

فعل الاجير كفعله ولو فعل الاستاذ كانت ضامناً اه .
 تنم : لم يذكر في الجملة حكم هلاك المستاجر فيه بغير فعل الاجير المشترك كما اذا
 سرق المتاع من المكاري او سلبه اللصوص مع ان هذه المسألة من اهم المسائل
 لكونها كثيرة الوقوع وقد تباينت فيها الاقوال واختلف التصحيح والافتاء وحاصل
 ما ذكره انه اذا هلك المستاجر فيه بغير فعل الاجير فان هلك بما لا يمكن التحرر
 عنه كالخريق الغالب واللص المكابر وموت الحيوان حتف انفه فلا يضمن الاجير
 اتفاقاً سواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة وسواء كان الاجير مصلحاً او مستوراً او
 مفسداً وان ملك بما يمكن التحرر عنه كالغصب والسرقة ففيه اربعة اقوال الاول انه
 لا يضمن الاجير مطلقاً لان العين امانة في يده وان شرط عليه الضمان لان شرط
 الضمان في الامانات باطل وهو قول الامام الاعظم وهو القياس وعليه عