الكفيل إلى الطالب بعد (رد المحتار) لأن القاعدة الفقهية هي لو أعطى أحد شيئاً لغرض صحيح فليس له استرداد ذلك منه ما بقي ذلك الغرض. ولما كان الغرض في هذه المسألة تأدية الدين، فقد تعلق بحق الكفيل الذي قبض الدراهم وما بقي ذلك الغرض. فلا تسترد الدراهم ما لم يؤد الأصيل بعد ذلك الدين فله استردادها في هذه الحال وكذا إذا أجل الطالب الدين على الأصيل فله استردادها أيضاً (رد المحتار).

أما إذا لم يكن الكفيل كفيلاً بأمر الأصيل فنهى الأصيل عن إعطاء المكفول به من المال الذي أعطاه إياه معتبر. أما إذا لم يعط الأصيل ذلك بقصد إعطائه إلى الطالب وإعطاه على سبيل الأمانة فله استرداده وليس للكفيل أن يمتنع عن إعادته، بقوله أعطيته إلى الطالب بمقتضى كفالتي عنك. (الأنقروي في مسائل شتى من الكفالة، والدر المختار، ورد المحتار) بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل أن يسترده من يد الكفيل لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب وهو بالاسترداد يريد إبطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه (التنقيح في الكفالة).

وحق الكفيل بالأمر بعد التأدية هو الرجوع على الأصيل بناء على هذه المادة ولا دخل له بالرهن مثلاً لو أدى الكفيل بدين ذي رهن ذلك الدين واسترد من الدائن الرهن فليس له أن يمسكه عنده كرهن (الأنقروي في المحل المزبور).

كذا لا دخل لمن يكفل بضمن المبيع بعد تأديته إياه في المبيع الذي في يده للبائع ولم يسلم إلى المشتري أي أنه ليس له أن يأخذ المبيع ويوقفه في يده استناداً على المادة (٢٧٨) لاستيفاء الثمن (التنقيح) يفهم من عبارة المجلة (أكفلي عن ديني) أنه يشترط في رجوع الكفيل على المكفول عنه أن تقع الكفالة بأمر المكفول عنه.

والأمر إما أن يكون حقيقياً أو حكماً.

الأمر الحقيقي: هو كقول المدين لأحد أكفلي عن ديني الذي لفلان كما جاء في المجلة.

ولنوضح الأمر الحكمي بأمثلة ثلاثة.

المثال الأول - كفالة الأب بمهر زوجة ابنه الصغير. مثلاً لو استوفى المهر المذكور بعد وفاة الأب من تركته فللورثة الآخرين مراجعة حصة الابن المذكور من التركة لأن الأب يعد بكفالة ابنه الصغير على الوجه المذكور كفلاً بالأمر لولايته عليه. (فان أدى بنفسه فان اشهد رجوع والا فلا) (رد المحتار). أما كفالة الابن الكبير بدون أمر فتعد تبرعاً. (علي أفندي).

وفي الكفالة بالأمر هذه للكفيل أن يراجع الأصيل بعد أداء الدين كما ذهب إليه الإمام أبو يوسف وقبلت به المجلة آنفاً ولو لم يشترط رجوع الكفيل بعد ذلك على الأصيل أو لم يشترط ضمان الأصيل بالمكفول به إذا أداه الكفيل. وإذا أنكر المكفول عنه الأمر فللكفيل إثبات ذلك (البزاية الشرنبلاي) (أنظر المادة ٧٦).

مثلاً لو كفل أحد ببذل الإجارة بأمر المستأجر كما هو مبين في المادة (٦٧٢) وبعد أن أدى البذل إلى الأجر فلذلك الشخص الرجوع على المستأجر. وقوله (ديني) يدل على أن الكفيل بالأمر متى أدى ما يجب على الأصيل كان له الرجوع عليه. وليس له الرجوع قبل ذلك. مثلاً لو كفل ببذل الإجارة وقبل أن تلزم المستأجر الأجرة أدى الكفيل ببذل الإجارة فليس له الرجوع على الأصيل في الحال. (رد المحتار في الكفالة) وستوضح هذه المسألة في الآتي.

والواقع أن الكفالة بلا أمر وان كانت صحيحة فهي تبرع فليس للكفيل بعد أداء الدين الرجوع على الأصيل (الدر).

مثلاً لو كفل أحد بدين أحد بلا أمر المدين وبعد أن قبل الطالب أي الدائن الكفالة عنه بها عند سماعه بوقوعها أدى الكفيل الدين فليس له الرجوع على المكفول عنه.

لأن الكفالة الواقعة بما أنها انعقدت على صورة لا توجب الرجوع بإيجاب الكفيل وقول المكفول له فلا تنقلب إلى حالة توجب الرجوع بعد (الدر المختار). ورد المختار قبيل الحوالة وفي موضع آخر من الكفالة).

لكن هذا الفرق يكون بالنسبة إلى الطرفين لأنها يريان أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل وقبول المكفول له. أما الإمام الثاني فيما أنه يرى أن الكفالة تنعقد بمجرد إيجاب الكفيل فليس من تفريق

في هذا الوجه أنظر شرح المادة (٦٢١) أي أنه له حق في الرجوع في هذه المسألة كما ذهب إليه الإمام الثاني.

المثال الثاني - لو أنكر الكفيل الكفالة وأثبت المكفول له أنه كفيل بأمر المكفول عنه فحكم عليه فأدى الدين فله الرجوع على المكفول عنه. لأنه وإن كان في طلب الرجوع بعد انكار الكفيل الكفالة بالأمر تناقض فقد عفي عن هذا التناقض بناء على المادة (١٦٥٤) (رد المحتار).

إلا أنه إذا كذب الكفيل الشهود وأنكر كفالته بالأمر بعد الحكم أيضاً فليس له الرجوع على الأصل بعد لأن هذا الانكار يعد إبراء (البهجة في فصل الدعوى في الكفالة وما يناسبها).

قد بين في المجلة أن الذي يأمر بالكفالة هو المدين لأن الكفالة التي تقع بأمر أجنبي فهي كالكفالة التي تقع بلا أمر.

مثلاً لو قال أحد لآخر أكفل عن فلان دينه الذي لفلان وكفل الرجل عنه بالدين وأدى المكفول به فليس له الرجوع على الأمر (رد المحتار).

كذا لو وكل أحد آخر بأن يعطي فلاناً كفيلاً بنفسه وبما يحكم عليه به وبعد أن أعطى ذلك الشخص كفيلاً عن المدين على الوجه المذكور حكم عليه كذا قرشاً يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور مع ذلك الرجل وليس للكفيل أن يؤاخذ الوكيل بشيء لأن الوكيل ههنا بمنزلة الرسول لأنه لم يوجد منه إيجاب العقد ولا قبوله وإنما وجد منه مجرد الأمر بالكفالة عن المطلوب والأمر بالعقد لا يؤاخذ بحقوق العقد «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

وأمر الصبي المحجور لا حكم له وليس موجباً للرجوع.

وعليه لو أمر صبي محجور أحداً قائلاً «أكفل ديني لفلان» وقبل الرجل وأوفى الدين فليس له الرجوع على الصبي المحجور الأمر.

أما أمر الصبي المأذون فهو كأمر البالغ معتبر وموجب للرجوع (الهندية في الباب الأول من الكفالة)

وأمر الوصي أيضاً موجب للرجوع.

مثلاً لو أمر الوصي أحداً بأن يكفل دين المتوفي وكفله وأداه حسب الكفالة فللكفيل الرجوع على تركة الميت وليس على مال الأمر (آداب الأوصياء).

المثال الثالث- لو ضمن الوصي دين المتوفي تراجع تركته، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع).

والكفالة بالأمر تكون موجبة للرجوع إذا كان الدين لازماً إصالة أو كفالة مطلقاً.

مثلاً لو أمر الأصيل أحداً بكفالة الكفيل بالمال الذي لزمته المطالبة بالمبلغ؟ ذمته وبعد أن كفل

هذا استوفي الطالب دينه من الكفيل الثاني فللكفيل هذا الرجوع على الأصل، (الهندية في الباب الثاني في المطابع من الكفالة).

إذا أدى الكفيل المكفول به المؤجل إلى المكفول له حالاً فليس له الرجوع على الأصل قبل حلول الأجل.

كذلك لو كفّل أحد بأجرة وأعطى الكفيل الأجرة إلى الأجر قبل أن يلزم المستأجر إيفائها فليس له الرجوع على الأصل إلا عند لزومها إياه ووجوب أدائها عليه (أنظر المواد ٤٦٧ و ٤٦٨ و ٤٦٩ و ٤٧٠) وليس له الرجوع قبل ذلك، (الأنقروني في الفصل الثاني من الكفالة):

إذا نقل الكفيل بالحمل الحمل إلى المحل المشروط وكانت الكفالة بالأمر فله الرجوع على الأصل.

مثلاً لو كفّل أحد الآخر الذي استؤجرت منه دابة معينة لنقل كذا إلى المحل الفلاني ونقل الكفيل الحمل المذكور إلى ذلك المحل فله الرجوع على الأجر بأجر المثل يوم النقل وذلك إذا كانت الكفالة بالأمر.

والحكم في كفالة الخياطة على هذا الوجه أيضاً، (الهندية في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكفالة) (أنظر شرح المادة ٦٣١).

بعض مسائل في عدم حق الرجوع للكفيل بالأمر: ليس للكفيل بالأمر الرجوع على الأصل في المسائل الآتية:

أولاً: لو أبرأ الكفيل قبل أن يؤدي الدين عنه حسب الكفالة بالدين المذكور أو وهبه إليه فليس له حق في الرجوع بعد ذلك حتى أن الكفيل لو أدى الدين بعد ذلك إلى الطالب فليس له الرجوع على الأصل، (الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة).

والخلاصة: هي أن إبراء الكفيل الأصل صحيح ولو لم يكن الكفيل قد أدى الدين إلى الطالب بعد.

مثلاً لو أبرأ أحد آخر إبراء عاماً بعد أن كفّل عنه بدين لأحد الناس قائلاً لا حق لي على فلان مطلقاً وبعد ذلك أداه إلى الطالب فليس له الرجوع على الأصل لأنه وجب على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه لأنه آخر المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل الأصل قبل الأداء صح (النتيجة، والهداية).

ثانياً: لو أبرأ الطالب الكفيل بالأمر إبراء إسقاط فليس للكفيل المذكور الرجوع على الأصل.

براءة الإسقاط، كقوله للكفيل أبرأتك أو ليكن المكفول به لك حلالاً وما شابه ذلك من الألفاظ

وإذا أبرأ الطالب الكفيل على هذا الوجه إبراء إسقاط فللطالب أن يستوفي دينه من الأصل لأنه لا يسقط عنه بذلك الإبراء. (رد المحتار).

أما إذا أبرأه إبراء استيفاء وكانت الكفالة بالأمر رجوع الكفيل على الأصل.

براءة الاستيفاء، كقوله أخذت منك المال المكفول به أو بما أنك قد أديت الدين فذمتك بريئة وما شأنه ذلك من الألفاظ.

إذا وقع شك في البراءة هل وقعت بإبراء إسقاط أو بإبراء استيفاء يستل الطالب (أي المبرء) أيهما أراد ويقبل جوابه في ذلك (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث، ورد المحتار).

ثالثاً: إذا أنكر الدائن استيفاء الدين وكان الكفيل بالأمر أن أوفاه إياه في حضور الأصل وحلف اليمين واستوفاه من الكفيل مرة أخرى فليس للكفيل الرجوع على الأصل لتأديته الدين مرة ثانية.

أما لو كان الأمر بالعكس وأدى الأصل الدين في حضور الكفيل بالأمر وأنكر الدائن استيفاء الدين وحلف اليمين واستوفى الدين مرة ثانية من الكفيل فللكفيل الرجوع على الأصل بهذا الأداء الثاني، (الأنقروى، الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع).

رابعاً: إذا ادعى الكفيل بالأمر أداء الدين وصدقه المكفول عنه واستوفى الطالب الدين مرة ثانية من المكفول عنه بعد إنكاره أخذه وحلفه اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه. إلا أنه إذا أقام الكفيل البينة على ادائه الدين قبلت منه وإذا كان الطالب غائباً فتقام هذه البينة في مواجهة الأصل وفي هذا الحال يرجع الكفيل على الأصل (أنظر المادة ٧٦)، ولو أن الأمر قال للمأمور إن لفلان عليّ ألفاً فبعه فرسك بها كان هذا جائزاً فإن باعه الفرس بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعني إلا أني لم أقبض الفرس حتى هلك في يده وقال الأمر والبائع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فإذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب إنفساخ العقد من الأصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الأمر ولا يرجع المأمور على الأمر وإن صدقه أما لو جحد الأمر قبض الطالب فأقام المأمور بينة على الأمر على قبض الطالب قبلت بيته ويكون هذا قضاء على الغائب (الهندية قبيل الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة).

ولو أراد الرجوع على الأصل وكان المؤدى هو الشيء الذي كفل به رجوع عليه بالمؤدى وإذا كان المؤدى غير ما كفل به رجوع عليه بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى أي أنه لو أعطى الكفيل إلى المكفول له شيئاً غير الشيء الذي كفل به فليس للكفيل الرجوع على الأصل به لأن رجوع الكفيل بحكم الكفالة وبما أنه يكون الكفيل بحكم الكفالة مالاً للدين بعد ادائه فيكون كالکفيل الأصلي فكما للدائن الأصلي أن يأخذ دينه فللكفيل أيضاً أخذه. فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل

فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لا تصح إلا ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار لأن الواهب إذا أذن للموهوب له يقبض الدين جاز استحساناً وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء (رد المحتار).

ويستثنى من هذا الحكم المسألة الآتية: إذا كفّل أحد بالمسلم فيه القيمي وبعد أن أوفاه إلى المكفول له وكان له الرجوع فله الرجوع بقيمة المسلم فيه، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع من الكفالة).

وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين كأن كان الدين ألف مجيدي. صالح عن ثمانمائة يرجع ببذل الصلح فقط لأن ذمة المدين قد برأت بذلك الصلح من الباقي وسقط عنه كما سيجيء في المادة (١٥٥٢). لأنه لما أدى بدل الصلح حسب الكفالة ملك ذلك المقدار أي بدل الصلح في ذمة المكفول عنه فقط كما بين آنفاً. وليس له الرجوع بما سقط كما سيوضح قريباً.

وإذا أعطى مالاً من جنس آخر بدلاً عن بدل الصلح المذكور يرجع أيضاً ببذل الصلح وليس بجنس ذلك المال المعطى أو بقيمته، لأن إعطاء مال من جنس غير جنس بدل الصلح معاوضة بين الكفيل والدائن لا دخل للمكفول عنه فيها. وربح وخسارة تلك المعاوضة على من يتولاها والشخص الثالث الذي هو المدين لا ينتفع من هذه المعاوضة ولا يلحقه ضرر وليس له الرجوع بمجموع الدين لأنه لما كان الصلح على مقدار من الدين يتضمن الإبراء من الباقي وإسقاطه فلا يملك الكفيل الباقي (رد المحتار) والحال أن حق رجوع الكفيل ناشئ بما يملك في ذمة الأصيل من الدين أما إذا لم يقع الصلح على مقدار من الدين بل وقع على جنس آخر كأن تصالح على دين مائة مجيدي بعشر ذهبات رجع بمجموع الدين وهذه المسألة داخلة في الفقرتين الأولى والثانية وتستفاد هذه المسألة منهما.

كذلك للكفيل بالأمر أن يرجع بمجموع الدين إذا تصالح على مقدار من الدين على أن يهبه الدائن الباقي. كما سيأتي بيانه في شرح المادة (٦٦٧).

مثلاً لو كفّل أحد بأمر المدين بدراهم جياذ وادى المكفول به بدراهم جياذ رجع بدراهم جياذ كما أنه يرجع بدراهم جياذ أيضاً إذا أدى زيوفاً وليس بزيوف وبالعكس لو كفّل شخص بالمدين بزيوف وادى المكفول به زيوفاً رجع عليه زيوف كما لو أدى جياذاً لا يرجع عليه إلا بزيوف وليس بجياذ.

وهذان المثالان أمثلة على الفقرة الأولى من هذه المادة.

كذلك لو كفّل شخص بأمر المدين بكذا دراهم فصالح على عروض كالمكيلات أو الموزونات من المثليات وكالحيوانات والعقارات والأمتعة من القيميات وما شابه ذلك من الأشياء المعلومه رجع على الأصيل بالدراهم التي كفّلها. وليس ببذل الأشياء المؤداة لأن الصلح لما كان في هذه الصورة

مبادلة ويعود ما ينشأ عن هذه المبادلة من ربح أو خسارة على الكفيل والدائن اللذين أجريا المبادلة وبهذه المبادلة يملك الكفيل ما في ذمة الأصيل من دين فله الرجوع عليه بجميع الدين .

وهذا المثال فكما أنه مثال للفقرة الأولى من هذه المادة على حدة فهو مثال للفقرة (إذا لم يقع الصلح على مقدار منه) الواردة في الشرح .

أما لو كفل شخص بأمر المدين ألف قرش وأدى خمسمائة قرش صلحاً، فله أخذ خمسمائة قرش صلحاً وليس جميع الألف قرش . وهذا المثال مثال لفقرة (وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين . . .)

مسألة أولى - لو طلب أحد من آخر ألف قرش وكفل شخص آخر هذا المبلغ بالأمر وبعد أن أداه وتصادق الدائن والمدين على أنه ليس للدائن على المدين دين مطلقاً يرد ذلك الشخص المبلغ الذي أخذه من الكفيل إلى المدين وهو يرده إلى الكفيل «الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع» .

مسألة ثانية- لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بأمره وبعد أن أداه إلى البائع حسب الكفالة وقبض المشتري المبيع ضبط ذلك المبيع من المشتري بالاستحقاق والكفيل غائب ينظر فإذا رجع الكفيل بالثمن على المشتري فالمشتري أيضاً يرجع على البائع وإذا كان لم يرجع بعد فلا يرجع المشتري على البائع ما لم يحضر الكفيل وإذا حضر الكفيل فيكون مخيراً فإن شاء أخذ ما أعطاه من البائع وإن شاء ضمن المشتري لأنه لم يبق للبائع عند المشتري دين وإذا اختار تضمين أحدهما فليس له العدول إلى الآخر (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع) .

مسألة ثالثة - لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بأمره وبعد أن أداه حسب الكفالة إلى البائع تلف المبيع في يد البائع قبل القبض رجع المشتري بالثمن على البائع سواء أرجع الكفيل على المشتري أو لم يرجع .

أما إذا لم يتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بل رده المشتري بعيب قديم فيه بقضاء أو بغير قضاء إلى البائع أو كان الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل للكفيل عليه (الهندية في المحل المزبور) .

مسألة رابعة- إذا أدى الكفيل بالأمر الدين وكان له الرجوع على الأصيل فلو أراد الأصيل الإدعاء على الكفيل والطالب غائب بطلان الكفالة لأن الدين رشوة أو قمار أو جيفة واقامة البيئة فلا تقبل منه ويؤمر الأصيل بتأدية المكفول به إلى الكفيل وبعد تأديته إياه . فإذا حضر المكفول له وأقر بأنه رشوة أو ما أشبه ذلك أي أقر بأنه دين غير صحيح برئ الأصيل والكفيل معاً، (الهندية في الباب الثالث من الكفالة) .

مسألة خامسة- يجوز كما هو مبين في المادة (٧١٩) إعطاء المكفول عنه الكفيل رهناً وإذا تلف

الرهن المذكور في يد الكفيل وكان مساوياً لما سِيرَجَع به على المكفول عنه عد الكفيل مستوفياً حقه، «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

مسألة سادسة- لو كفل أحد ديناً ذا رهن بأمر المدين وبعد أن أداه إذا سقط الدين بتلف الرهن المذكور في يد الدائن رجع الكفيل على الأصل وهذا يسترد ما أعطى من الدائن كذلك لو سقط الثمن بتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بعد أن كفله شخص بأمر المشتري وأداه إلى البائع فللكفيل الرجوع على المشتري وهذا يرجع على البائع بالثمن الذي أعطاه إلى الكفيل «الهندية في مسائل شتى»

مسألة سابعة- لو كفل أحد بدين أحد على آخر وبعد ذلك أخذ الدائن مقابل الدين المذكور أولاً رهناً من الأصل أو الكفيل ثم أخذ آخر من الثاني وتلف هذا الرهن الثاني في يد المرتهن سقط من الدين نصفه إذا كانت قيمته تفي بالدين «الهندية في المحل المزبور».

﴿المادة ٦٥٨﴾ لو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره مثلاً لو اشترى أحد عرصة وبني عليها ثم استحققت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم كذلك لو قال أحد لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره فلاهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي .

لو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة وهو كالبيع الصحيح والفاقد والإجارة والقسمة وما أشبه ذلك من العقود يضمن ضرره .

وتستثنى الشفعة من عقد المعاوضة وبعبارة أخرى لا يوجب التغرير في الشفعة ضمان لأنه لما كان المشتري مجبراً على تسليم المشفوع للشفيع ويأخذه الشفيع جبراً فلا يكون المشتري قد غره مثلاً لو ضبطت عرصة بالإستحقاق بعد أن أخذها أحد بالشفعة من المشتري وأنشأ فيها أبنية فلا يأخذ ذلك الشخص قيمة البناء من المشتري ، (أبو السعود في الشفعة).

مثال من البيع - مثلاً لو اشترى أحد عرصة من آخر ظاناً أنها ملكه وبعد أن بني عليها ظهر للعرصة المذكورة مستحق فضبطها بعد الإثبات والحكم والحلف أخذ المشتري من البائع ولو كان البائع وصي اليتيم ثمن الأرض أي الثمن الذي أعطاه للبائع مع قيمة البناء حين تسليمه إلى البائع (التنقيح في الإستحقاق) وإذا كان البائع وصي اليتيم لزمته قيمة البناء من مال اليتيم .

وفي هذا المثال بيان للرجوع بشيئين :

أولهما - الرجوع بالقيمة والمقصود من ذلك بدل المبيع كما هو موضح في الشرح أي الثمن الذي أعطاه المشتري إلى بائعه والسبب في حق الرجوع هذا هو :

إذا ضبط المبيع بالاستحقاق وذلك أكبر العيوب في المبيع والبيع المطلق كما جاء في المادة (٣٣٦) يقتضي سلامة من العيوب فللمشتري أن يضمن البائع بدل المبيع على الوجه المذكور، (رد المحتار في المراجعة والتولية).

ثانيها - الرجوع بقيمة البناء حين تسليمه وإليك فيما يلي إيضاح ذلك: بعض أحكام مستنبطة من مثال المجلة هذا شرحاً ومتناً وما يتفرع عنه:

الحكم الأول - يلزم أن يسلم البناء قائماً إلى البائع حتى تؤخذ قيمته منه على ما يفهم من عبارة (قيمه من التسليم) الواردة في المجلة. وإذا سلمه المشتري إلى البائع أخذ أنقاضه لنفسه بعد هدمه حتى أنه إذا لم يسلم البناء إلى البائع فليس للمشتري أن يطالب البائع بقيمته. (رد المحتار في المراجعة والتولية).

مثلاً لو اشترى أحد عرصة وبعد أن بنى فيها بناء ضبط آخر العرصة بالاستحقاق فإذا احترق البناء قبل تسليمه للبائع فليس للمشتري أخذ قيمته من البائع.

كذلك إذا أجبَر المشتري على قلع البناء والبائع غائب وقلعه وسلم العرصة للمستحق فإذا حضر البائع فللمشتري الرجوع عليه بثمن المبيع فقط دون قيمة البناء. كذا لو أجبَر المشتري على هدم البناء على الوجه المحرر آنفاً وبعد أن هدم بعضه حضر البائع وسلم هذا القسم القائم للبائع وأخذ قيمته منه. والبائع يهدم ذلك القسم ويأخذ أنقاضه لنفسه لكن للمشتري إذا شاء أن يهدم البناء ويأخذ أنقاضه وفي هذه الحال ليس له الرجوع على البائع بقيمة البناء (الواقعات). ويفهم من هذا أن قاعدة أخذ المشتري قيمة البناء من البائع بإعادته إليه وضعت لنفع المشتري وفائدته. ولا يستفيد البائع من ذلك شيئاً. وعليه إذا لم يرض المشتري بإعادة البناء فليس للبائع أن يقول لا بد أن آخذه على كل حال. وعلى ذلك فلو قال المشتري والبائع غائب فليبق البناء بدون هدم إلى أن يحضر البائع الغائب وأسلمه إياه قائماً لأخذ منه قيمته فلا يلتفت إلى قول المشتري كما ذهب إليه الإمام الأعظم «الواقعات».

وهذه الإيضاحات على رأي الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف رحمهما الله تعالى. أما الإمام محمد رحمه الله تعالى فيرى إذا كان البائع غائباً أن تقدر قيمة البناء قائماً بواسطة أمينه ثم يهدم البناء وتحفظ أنقاضه إلى أن يحضر البائع وعلى ذلك فللمشتري إذا هدم البناء وحفظ أنقاضه وسلمها إلى البائع أن يضمه قيمته مبنياً، أما إذا لم يسلمه الأنقاض فليس له الرجوع عليه بالضرر، (الواقعات). (وذكر في الحانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا سلمه البناء قائماً فهدمه البائع ثم قال والأول أقرب إلى النظر أنه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ثم سلم نقضه إلى البائع رد المحتار في الاستحقاق بتغيير ما).

الخلاصة - إذا ضبطت العرصة بالاستحقاق بعد أن أنشأ فيها المشتري بناء أو غرس فيها أشجاراً فما يحق للمشتري الرجوع به على البائع هو قيمة ما يمكن نقضه من البناء وقلعه من الشجر

وتسليمه إلى البائع وعلى ذلك فلا يرجع بالكلس والطين وصرفيات حفر البئر وتنظيف القنوات وما أشبه ذلك، (الدر المختار، ورد المختار).

الحكم الثاني - قد ذكر في المثال وبعد أن يبني فيها بناء والمقصود من ذلك أن يبينه من ماله وعلى ذلك فلو بني بالأنقاض الموجودة في العرصة بناء فليس له أن يرجع على البائع بقيمة البناء كما أنه ليس له الرجوع بما أعطى من الأجرة اليومية للتجارين وأنفق على ذلك البناء من النفقات (رد المختار).

الحكم الثالث - والغرض من عبارة (إذا ظهر لها مستحق وضبطها) كما أشير إليه في الشرح ظهور مستحق للعرصة ولم يظهر مستحق للبناء. أما إذا ظهر مستحق للبناء أيضاً وضبط البناء أيضاً فليس له الرجوع حينئذ على البائع بثمن البناء أيضاً. مثلاً لو ادعى المستحق أن العرصة له كما ادعى أن البناء بناه المشتري بأمره ومن ماله وأثبت دعواه وضبط العرصة والبناء معاً فللمشتري الرجوع على البائع بثمن المبيع فقط وليس بقيمة البناء.

الحكم الرابع - والغرض من قيمة البناء كما ذكر شرحاً قيمته مبنياً وليس مقلوعاً. قال في رد المختار في باب الإستحقاق أي يقوم مبنياً فيرجع بقيمته لا مقلوعاً والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه كما يعلم مما يأتي. انتهى.

الحكم الخامس - وذكر البناء في المثال ليس باحتراز عن الشجر. فالحكم في الشجر على هذا المنوال المشروح أيضاً. مثلاً لو ظهر مستحق للعرصة بعد أن غرسها المشتري شجراً وضبطها يسلم المشتري الشجر قائماً إلى البائع ويستلم ثمنه هو كذلك.

لكن لو غاب البائع ولم يمكن تسليمه الشجر قائماً بإجبار المستحق المشتري على قلعه فليس له مراجعة البائع إلا بثمن المبيع فقط وليس بقيمة الشجر قائماً. وإذا كان قلع الشجر مضرراً بالأرض فالمستحق مخير إن شاء قلع الشجر وضمن البائع نقصانها وإن شاء دفع قيمة الشجر مقلوعاً وتملكه قائماً. وفي هذه الصورة ليس له طلب نقصان الأرض وإذا حضر البائع رجع عليه بثمن المبيع فقط وليس له الرجوع عليه بقيمة الأشجار أو بنقصان الأرض الذي ضمنه (الواقعات).

الحكم السادس - يستفاد من قول المجلة (إذا ضبطت العرصة أنه لو اشترى أحد رحيً وبعد أن استعملها مدة ظهر مستحق لها وضبطها فليس للمستحق على ما مر إلا أخذ الرحي وليس له أخذ غلة المدة التي انتفع بها، (لأنه ليس من أجزاء المبيع بل من كسبه وفعله واقعات في الإستحقاق)).

الحكم السابع - للمشتري الرجوع على البائع على الوجه المشروح كما هو مذكور في مثال المجلة. ثم فهل للبائع الرجوع على بائعه؟ للبائع على رأي الإمام الأعظم رحمه الله الرجوع على بائعه بثمن العرصة فقط دون قيمة البناء. أما الإمامان فيريان أن له الرجوع بثمن العرصة وقيمة البناء أيضاً (رد المختار فيما ذكر آنفاً).

الحكم الثامن - جاء في المجلة (قيمته حين التسليم) وعلى ذلك لو سكن المشتري البناء المذكور بعد إنشائه مدة وهدمت بعض جهاته فحصل نقصان في قيمته أعطى البائع قيمته حين التسليم. لا قيمته عند الإنشاء. ولو ازدادت قيمته أخيراً لزمّت قيمته عند التسليم أيضاً (رد المحتار في المحل المذكور).

الحكم التاسع - لو اختلف البائع والمشتري فقال البائع كنت بعته العرصة مع بنائها فلذلك ليس له حق الرجوع بقيمة البناء على حدة وقال المشتري أنا بنيت عليه لي حق الرجوع به فالقول للبائع لأنه منكر لحق الرجوع (رد المحتار).

(سئل فيما إذا كان لزيد دار جارية في ملكه فأجرها من عمرو مدة معلومة بأجرة معلومة وأذن له بصرف بعض الأجرة في ترميم الدار المزبورة وقبض منه الباقي وصرف عمرو ما أذن له بصرفه وسكن الدار ومات زيد في أثناء المدة عن ورثة وتركته وله عتيق أثبت بالوجه الشرعي أن زيداً كان وهبه الدار قبل إيجار زيد لها من عمرو وقبل أن اذن له في صرف بعض الأجرة كما ذكر ويريد عمرو الرجوع في التركة المزبورة بالباقي له في مصرفه ومما قبضه منه زيد بعد ثبوت كل ذلك بالوجه الشرعي فهل له ذلك الجواب نعم... أقول يخالف هذا ما مر في أواخر كتاب الوقف عن فتاوى الصدر الشهيد عند الكلام على استدانة الناظر من أن المؤجر إذا ظهر أنه لا ولاية له في الوقف كان المستأجر متطوعاً فيما أنفق به إذاً المؤجر فتأمل) (التنقيح في الكفالة).

مثال ثانٍ للبيع - كذلك لو قال أحد لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره فلاهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي لأن الاذن الواقع قبل البيع يكون موجوداً أيضاً حين عقد البيع. (أنظر المادتين ٥ و ١٠).

ويستفاد من هذا المثال أنه يوجد للضمان في هذا الباب شرطان:

أولهما - إضافة الغار الولد الصغير الى نفسه كقوله (ابني).

ثانيهما - كونه قد أمر أهل السوق بمبايعته (رد المحتار في المراجعة).

المثال الأول من الإجارة - لو أجر أحد دابة من آخر على أنها ملكه وبعد أن تلفت الدابة في يد المستأجر ظهر لها مستحق وأخذ قيمتها من المستأجر الذي هو بمنزلة غاصب الغاصب فللمستأجر الرجوع على ذلك الشخص ببذل الضمان (الحموي في الكفالة والحوالة).

المثال الثاني من الإجارة - لو استأجر أحد حائطاً من آخر على أن يفتح فيها باباً وبعد أن فتح الباب ظهر أنها لأخر ضمن ذلك الشخص أي المستأجر الحائط على الوجه المذكور في المادة (٩١٨) وله الرجوع ببذل الضمان على المؤجر.

مثال ثالث من الإجارة - لو قال صاحب الطاحونة لمن أحضر إليه حنطة ليطحنها ضعها في

الدلو. وهو يعلم أف الدلو فيه خرق ولم يخبر صاحب الحنطة بذلك والرجل وضع الحنطة في الدلو فانثرت في الماء ضمن صاحب الطاحونة بدل الحنطة.

أما لو غر أحد آخر في ضمن عقد الهبة أو الصدقة وما شابه ذلك من عقود التبرع فلا يضمن ضرره لأنه لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع (أبو السعود في الهبة) كما سيوضح فيما هو آت.

حكم مستنبط من هذه المادة:

جاء في هذه المادة عقد المعاوضة ويقابله عقد التبرع. وعقد التبرع قسمان:

القسم الأول - هو ما يعود نفعه الى القابض كالهبة، والصدقة والعارية. فلو غر أحد آخر في هذا القسم من عقد التبرع فلا يضمن الضرر لأنه لا يستحق في عقود التبرع وصف السلامة (أبو السعود في الهبة). ولو تلف المال الموهوب في يد الموهوب له بعد قبضه إياه فظهر بعد ذلك مستحق للموهوب وضمنه للموهوب له فليس له الرجوع على الواهب، (الهداية، والكنز في الهبة) ما لم يكن الواهب قد ضمن له سلامة الموهوب. كما سيأتي موضحاً في شرح المادة (٨٦١).

كذلك لو أعار أحد ماله لآخر وبعد أن تلف في يد المعار إليه استحقه مستحق وضمنه المعار إليه فليس له الرجوع على المعير بالشيء الذي ضمنه، (الأشباه في الكفالة والحوالة). (وإنما لا يرجع المستعير بضمان الإستحقاق لأن الرجوع به يسبب الغرور وهو يغره أحد لأن المغير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل (الزيلعي في العارية).

القسم الثاني - عقد التبرع الذي يعود نفعه إلى الدافع كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة. إذا غر أحد آخر في هذا القسم من عقود التبرع ضمن ضرره أيضاً. وعلى ذلك فقوله عقد معاوضة في المجلة ليس احترازياً بالنظر إلى هذا. مثلاً لو أودع أحد مالا عند آخر على أنه ملكه فظهر له مستحق بعد أن تلف في يد المستودع وضمنه المستحق بدل الوديعة لكون الوديع بمنزلة غاصب الغاصب فللمستودع الرجوع بما ضمنه على المودع أيضاً (لأنه غره بقوله إن الوديعة ملكي) «حموي في المحل المزبور».

مثال من القسمة - قد جاء في رد المحتار أن التغيرير في القسمة موجب للرجوع واعلم أولاً أن القسمة قضاء لا تجري فيما كان مختلف الجنس كعدة قصور وحوانيت ومزارع ولنفرض عرضتين مشتركيتين بين اثنين قسمتا بينهما بالرضاء فأخذ عمرو إحداهما وأخذ الأخرى زيد ومن ثم بنى زيد في حصته بناء فظهر بعد ذلك مستحق لعرضة زيد وضبطها فلزيد أن يسلم نصف البناء إلى شريكه عمرو ويضمنه قيمته قائماً عند تسليمه.

أما إذا كانت الأموال متحدة الجنس كعرضة واحدة أو قصر واحد أو حانوت واحد أو مزرعة واحدة وجرت القسمة فيها فضاء بمقتضى المادة «١١٣٣» فالتغيرير في هذه القسمة لا يوجب الضمان. مثلاً إذا كانت عرضة واحدة مشتركة بين زيد وعمرو وبعد أن بنى زيد في حصته بعد

القسمة بناءً ظهر مستحق حصته وأخذها فليس لزيد أن يضمن عمراً نصف البناء بتسليمه إياه، «رد المحتار في القسمة ونقول البهجة قبيل السلم».

والفرق بين القسمتين عدم جواز الجبر في الأولى وجوازه في الثانية.

وضمان الغار صفة السلامة موجب للرجوع. مثلاً لو قال أحد لآخر «إذهب من الطريق الفلاني فالطريق أمان». وإذا كان مخوفاً وسلب مالك فانا ضامن به» فإذا سلب مال ذلك الشخص بمروره من ذلك الطريق ضمنه الضامن (أنظر المادة ٨٢).

ولا يشترط في ضمان الغرور على هذا الوجه أن يكون المكفول عنه معلوماً أما إذا لم يضمن الغار صفة السلامة فلا رجوع مثلاً لو قال أحد لآخر (إذهب من الطريق الفلاني فالطريق أمان) ولم يعقب ذلك قوله (فانا ضامن مالك إذا أخذ) فإذا سلك الرجل ذلك الطريق وسلب ماله فلا يلزم الضامن ضمان حتى أنه لو دفع إلى المسلوب بدل ماله بزعم أنه يلزمه الضمان فله استرداد ما أعطى، (الدر المختار، ورد المحتار في الكفالة).

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول
وستدرج خلاصة مسائل هذا الباب المهمة فيما يلي

خلاصة الباب الثالث البراءة من الكفالة

يبرأ الكفيل من الكفالة في المسائل الآتية:

- ١ - إذا سلم الأصيل أو الكفيل للمكفول له المكفول به.
- ٢ - إذا أبرأ المكفول له الكفيل أو أقر بأنه لا حق له عنده.
- لكن لا تستلزم براءة الكفيل براءة الأصيل، بخلاف براءة الأصيل فإنها تستلزم براءة الكفيل لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع.
- ٣ - البراءة من الكفالة بالنفس:
- أولاً: تكون بإبراء المكفول له الكفيل.
- ثانياً: بتسليم المكفول به إلى الطالب، ومكان التسليم إذا كان معيناً فيها وإلا ففي المكان الذي تمكن المخاصمة فيه.
- ثالثاً: بوفاة المكفول به أو الكفيل ولا تبطل الكفالة بوفاة المكفول له أو بتسليم أحد الورثة أو الأوصياء المكفول به فلا يسقط حق مطالبة الآخرين.
- ٤ - البراءة من الكفالة بالمال:
- أولاً: تكون بوفاة الدائن منحصراً إرثه في المدين.
- ثانياً: بوفاة الدائن منحصراً إرثه في الكفيل.
- ثالثاً: بإحالة الكفيل المكفول له على آخر وقبول كل من المكفول له والمحال عليه تلك الإحالة.

رابعاً: يبرأ الكفيل من الكفالة الحالية فيما لو كفّل بضمن المبيع وفسخ البيع أو ضبط بالإستحقاق أو استرد البائع بخيار العيب. لأنه تبين أن العقد الواقع غير ملزم بالضمن.

خامساً: يخلص الشخص من الكفالة فيما لو كفّل بدل عقد الإجارة في مدة معينة وانتهت تلك المدة.

يستثنى من ذلك حالتان (١) إذا أدى الكفيل الدين، (ب) أو أحال المكفول له على آخر فالأصيل يبرأ من الدين في هاتين الحالتين ببراءة الكفيل.

(٢) يستثنى ما لو حلف الأصيل أنه ليس عليه دين فيطالب الكفيل دونه.

(٣) وقيد الإحالة هنا ليس احترازياً. لأنه أولاً لو تبرع أحد بالمكفول به وطالب إحالته عليه يبرأ كل من الأصيل والكفيل. ثانياً لو أحال الأصيل المكفول له على آخر يبرأ كل من الأصيل والكفيل معاً.

الفصل الأول

في بيان بعض الضوابط العمومية

يبحث في هذا الفصل في البرأت التي تقع في كل أنواع الكفالات كما في البراءة من الكفالة بالنفس والكفالة بالمال وفي الفصول الآتية يبحث عن البراءة من كل كفالة على حدة. ولذلك فقد جاء في عنوان هذا الفصل (الضوابط العمومية).

﴿المادة ٦٥٩﴾ لو سلم المكفول به من طرف الأصيل أو الكفيل إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة.

سواء أكان المسلم النفس أم المال وسواء أكان المسلم الأصيل أم الكفيل أم كفيل الكفيل. (التنوير، والدر المختار) لأن الحق الواحد كما هو مذكور في المادة «١٦٥١» لا يستوفى من اثنين كل على حدة بتمامه.

وبما أن هذه المادة مجملة للغاية ومحتاجة إلى بعض تفصيلات فلنبادر إلى الإيضاحات الآتية:

إن المكفول به على ثلاثة أقسام نفس ومال وتسليم ويقسم كل بحسب إفائه وتسليمه من الأصيل أو الكفيل إلى قسمين وإذا ضربت هذه التقسيمات بعضها ببعض يظهر ستة أحكام:

الحكم الأول، إذا سلم الأصيل المكفول به النفس أي إذا سلم الأصيل نفسه للمكفول له برئ الكفيل من الكفالة النفسية.

وذلك فيما لو بين حين تسليمه نفسه أنه يسلمها بكفالاته إياه أو بمقتضى كفالاته وإذا تعدد الكفيل بالنفس فعليه أن يذكر أنه سلم نفسه لكفالاتهم. لأن المراد بالكفالة التسليم على هذا الوجه. ومتى وقع التسليم المذكور انتهت الكفالة. وإلا فلا يبرأ كما يستخرج لزوم هذا القيد من فقرة (أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة) من المادة (٦٥١). حتى أنه لو قابل المكفول به المكفول له بنفسه وبقي الإثنين معاً من الصباح إلى المساء ولم يبين المكفول به أنه حضر إليه لتسليم نفسه من جهة الكفالة أو بحكم الكفالة فلا يبرأ الكفيل من الكفالة وبراءة الكفيل من الكفالة النفسية على هذه الصورة إنما تكون إذا وقعت بأمر المكفول به أما إذا وقعت الكفالة بالنفس بدون أمر المكفول به فلا يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم المكفول به نفسه إلى المكفول له لأنه لا يلزمه تسليم نفسه إلى المكفول له وليس بمطالب بذلك (النهر، ورد المختار).

ولا يجبر الكفيل في الكفالة النفسية التي بلا أمر كهذه على تسليم المكفول به للمكفول له كما قد أشير إلى ذلك في شرح المادة (٦٤٢) وإذا صادف التسليم محلاً محاذياً فلا يلزم تسليمه وعليه فلا يأنم بعدم التمكين منه وله أن يهرب بخلاف ما إذا كان بأمره وكذا قولهم له منعه من السفر إذا كانت بأمره (أفادة في البحر، رد المحتار).

الحكم الثاني - إذا سلم الكفيل بالنفس المكفول به إلى المكفول له برئ من الكفالة النفسية. وقد جاء هذا الحكم مجملاً لأننا لم نر حاجة إلى ذكره هنا بالتفصيل مع انه سيأتي موضعاً في المادتين (٦٦٣ و ٦٦٥).

الحكم الثالث - إذا أوفى الأصيل المكفول له المال المكفول به يبرأ كما يبرأ الكفيل ولا يأخذ المال المكفول به مرة أخرى من الكفيل. كما سيأتي في شرح المادة (٦٣٤)، (الدر المختار، ورد المحتار).

إيفاء الأصيل يكون بثلاث صور بإعطائه الدين نقداً وبيعه منه مالاً في مقابل الدين وتحويل المكفول له آخر على الأصيل حوالة مقيدة.

مثال للبيع، إذا باع الأصيل من المكفول له مالاً في مقابل دينه يبرأ الكفيل من الكفالة المالية كما يبرأ الأصيل من الدين. كما إذا باع الأصيل مالاً من جنس الدين من المكفول له ووقع التقاوص يبرأ الكفيل من الكفالة كما يبرأ الأصيل من الدين. (علي أفندي).

لكن إذا باع الأصيل مالاً من المكفول له في مقابل دينه وضبط ذلك المال من يد المكفول له بالإستحقاق أوردته المكفول له إلى الأصيل بخيار العيب بحكم الحاكم رجعت كفالة الكفيل المالية ويطالب الكفيل بالدين أما لو رد المبيع بإقالة البيع أو بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا تعود كفالة الكفيل، (الأقروى في الفصل السادس، والهندية قبيل الباب الثالث، والفيضية فيما تقع به البراءة مالاً أنظر شرح المادة ١٩٦).

والحكم في البيع بالوفاء على هذا المنوال أيضاً. وبعبارة أخرى إذا فسخ البيع بالوفاء فلا تعود الكفالة وقد جاء في الفيضية (لو كفل بكر ما لزيد على عمرو من الدين وبعد أن باع عمرو حانوتاً له من زيد في مقابل الدين المذكور بيعاً وفائياً وسلمه له وفسخ زيد وعمرو العقد واسترجع عمرو الحانوت فليس لزيد أن يأخذ شيئاً من بكر).

مثال للحوالة إذا حول المكفول له دائته على الأصيل حوالة مقيدة يخلص الأصيل من مطالبة المكفول له كما يبرأ الكفيل من الكفالة بالكلية كما هو مبين في المادة (٦٩٠) وليس للمحال له مؤاخذه الكفيل، (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

لكن لا يبرأ الكفيل في المسألة الآتية براءة الأصيل، وإذا كفل أحد آخر قائلاً إني كفيل بألف قرش دين على فلان لفلان وأقام الأصيل بينة على أنه قد أوفى ذلك الدين قبل الكفالة يبرأ

الأصيل دون الكفيل وإذا اثبت أنه أوفاه له بعد الكفالة برئ الإثنان كلاهما. لأنه أقر بهذه الكفالة أن الألف على الأصيل وبالإثبات تبين أن لا دين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره بالبيئة على الأداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين. (رد المحتار).

وإذا أدى الأصيل المكفول به المال بمقتضى الحكم الثالث هذا يبرأ الكفيل منه كما يبرأ الأصيل. لكن إذا كان لدين أحد كفيلا من كفيلا بنصفه وأدى الأصيل نصف دينه يحسب عن كفالة الكفيل الذي أدى الأصيل النصف من جهة كفالته «لأنه جعل فعله لأحد ما يحتمله فيقع عنه ويصدق فيه».

أما إذا لم يعين المكفول له أحدهما فيحسب ما أداه من جهة كفالة الإثنين معاً. إلا أنه يندفع الترجيح بلا مرجح، وسواء في ذلك أكانت كفالتها في عقد واحد أم لا وسواء كان سبب الدين واحداً أو متعدداً.

وكذا لو كان الكفيل واحداً وكفل نصف الدين فقط وأدى الأصيل مقداراً من الدين وبين أن ما أداه من جهة كفالة الكفيل يقبل كلامه ويحسب من هذه الجهة، (الهندية في الباب الرابع من الكفالة، والأنقروبي في مسائل شتى من الكفالة).

أما إذا كان شخص مديناً بدين ألف قرش نصفه معجل والنصف الآخر مؤجل وكفل كلاً منها شخص على حدة ودفع الأصيل خمسمائة قرش حالاً إلى المكفول له من الدين يحسب من جهة الدين المعجل وإن لم يفه بشيء يدل على ذلك عند التأدية. أما إذا قال الأصيل إنه أداهها عن جهة الكفالة المؤجلة فيقبل كلامه (الهندية في الباب الرابع من الكفالة).

الحكم الرابع، إذا أوفى الكفيل إلى المكفول له المال أي المكفول به بنقد أو ببيعه منه مالاً أو بحالة مقيدة برئ الكفيل من الكفالة.

حتى أنه إذا ادعى أحد أن له في ذمة آخر كذا غرضاً ديناً فقال المدين إنك قد استوفيت الدين المذكور من فلان لأنه كفيل بهذا الدين وأثبت مدعاه هذا فيكون قد دفع دعوى ذلك الشخص (المجموعة الجديدة).

مثال للأداء بيعاً: إذا اشترى المكفول له في مقابل دينه من الكفيل مالاً صح ذلك وبرئ الكفيل من الكفالة المالية، (رد المحتار).

الحكم الخامس، إذا أوفى الأصيل المكفول به الذي هو عبارة عن التسليم برئ الكفيل كما برئ الأصيل.

مثلاً لو كفل أحد لآخر بتسليم الوديعة المودعة عند آخر وبعد ذلك لو سلمها المستودع بنفسه يبرأ ذلك الشخص من الكفالة.

الحكم السادس، إذا أوفى الكفيل التسليم المكفول به فبرئ الأصيل كما برئ الكفيل. أنظر المادة (٦٤١) وشرحها.

كذلك لو وهب الطالب الكفيل أو المكفول عنه الدين أو توفي الطالب وانحصر إرثه في الكفيل أو المكفول عنه لأن الميراث كالمال في الإبراء. وذلك كما سيأتي في المادة (٦٦٧) وشرحها في المسألة الأولى من شرح المادة المذكورة (البزازية).

﴿المادة ٦٦٠﴾ لو قال المكفول له أبرأت الكفيل أو ليس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل.

وليس للمكفول له بعد ذلك مطالبته وندامة المكفول له بعدئذ لا تجديه نفعاً، وسواء أكانت الكفالة نفسية أو مالية أو تسليمية أنظر المادة (١٥٦١) (الهندية، وعلى أفندي).

والإبراء المراد هنا هو إبراء الإسقاط وليس إبراء الإستيفاء لأن إبراء الإستيفاء عبارة عن بيان استيفاء المكفول له من الكفيل. وهذا داخل في المادة (٦٥٩).

يعني إذا أدى الكفيل المكفول به إلى الدائن بريء الكفيل براءة استيفاء وعلى ذلك فيقسم الإبراء إلى قسمين كما هو مذكور في المادة (١٥٣٦).

ولا يرد الإبراء وإن رده الكفيل أنظر المادة (١٥٦٨). لأن الإبراء في حق الكفيل إسقاط محض لا تمليك. لأن ما يثبت في ذمة الكفيل إنما هي المطالبة ولا يمكن رد الإسقاط المحض على هذا الوجه (رد المحتار).

وينقسم الإبراء إلى ثلاثة أقسام كما هو موضح في شرح المادة (١٥٦٨) من المجلة.

القسم الأول - لا يتوقف على القبول كما لا يرد بالرد. والإبراء في هذه المادة من هذا القبيل.

القسم الثاني - لا يتوقف على القبول ولكنه يرد بالرد كالإبراء من الدين لأن الدين ليس بمال بالنظر إليه في الزمن الحالي وإنما هو وصف شرعي ويتم إبراءه بهذا الاعتبار بإبراء المبريء أي المسقط ولا حاجة فيه إلى القبول. وذلك هو السبب في عدم توقف الإبراء على القبول. والدين باعتبار عاقبة القبض مال وهو يتضمن بهذا الاعتبار تمليكه للمدين.

وكما ترد عقود التمليك كالبيع والهبة برد الإيجاب فيها فبرد الإبراء بالرد أيضاً وقد نشأ عن هذا الترداد الإبراء برده.

القسم الثالث - يتوقف على القبول وهذا القسم إبراء بوجب إنفساخ العقد أيضاً كالإبراء من البذل الصرف ورأس مال السلم. والعقد حق للطرفين وعليه لا ينفسخ العقد بفسخ أحد الطرفين إياه أي بالإبراء منه - ولذلك يتوقف هذا القسم من الإبراء على القبول ومن ثم كان الإبراء لا يتم بالإيجاب وحده بل يظل موقوفاً على اقتران الإيجاب بالقبول وإذا رد الإيجاب من الطرف الثاني ارتد.

وإذا أبرئ الكفيل أبرئ على هذا الوجه أي إبراء إسقاط وكان المكفول به ديناً فليس له الرجوع على الأصل ولو كانت الكفالة بالأمر. لأن الأصل لا يستفيد شيئاً بهذا الإبراء ولا يبرأ من الدين كما سيأتي بيانه في المادة الآتية، (رد المحتار). أما إذا أبرئ إبراء استيفاء وكانت الكفالة بالأمر فللكفيل الرجوع على الأصل.

لكن إذا وهب المكفول له الدين المكفول به أو تصدق عليه به توقف ذلك على قبول الكفيل. وإذا قبل الكفيل برئ من الكفالة أيضاً.

فإذا كانت الكفالة بالأمر رجع على الأصل وإلا فلا.

وقد تبين هنا اختلاف حكم الهبة والصدقة للكفيل. أما حكم الهبة والصدقة للأصل لا يختلف بالإبراء كما سيأتي في شرح المادة (٦٦٢) (النزعة على الأشباه).

ونستثنى من حكم هذه المادة مسألتان:

الأولى - لو كفّل أحد نفس آخر وبعد ذلك قال المكفول له ليس لي حق على المكفول به استحققه فلا يبرأ الكفيل بذلك من الكفالة النفسية ما لم يقل المكفول له «ليس لي حق استحققه على المكفول به مباشرة أو ولاية أو وكالة أو وصاية مطلقاً» فيبرأ الكفيل حينئذٍ من الكفالة «البرازية في أول الكفالة».

المسألة الثانية - لو كفّل أحد نقوداً موقوفة وبعد أن أخرج المتولي الكفيل من الكفالة ينظر فإذا كان المتولي هو الذي أخذ الكفيل لنفسه فإبرؤه الكفيل أو إخراجه إياه صحيح في حق الطرفين ويكون المتولي ضامناً مال الوقف أما إذا كان الذي أخذ الكفيل متولياً غيره بعد أن خرج الأول من التولية أو توفي ونصب هذا بعده مؤخراً فإخراجه الكفيل من الكفالة ليس بصحيح (علي أفندي قبيل نوع آخر في الكفالة المؤقتة).

لاحقة - في تعليق البراءة من الكفالة بشرط:

يختلف العلماء في تعليق البراءة من الكفالة بالمال بشرط هل هو صحيح أم لا. فقال بعض الفقهاء بصحته على الإطلاق وقال آخرون بعدم صحته مطلقاً وقال فريق بصحته إذا كان الشرط ملائماً وعدم صحته إذا كان غير ملائم أنظر شرح المادة (٨٢).

فإذا قيل (إذا جاء الغد) أو (إذا دخل فلان داره) فالتعليق باطل على القول الثالث أما إذا قيل (إذا أعطيتني ثمانمائة قرش سلفاً من الألف قرش التي عليك ديناً أو إذا أعطيتني من الألف قرش المكفول بها مؤجلة ثمانمائة سلفاً أبرؤك بالباقي) صح هذا التعليق، (الدرا المختار والملتقى وشرحهما) أما تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه، ففي وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم وفي وجه يصحان كما إذا كان كفيلًا بالمال أيضاً وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرؤه من الكفالة بالنفس وفي وجه يبطلان كما إذا

شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع إليه المال ويرجع على المطلوب (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦١﴾ لا تلزم براءة الأصل براءة الكفيل.

أي إذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة أو من الحق الذي في ذمته إبراء إسقاط فلا يبرأ الأصل بذلك سواء أكان أصيلاً من كل وجه أو من وجه. وإنما يبرأ الكفيل فقط ويطلب الأصل بدينه. لأن الأصل لا يسقط بسقوط الفرع إذ الأصل لا يتبع الفرع. وتتفرع الفقرة الثانية من المادة (٦٦٨) عن هذه المادة.

مثال للأصل من كل وجه - لو كفّل شخص لآخر الدين الذي له على أحد الناس وبعدئذ أبرأ المكفول له الكفيل من المبلغ المكفول به برئ الكفيل فقط واستوفى المكفول له المبلغ من المكفول عنه إلى الأصل (البهجة ورد المحتار).

مستثنى: بما أن الكفيل يبرأ من الكفالة بتأدية الدين المكفول به إلى المكفول له أو بإحالة المكفول له آخر على الكفيل بالدين المذكور وتلزم هنا براءة الأصل ببراءته كما هو مبين في المادتين (٥٤٤ و ٦٥٩) وشرحهما ومادة (٦٦٩) فبراءة الكفيل على هذين الوجهين مستثناة من هذه المادة (رد المحتار) وبعبارة أخرى أنه تلزم براءة الأصل براءة الكفيل بهذين الطريقتين.

مثال للأصل من وجه - لو كفّل عدة أشخاص كل على حدة ديناً وبعد أن كفّل بعضهم بما في ذمة البعض الآخر أبرأ الطالب واحداً من الكفلاء بقي حقه في الرجوع بجميع الدين على باقي الكفلاء ولا يبرأ الكفلاء الآخرون بهذا الإبراء لأن الكفيل الذي أبرئ بما أنه في حكم الأصل الذي لم يبرأ فحكم هذه المادة يجري أيضاً في هذه المسألة (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦٢﴾ براءة الأصل توجب براءة الكفيل.

أي أنه إذا برئ الأصل من المكفول به بتأديته الدين في الكفالة بالمال أو أبرأ المكفول له إياه من الدين المكفول به أو ببيان المكفول له أنه ليس له حق على الأصل مطلقاً أو بهبته إياه من الأصل وفي الكفالة بالنفس بتسليم المكفول به نفسه من جهة الكفالة إلى المكفول له يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة. وكذلك إذا تعدد الكفلاء سواء أوقعت كفالتهم بعقد واحد أم بعدة عقود لأن سقوط الأصل يستلزم سقوط فرعه «أنظر المادة ٥٠» (الهداية وفتاوى ابن نجيم). والمادتان «٦٦٦ و ٦٦٧» والفقرة الأولى من المادة «٦٦٨» متفرعة عن هذه المادة.

حتى أنه لو كفّل أحد لآخر ديناً له على أحد الناس فقال الأصل للمكفول له (قد كفّل فلان ما عليّ لك من الدين فأبرئني منه وخلصني على أن تستوفيه منه)، وأبرأ ذلك الشخص الأصل من الدين برئ الكفيل أيضاً. لأن براءة الأصل تلزم براءة الكفيل. وهذه حيلة يلزم على كل أحد أن يكون عالماً بها للمحافظة على حقوقه (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

لكن براءة الكفيل بإبراء الطالب الأصيل من الدين أو هبته له هي في الكفالة المالية (أشباه) وليس في الكفالة النفسية. لأنه للطالب بعد أن يقر بأن ليس له عند المكفول به حق، فله أن يطلب إحضاره لحق له من جهة الولاية. (رد المحتار ومثله في الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث من الكفالة).

ما لم يقل المكفول له مبرئاً إياه (ليس لي على الأصيل حق استحققه لا لنفسه ولا من جهة موكله ولا من جهة الوقف الذي أنا متول عليه واليتيم الذي أنا وصيه) وبالإبراء على هذه الصورة يبرأ الكفيل من الكفالة النفسية كما يبرأ الأصيل. (أنظر المادة ١٦٠).

ولتوضيح هذه المادة بمثالين:

أولاً - لو كفّل أحد لآخر ألف قرش ديناً له على شخص وبعد ذلك أدى المدين المبلغ المذكور للدائن فكما يبرأ المدين من الدين يبرأ الكفيل أيضاً كما سيأتي بيانه في المادتين (٦٥٩) و (٦٦٣).

ثانياً - وإذا أبرأ الدائن المدين من دينه برئ الكفيل منه كما برئ المدين الأصيل.

وتستثنى من حكم هذه المادة المسائل الآتية:

المسألة الأولى - إذا حلف الأصل على أنه ليس عليه دين أو كان عليه دين وأقام البينة على أنه أوفاه قبل الكفالة فبراءة الأصيل من الدين لا توجب براءة الكفيل منه (أنظر شرح المادة ٦٥٩) مثلاً لو قال أحد بلا أمر (أنا كفيل لفلان بألف قرش له على فلان) وبعدئذ إذا ادعى ذلك الشخص الدائن بذلك على المدين فبين المدين أنه ليس لذلك الشخص عليه دين مطلقاً وحلف ذلك الشخص اليمين لدى عجز المدعي عن الإثبات برئ ذلك الشخص من الألف قرش. لكن الكفيل يؤاخذ بإقراره السابق ويطالب بموجبه. لأن الحلف يفيد براءة الخالف حسب (رد المحتار).

جاء قوله (بلا أمر). لأنه لو قال أحد لآخر أكفل ألف قرش علي لفلان، يكون قد أقر بالدين ولا يعتبر ولا يسمع قوله بعد ليس علي دين أو انني اديت ذلك الدين قبل الكفالة (رد المحتار).

المسألة الثانية - إذا ادعى المدين في المثال السابق أنه كان مديناً للمكفول له بألف قرش ولكنه أوفاه إياه قبل كفالة ذلك الشخص وأثبت مدعاه برئ الأصيل دون الكفيل لأنه أقر بهذه الكفالة إن الألف على الأصيل (رد المحتار).

وجاء (قبل الكفالة) لأنه إذا أقام البينة على أنه أوفاه بعد الكفالة برئ الأصيل والكفيل معاً، (رد المحتار) (أنظر المادة ٨٧).

المسألة الثالثة - إن لزوم براءة الكفيل ببراءة الأصيل فيما إذا لم يكفل الكفيل (بشرط براءة الأصيل) أما إذا كفّل بذلك الشرط فلا يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل لأن هذه الكفالة حوالة. (أنظر

المادة (٦٤٨) (رد المحتار).

قد ذكر في هذه المادة أن الكفيل يبرأ من الكفالة بإبراء الأصيل من الدين أو هبته له كما يبرأ الأصيل لكن هذا الحكم إنما يجري فيما إذا لم يرد الأصيل ذلك الإبراء أو الهبة. و وفاة الأصيل قبل الرد في حكم القبول. أما إذا رد الأصيل الهبة فترد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ الأصيل من الدين. كما أنه لو رد الأصيل الإبراء يرد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ من الدين. لكن قد اختلف الفقهاء في أن الكفيل هل يبرأ من الكفالة بذلك أو لا يبرأ فبعضهم قال ببراءة الكفيل ولا تأثير لرد الأصيل الإبراء على الكفيل. وبعضهم ذهب إلى عدم براءته كالأصيل (الأنقروبي في الفصل السادس ومجمع الأنهر ورد المحتار).

وقد اكتفى في موضع المجتهد في المسائل فخر الملة والدين قاضياً بذكر القول الأول فقط.

وليعلم أن الطالب إذا أبرأ الأصيل بعد وفاته من الدين أو وهبه له فعلى الإمام الثاني (أبي يوسف) يعود حتى القبول والرد للإبراء والهبة إلى ورثة الأصيل وعلى رأي الإمام الثالث «الإمام محمد» إن الإبراء والهبة ينفذان وليس للورثة حق القبول أو الرد فيها (رد المحتار).

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

محمل هذا الفصل - تحصل البراءة من الكفالة بالنفس بثلاثة أشياء :

أولها - إبراء المكفول له الكفيل - المادة (٤٦٠).

ثانيها - تسليم المكفول به للطالب - المادة الآتية والمادة (٦٥٩).

ثالثها - وفاة المكفول به أو وفاة الكفيل - المادة (٦٦٦)، الهندية في الباب الثاني.

﴿المادة ٦٦٣﴾ لو سلم الكفيل المكفول به في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر أو القصبة إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء أقبل المكفول له أو لم يقبل ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة أخرى ولو كفل على أن يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ.

(١) لو سلم الكفيل أو كفيل الكفيل، (٢) أو وكيل الكفيل، (٣) أو رسول الكفيل المكفول به دفعة واحدة في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر أو القصبة إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء أكان المحل هو الذي وقع فيه عقد الكفالة أم لا وسواء أقال عند تسليمه المكفول به (إنني بريء من الكفالة لأنني قد سلمت المكفول به) أم لا.

أولاً - يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة ما لم يوجد في الكفالة ألفاظ توجب إعادة لفظ التسليم كما مر إيضاحه في المثال الثالث من المادة (٦٣٦).

تسليم المكفول به - يكون بإحضاره إلى المكفول له بحيث لا يوجد مانع من قبضه إياه مع قوله له (إن شئت فاقبضه أو إن أردت فخذ).

ويستفاد من ذكر هذه الفقرة مقابلاً للفقرة الآتية بأن الكفالة المقصودة في هذه الفقرة هي الكفالة الواقعة على وجه الإطلاق أي التي لم يشرط فيها التسليم في محل معين.

وقد اختلف في الكفالة التي على هذه الصورة فقال الإمام الأعظم رحمه الله تعالى إن التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ليس بشرط ويجوز التسليم في مدينة أخرى تمكن المخاصمة فيها أما الإمامان رحمهما الله تعالى فقد اشترطا التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ويفهم من إطلاق المجلة قبولها قول الإمام الأعظم «رد المحتار».

وقد جاء في المجلة «في محل تمكن فيه المخاصمة» لأن الكفيل لا يبرأ من الكفالة فيما لو سلم المكفول به في محل لا تمكن المخاصمة فيه كالقرية والمقازة والقفر وما شابه ذلك من المحال التي لا يوجد فيها حاكم.

وإذا وقع التسليم على ما جاء في هذه المادة برئ الكفيل من الكفالة ولو لم يقبل المكفول له بذلك.

لأن المكفول له إذا لم يقبل يعد قابضاً حكماً وذلك كما إذا رد الغاصب عين المغصوب إلى المغصوب منه والمدين الدين إلى دائئه ولم يقبلاً فيعدان قابضين حكماً. لكن إذا شرط التسليم في بلدة معينة لزم بموجب المادة «٨٢» في تلك البلدة ولا يبرأ الكفيل بتسليمه في بلدة غيرها فيها حاكم مثلها فلو شرط التسليم في القدس مثلاً فلا يبرأ الكفيل بالتسليم في غزة «الهداية ومجمع الأنهر».

أما لو وقعت الكفالة في مصر ولم يشترط التسليم فيه أو في غيره لزم التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة كما ذهب إليه الإمامان آنفاً ولا يعتبر التسليم في مصر آخر «رد المحتار، الهندية» أما عند الإمام الأعظم فيعتبر التسليم في غيره أيضاً كما قلنا وقد قبلت المجلة كما ذكرنا قول الإمام الأعظم بإتيانها على الفقرة المذكورة آنفاً مطلقة. وقولها أوجه كما في الفتح وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وبيانه في الزيلعي ورد المحتار.

ولو كفّل على أن يسلمه في مجلس الحاكم في البلدة الفلانية لزم تسليمه في المجلس المذكور ولا يبرأ من الكفالة بتسليمه في إحدى أزقة تلك المدينة أو في سوقها لأن هذا الشرط مفيد بسبب أغلبية الفسق في الناس إذ قلما من يجد منهم من نفسه زاجراً يزجره عن إتيان ما يجرو به المدين من الإمتناع عن حضور مجلس الحاكم «رد المحتار».

لكن إذا شرط التسليم في مجلس الحاكم وسلمه إلى الحاكم المومي إليه وهو محبوس في حبس ضابط تلك البلدة وأمرها برئ الكفيل من الكفالة سواء أكان حبس المكفول به بسبب المكفول له أم لا. كذلك يبرأ لو سلمه في حضور الضابط. أو لو اشترط التسليم في حضور الوالي، سلم في حضور الحاكم أو لو شرط تسليمه في حضور الحاكم وسلمه في حضور الوالي برئ.

أما لو سلمه وهو في حبس حاكم بلدة أخرى فلا يصح (الدر المختار).

كذلك لو شرط تسليمه في حضور الحاكم الفلاني وفصل ذلك الحاكم بعدئذٍ عن وظيفته وسلمه في حضور خلفه برئ «الهندية».

كذلك لو شرط التسليم في حضور الوالي الفلاني وسلمه بسبب انفصاله عن الولاية إلى خلفه برئ الكفيل من الكفالة. «البزازية في الثالث».

وفي المسلم أي الذي يسلم المكفول عنه إلى المكفول له خمسة احتمالات:

«١» الكفيل، «٢» وكيل الكفيل، «٣» رسول الكفيل، «٤» رسول الكفيل المرسل إلى جهة أخرى، «٥» الأجنبي وفيما يلي توضيح هذه الإحتمالات:

تسليم الوكيل: إن لفظ الكفيل في هذه المادة لم يقصد به الإحتراز لأنه لو سلم وكيل الكفيل المكفول به مع بيان كونه بحكم كفالة موكله أو جهتها برئ الكفيل من الكفالة أما إذا سلمه ولم يبين تسليمه على هذا الوجه فلا يبرأ «التنوير وشروحه».

وعلى ذلك فلو تعدد الكفلاء لزم الوكيل أن يبين عن أي واحد من الكفلاء أراد وإن لم يفعل فلا يبرأ الكفيل من الكفالة «الهندية في الثالث».

تسليم الرسول: يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم الرسول «الذي أرسل إلى المكفول له» بالمكفول به بحكم الكفالة أو من جهة الكفيل (بأن يدفع الكفيل المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل ان الكفيل أرسل معي هذا لأسلمه إليك (رد المحتار). أما إذا لم يبين الرسول في هذه المسألة ان تسليمه بحكم الكفالة فيجري الحكم في ذلك على ما جاء في فقرة لو سلم الكفيل... الخ) أيضاً.

تسليم الرسول المرسل لغير المكفول به وتسليم الأجنبي:

لا يبرأ الكفيل من الكفالة لو سلم رسول المرسل من طرفه لغير تسليم المكفول به أو أجنبي ولو قالوا بحكم الكفالة ما لم يقبل المكفول له. والسكوت هنا لا يعد قبولاً (رد المحتار، ومجمع الأنهر) (أنظر المادة ٦٧).

مسألة أولى - لو وكل أحد آخر لأخذ كفيل بنفسه مدينه وأخذ الوكيل الكفيل على هذا الوجه ينظر فإذا أضاف الكفالة لنفسه فللوكيل الحق في مطالبة الكفيل بالمكفول به حتى أن الكفيل في هذه الحال لو سلم المكفول به للوكيل يبرأ. وإذا أضافها إلى موكله فحق المطالبة للموكل. ولو سلم الكفيل في هذه الصورة المكفول به إلى الوكيل لا يبرأ. لكن في الصورتين لو سلمه إلى الموكل برئ (الهندية في المحل المذكور).

مسألة ثانية - إذا تعدد الكفلاء بنفس أحد ينظر فإن كان كل منهم قد كفل بمفرده فلا يبرأ جميعهم بتسليم أحدهم المكفول به أما إذا كانوا كفلاء معاً فيبرأون «الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث».

مسألة ثالثة - إذا أوفى الكفيل بالنفس الطالب دين المكفول به على أن يبرئه من الكفالة

صحت البراءة وجازت وبرئ الكفيل من الكفالة بالنفس (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

أما لو أدى الشخص المكفول به إلى المكفول له طلبته فلا يبرأ الكفيل بالنفس من الكفالة وذلك إذا كان للمكفول له شيء آخر يدعيه على المكفول به (الهندية في المحل المذكور) كما مر في شرح المادة (٦٦٢).

لكن لو صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال بشرط أن يبرأ من الكفالة النفسية صح الصلح وبرئ الكفيل من الكفالة وإن لم يلزم المال أيضاً، (الهندية في المحل المزبور).

لاحقة - في أخذ الحاكم في أثناء الدعوى كفيلاً بالنفس على المدعى عليه إذا أخذ الحاكم كفيلاً بنفس على المدعى عليه سواء اكان ذلك بطلب المدعي أو بدون طلبه وسلم الكفيل المدعى عليه للحاكم أو لرسوله برئ من الكفالة أما لو سلمه للمدعي فلا يبرأ ما لم يكن قد أضاف الحاكم الكفالة إلى المدعي فيبرأ الكفيل حينئذ بتسليمه للمدعي ولا يبرأ إذا سلمه إلى الحاكم. أنظر المسألة الأولى.

﴿المادة ٦٦٤﴾ يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب وأما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة.

أي سواء أقال سلمته بحكم الكفالة أم لم يقل. لأن موجب الكفالة ومقتضاها قد حصلنا ويبرأ بالتسليم مرة واحدة ولا يطالب بالتسليم مرة أخرى إلا إذا وجد في الكفالة عبارة تقتضي تكرار التسليم. أنظر شرح المادة (٦٣٦).

أما لو سلم المكفول به بدون طلب الطالب ولم يقل سلمته بحكم الكفالة أو سلمته من جهتها فلا يبرأ الكفيل من الكفالة (الدر المختار) لأنه يحتمل وقوع التسليم لجهة أخرى.

﴿المادة ٦٦٥﴾ لو كفل على أن يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وإن لم يقبل المكفول له.

أي أنه لو سلمه قبل اليوم المعين على ما جاء في المادة (٦٦٣) برئ ولا يطالب مرة أخرى لأن الأجل حق للكفيل فله أن يسقط الأجل بالتسليم قبل حلوله كذلك يجبر الدائن على قبض الدين إذا أداه إليه المدين قبل حلول الأجل (رد المحتار).

والحكم في الكفالة التي تقع بقوله «أي كفيل بنفس فلان لمدة شهر» أي أنه لو سلم الكفيل المكفول به قبل انتهاء الشهر إلى المكفول له برئ الكفيل من الكفالة وإن لم يقبل المكفول له بالإستلام.

كذلك يكون الحكم على هذا المنوال فيما لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه عند طلب

الطالب وسلمه قبل ذلك لأن حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت في الحال (الأنقروي في الفصل الخامس)

﴿المادة ٦٦٦﴾ لو مات المكفول به فكما يبرأ الكفيل يبرأ كفيل الكفيل كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله أيضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه.

لأنه إذا توفي المكفول به امتنع على الكفيل إحضاره وكان عجزه عن ذلك عجزاً مستمراً أما الكفالة فلا تبطل لعدم اقتدار الكفيل على إحضار المكفول به لعدم معرفته محله. بل يجب إيقاف المطالبة إلى أن يقف على مكانه.

وأما حق المكفول له فلا يسقط بوفاة المكفول به وحقه أن يستوفي مطلوبه من تركة المتوفي.

كذلك إذا توفي الكفيل بالنفس فكما يبرأ هو من الكفالة بسقوط الإقتدار على تسليم المكفول به كذلك يبرأ وارثه مع كفيله إن كان له كفيل (الدر المختار، ورد المختار) ولا يلزم شيء من تركة الكفيل المذكور لأنه لما كان المكفول به نفساً فلا يجوز إعطاؤه مالاً بدلاً من النفس (الدر) لكن لا تبطل الكفالة بالمال بوفاة الكفيل وتراجع تركته كما هو مصرح في المادة (٦٧٩) (رد المختار)

أما لو توفي المكفول له فلا يبرأ الكفيل من الكفالة ولو صي الميت أو وارثه أن يطالب بإحضاره على الوجه المشروع. وعلى هذا التقدير لو سلم الكفيل المكفول به إلى أحد الورثة أو أحد الأوصياء فللباقين حق المطالبة ولهم أن يطالبوا بتسليم المكفول به لهم على حدة لأنه وإن صح أن يكون أحد الورثة على ما جاء في مادة (١٦٤٢) خصماً في الدعاوى التي للمتوفي والدعاوى التي عليه فلذلك الوارث قبض حصته فقط وليس له قبض حصة غيره من الورثة لذلك إذا سلم المكفول به لأحد الورثة فلا يسقط حق تسلم الآخرين (رد المختار).

كذلك لو كفل أحد بنفس آخر بشخصين وسلم ذلك الشخص المكفول به لأحدهما برئ من الكفالة تجاه ذلك الشخص فقط أما الشخص الثاني فله أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول به على حدة (الأنقروي قبل الفصل السابع).

الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

﴿المادة ٦٦٧﴾ لو توفي الدائن وكانت الورثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر.

أي يبرأ الكفيل من الكفالة المالية لو توفي الدائن وانحصر إرثه الشرعي في مدينه ولا يوجد من له دين على الميت كما برئ المدين من الدين أنظر المادة (٦٦٢).

حتى أنه لو توفي المدين يعد مفلساً فليس لغرماء الدائن مؤاخذه الكفيل لأن المدين لما أصبح مالكا لما في ذمة الدائن برئ من الدين وبراءة الأصل موجبة براءة الكفيل (البهجة فيما تقع به البراءة وفيما لا تقع).

وإن كان للدائن وارث آخر غير المدين هذا يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط كما يبرأ هو منها ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر.

مثلاً لو كفل أحد لآخر ماله من الدين على ابنه وتوفي ذلك الشخص وانحصرت تركته في ابنه برئ الكفيل من الكفالة كما برئ الابن من الدين.

أما إذا كان للميت ابن ثان فيبرأ الكفيل من نصف الدين كما برئ الابن منه وللإبن الثاني طلب النصف الآخر من الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

كذلك لو كفل أحد لامرأة مهرها البالغ قدره ألف قرش وتوفيت عن زوجها وأخ برئ الكفيل من حصة الزوج وضمن حصة الأخ فقط.

جاء في المجلة (إذا كان المدين وارثاً) وفيما يلي ستوضح مسألة صيرورة الكفيل وارثاً: إذا توفي الدائن وانحصر إرثه في الكفيل برئ الكفيل على كل حال أنظر البحث في الكفالة في الدين المشترك في شرح المادة (٦٤٦) وعلى ذلك فلو كانت الكفالة بدون أمر الأصل برئ الأصل أيضاً. لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته ولو ملك الكفيل المال في حال الحياة بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا إذا ملك الكفيل المال بالإرث (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

أما إذا كانت الكفالة بأمر الأصل فلا يبرأ فيكون مديناً للكفيل ويبقى الدين في ذمته وللکفيل الرجوع عليه به .

كذلك لو وهب المكفول له الدين إلى الكفيل إذا كان غنياً أو تصدق عليه به إذا كان فقيراً وقبل الكفيل الهبة أو الصدقة صحت وبرئ الكفيل من الكفالة وللکفيل الرجوع بالدين المذكور على الأصل وذلك إذا كانت الكفالة بأمره (رد المحتار في تعريف الكفالة وفي موضعين آخرين من الكفالة).

حتى أنه لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري وبعدئذ وهب البائع الثمن المذكور إلى الكفيل وبعد أن قبضه الكفيل من المشتري رد المشتري المبيع بعيب قديم إلى البائع فللمشتري استرداد ثمن المبيع من البائع ولا دخل للبائع ولا للمشتري في الثمن الذي قبضه الكفيل مطلقاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع) وعقد الكفالة في حكم التسليط على القبض المين في المادة (٨٤٨) (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦٨﴾ لو صالح الكفيل أو الأصل الدائن على مقدار من الدين يبرآن إن اشترطت براءتهما أو براءة الأصل فقط أو لم يشترط شيء وإن اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط ويكون الطالب مخيراً إن شاء أخذ مجموع دينه من الأصل وإن شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الأصل.

لو صالح الكفيل أو الأصل الدائن على مقدار من الدين فلا يخلو من أربع صور أما أن يشترط براءتهما أي براءة الأصل والكفيل أو براءة الأصل فقط أو لا يشترط شيئاً مطلقاً ففي صورتين من هذه الثلاث يبرأ الأصل والكفيل معاً مما زاد على بدل الصلح من الدين وليس لأحدهما بعد الرجوع عن الصلح (أنظر المادة ١٥٥٢). لأن المصالح سواء أكان الكفيل أو الأصل لو أضاف الصلح إلى مجموع الدين وذلك الدين هو الواجب على الأصل تجب براءته فيما عدا بدل الصلح وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل (الدرر).

وإذا صالح الأصل الدائن على مقدار من الدين على هذا الوجه برئ الكفيل عن غير بدل الصلح ولا يبرأ عن الكل ويكون الطالب حينئذ مخيراً فإن شاء طالب الأصل به وإن شاء طالب الكفيل وإذا استوفى ذلك البذل من أيهما برئ الإثنان معاً بمقتضى المادة (٦٥٩) والبراءة عن بدل الصلح تكون بالتأدية والبراءة عن باقي الدين تكون بالصلح.

أما الصورة الرابعة فهي إن اشترطت براءة الكفيل فقط فيما أن هذا الصلح عبارة عن فسخ الكفالة عن قسم من الدين برئ الكفيل فقط عما فصل عن بدل الصلح بمقتضى المادة (٦٦١) بعقد الصلح. وبما أنه لا يبرأ الأصل في هذه الحال فالطالب مخير بين أن يطالب الأصل بمجموع الدين أو يطالب الكفيل ببذل الصلح ويرجع على الأصل بالباقي. وهذه الصورة الرابعة هي فسخ

للكفالة عن قسم من الدين وليست بإسقاط دين الأصيل وليس الغرض من هذه الصورة أخذ الدائن بدل الصلح في مقابل إبراء الكفيل من الكفالة وإنما هو أن يحسب ما يؤخذ من الكفيل مما هو على الأصيل على أن يستوفي الباقي من الأصيل. وإذا استوفى الدائن مجموع الدين من الأصيل فلا يأخذ شيئاً بعد من الكفيل لأنه يكون قد أخذ زيادة عما يستحقه عليه.

وإذا أوفى الكفيل الدائن في هذه الصورة الرابعة بدل الصلح أصبح الكفيل بريئاً من كل الدين عن بدل الصلح بوفائه وعن الباقي بعقد الصلح. لأن الصلح عن بعض الدين هو عبارة عن الإبراء ببعض الحق وأخذ البعض الآخر وعلى ذلك فلو أخذ الطالب بعض حقه وأبرأ عن البعض الآخر سقطت مطالبة الكفيل البتة، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل (رد المحتار).

وإذا أدى الكفيل بدل الصلح في هذه الصور الأربع وكانت الكفالة بأمر المكفول عنه فللكفيل الرجوع عليه به وإلا فليس له ذلك، (رد المحتار، ومجمع الأنهر، وعلي أفندي) أنظر المادة ٦٥٧ وشرحها.

جاء في المجلة (على مقدار من الدين...) لأنه لو صالح الكفيل على جنس آخر فحكمه كما مر في المادة (٦٥٧) فلو كان الدين مائة مجيدي ولم يصالح الأصيل الدائن على خمسين مجيدياً بل صالحه على جنس آخر برئ الكفيل من الكفالة، (الأنقروي في الفصل السادس) لأن الأصيل حينئذ بمصالحته الدائن على جنس آخر يكون قد باع منه المال المصالح عليه بما في ذمته له من الدين وأعطاه إياه. ويرأ الكفيل ببراءة الأصيل كما قد جاء بيانه في الحكم الثالث من شرح المادة (٦٥٩) وأشير إليه.

والصلح في المجلة خاص بالصلح على المال المكفول به. ولكن لو صالح الكفيل بالمال الدائن على بدل معلوم على أن يبرأ عن المطالبة بالدين التي توجبها الكفالة برئ الكفيل فقط أما الأصيل فلا لأن الإبراء عن الكفالة في هذه الصورة عبارة عن فسخ الكفالة فقط وليس بإسقاط الأصيل الدين. ويفهم من ظاهر هذا القول أن بدل الصلح لازم أيضاً. . والحال أنه لو صالح الكفيل بكفالة نفسية المكفول له على مقدار من المال على أن يبرأ عن موجب الكفالة تسقط الكفالة بالنفس على القول المفتى به لأن بدل الصلح الوارد في متن المجلة هو للإبراء من المال الباقي من المكفول به.

وأما بدل الصلح الوارد في الشرح فهو للإبراء من الكفالة (الدر المختار ورد المحتار).

﴿المادة ٦٦٩﴾ لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه أيضاً.

وقد مر في شرح المادة (٦٦٠) مسائل هبة الدائن الدين للكفيل أو تصدقه به عليه. وبراءة الأصيل أيضاً عن الدين من ذلك القبيل لأن الدين على الأصيل، أما الحوالة فيها أنها تقع على أصل

الدين فتتضمن براءة الإثنتين (رد المحتار في الكفالة) «أنظر المادتين ٦٨٩ و٦٩٠».

مثلاً لو كفل شخص ما عن آخر ثمن المبيع وأحال الكفيل المذكور المكفول له على آخر بالمبلغ المذكور وقبل المحال والمحال عليه الحوالة فكما يبرأ الكفيل يبرأ المكفول عنه أيضاً وليس للبائع بعد ذلك أن يطالب المدين بالثمن المذكور (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث في الكفالة وقيل كتاب القاضي)

أما لو اشترط الكفيل في هذه الحال براءة نفسه فإنما يبرأ هو فقط دون الأصيل فالمكفول له في هذه الحال إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب المحال عليه. وما لم يتلف المحال به عند المحال عليه فليس للطالب مطالبة الكفيل بعدئذ. (الهندية في الحوالة).

وإذا برئ الكفيل مع الأصيل بالإحالة على ما جاء في هذه المادة وتوفي المحال عليه مفلساً ولم يتمكن استيفاء المحال به فيعود الدين على الأصيل وبذلك ترجع كفالة الكفيل أيضاً وحينئذ للطالب أن يطالب الأصيل بدينه أو يطالب الكفيل (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

وقول المجلة (لو أحال الكفيل.. الخ) ليس بقيد احترازي لأنه:

أولاً، لو قبل أحد الحوالة على نفسه بالمال المكفول به تبرعاً برئ الأصيل والكفيل عنه معاً. أما لو قبل الحوالة على أن يبرأ الكفيل فقط يبرأ الكفيل حينئذ فقط دون الأصيل «الهندية في المحل المزبور»

ثانياً، لو أحال الأصيل المكفول له على أحد برئ الأصيل والكفيل أنظر المادة (٦٩٠).

كذلك لو كان المحال عليه تجاه المكفول له هو الأصيل برئ الكفيل أيضاً. مثلاً لو أحال الطالب دائته على الأصيل - المدين - حوالة مقيدة برئ الكفيل من الكفالة عن دين المحيل وللمحال له مطالبة الأصيل فقط لأن الأصيل يكون محالاً عليه. وليس له أن يطالب الكفيل لأن الكفيل لم يكفل له.

مثلاً لو أحال أحد دائته على مدينه بالمبلغ الذي كفله آخر حوالة مقيدة وقبل المحال له والمحال عليه الحوالة برئ الكفيل من الكفالة براءة مؤقتة. حتى انه ليس للشخص المحال له أن يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور بناء على الكفالة السابقة (التنقيح قبيل القضاء) كذلك يبرأ الأصيل على هذا التقدير من مطالبة أيضاً. أنظر المادة (٦٩٢).

أما لو أحال الطالب على الكفيل حوالة مقيدة برئ الكفيل بمقتضى المادة (٦٩٢) من مطالبة الطالب وانتقل حق مطالبة إلى المحال له. وللطالب أن يطالب المكفول عنه وللکفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة. (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

كذلك لو كان على اثنتين ألف قرش دين مشترك مكفول به وأحال أحد المدينين الدائن على آخر بالدين برئ المحيل من دينه إصالة كما يبرأ الكفيل عما يصيبه من الدين أي عن دين المحيل

فقط. أما الذي لم يحل وإن برئ من الكفالة فلا يبرأ من الأصالة ولذلك فالمكفول له مخير إن شاء أخذ الألف من المحال عليه وإن شاء أخذ منه خمسمائة قرش فقط وأخذ الباقي ممن لم يحل وليس له أن يطالب هذا بأكثر من خمسمائة، (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

﴿المادة ٦٧٠﴾ لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

ويبرأ الكفيل بالمال من الكفالة بموته فيكون مطالباً بالمال المكفول به من تركته إن كانت له تركة لأن الكفالة المالية لا تبطل كالنفسية ب وفاة الكفيل لأن وفاء حكم الكفالة بعد وفاة الكفيل ممكن وعلى ذلك فلو استوفى الدائن دينه من تركة الكفيل فلورثة الكفيل الرجوع بعدئذ على المكفول عنه به إذا كانت الكفالة بالأمر أما إذا لم توجد تركة للكفيل فلا تجبر الورثة على أداء الدين من مالهم. (الهندية في الباب الأول من الكفالة) لأنه لا يجبر أحد على أداء دين آخر ما لم يوجد سبب شرعي كالكفالة والحوالة.

مثلاً ليس لأحد أن يطالب وارث المتوفي بتأدية ما له على المتوفي من الدين من مال بمجرد كونه وارثاً إذا لم يقبض شيئاً من تركة الميت.

وإذا كفّل أحد بما على آخر من الدين المؤجل بأمره وبطل الأجل في حق الكفيل بوفاته واستوفى المكفول به من تركته فليس للورثة الرجوع على الأصيل به قبل حلول الأجل (رد المحتار في الكفالة).

وبما أن القسم الأول في الكفالة بالدرك كفالة بالمال فيجري فيها حكم هذه المادة أيضاً. (الهندية في مسائل شتى).

إذا توفي الكفيل وتركته غريم فإن شاء الطالب دخل في التركة غرامة ويستوفي المقدار الباقي من الأصيل أو من تركته إذا كان متوصياً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

﴿المادة ٦٧١﴾ الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ البيع أو استحق المبيع أو رد

بعيب يبرأ من الكفالة.

أي أولاً: إذا انفسخ أو أقيّل. ثانياً: إذا ضبط المبيع بالاستحقاق، ثالثاً: وإذا رد المبيع بخيار الرؤية، رابعاً: إذا رد بخيار الشرط، خامساً: إذا رد بخيار العيب، سادساً: إذا رد بظهور فساد في البيع.

فبما أن الثمن في هذه الصور الست في العقد قد تحقق أنه غير ملزم فيكون قد برئ الكفيل من الكفالة. وليس للبائع. بعد أن يطلب ثمن المبيع من الأصيل أو من الكفيل. ولا فرق بين أن يكون الرد بخيار العيب بحكم الحاكم أو بلا حكم الحاكم.

ثانياً لو أحوال البائع دائته على ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري على الوجه المذكور في المادة (٦٩٣) وبعد أن كفل للمحال بالثمن المذكور وضبط المبيع بالاستحقاق برئ الكفيل من الكفالة أيضاً.

أما إذا لم يضبط المبيع بالاستحقاق في هذه الصورة الثامنة ورد بخيار العيب أو خيار الشرط أو خيار الرؤية أو تلف المبيع قبل التسليم فلا يبرأ الكفيل من الكفالة.

قال في رد المحتار في موضع «وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن. ولو كانت الكفالة لغريم البائع» لو رد عليه بعبب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ والفرق بينهما فيما يظهر إنه مع الإستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد بعبب ونحوه وجد المسقط بعدما تعلق الغريم به فلا يسري عليه وقال في موضع آخر لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يد المشتري أو رده بعبب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البيع برئ الكفيل وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضمن المشتري الثمن لتبرع البائع فاستحق المبيع من يد المشتري بطلت الكفالة أيضاً وكذلك الحوالة أما لو رده المشتري بعبب أو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البائع وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج من المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان. انتهى.

﴿المادة ٦٧٢﴾ لو استؤجر مال إلى تمام مدة معلومة وكفل أحد بدل الإجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة فإن انعقدت إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد.

إذا كفل أحد ديناً لازماً بسبب عقد وفسخ العقد بعدئذ أو انفسخ وجدد العقد بعدئذ فلا يطالب الكفيل الأول بالدين اللازم بسبب هذا العقد الجديد. ويتفرع عن هذا مسائل عديدة:

أولاً - لو استؤجر مال إلى تمام مدة معلومة ببذل معلوم وكفل أحد ببذل الإجارة التي سميت صحت الكفالة سواء أكانت الأجرة معجلة أم مؤجلة وطولب الكفيل بالبذل المذكور. لأن الأجرة تكون صحيحة بناء على المادة (٤٦٦) وإن كانت لا تجب بالعقد المطلق فإذا وجد السبب الذي يستلزم الأجرة وأوقفت الكفالة تكون صحيحة. لكن تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة وقت أن يفسخ الطرفان الإجارة أو يتقايلاها فإن انعقدت بتسمية بدل معلوم إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال فلا تكون شاملة لهذا العقد الذي وقع مؤخراً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

ولا شبهة في أن الكفيل يطالب ببذل الإجارة التي وقعت مؤخراً إذا كفل بها.

ثانياً - لو كفل شخص بقرض في ذمة أحد لآخر وبعد أن أدى المدين دينه إلى الدائن

استقرض منه مبلغاً آخر فلا يطالب الكفيل بالقرض الثاني بناء على أنه كفيل للقرض الأول (الفيضية).

ثالثاً- إذا عقدت الإجارة على الوجه الوارد في المادة (٤٩٤) بين اثنين وأعطى المستأجر كفيلاً ببدل الإجارة لزم الكفيل بدل إجارة المدة التي تلزم المستأجر وبعبارة أخرى يلزم الكفيل أجرة الشهور الآتية بانعقاد الإجارة فيها (ولو الجية).

لكن للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة في غرة الشهر. لأنه لما كان سبب الأجرة في إجارة كهذه يتجدد بتجدد العقد في كل شهر فللكفيل الرجوع عن الكفالة المستقبلية، (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

وإذا أخرج الكفيل نفسه على الوجه المذكور فلا يلزمه بدل الإجارة الذي يحدث فيما بعد. أما إذا توفي الكفيل في الإجارة التي تقع على هذا الوجه فلا تبطل الكفالة. حتى أنه إذا توفي ولم يخرج نفسه من الكفالة على تلك الصورة وبقي المستأجر ساكناً بعد ذلك مدة يستوفي من تركه الكفيل ما يلزم المستأجر من بدل الإجارة «وليس للكفيل بالأجر أن يأخذ من المستأجر قبل أن يؤدي الأجر فإذا أدى الكفيل كان له أن يرجع بذلك على المستأجر إن كانت الكفالة بأمره (الهندية في المحل المزبور)

رابعاً- لو استوفي الدائن مقدراً من دينه المؤجل بعد أن كفّل له به كفيل وعند حلول الأجل جدد الدائن على القسم الباقي مع ضم الربح في سند جديد فلا يطالب الكفيل السابق بالدين الثاني لأن العقد الأول انفسخ بفسخ القرض وتجديد العقد (التنقيح في الكفالة).

أما على تقدير أن القرض الأول لا يفسخ واكتفى بتجديد السند فظاهر عبارة الحامدية أن الدين يتغير بتجديد السند وعلى ذلك فتكون المدايمة الأولى منسوخة فيبرأ الكفيل من الكفالة.

لكن صاحب التنقيح لم يقبل القول بانفساخ المدايمة الأولى بتجديد السند ويقول ببقاء كفالة الكفيل كالأول والظاهر هو هذا. لأن تجديد السند ليس تجديداً للمداينة بل توثيق لها.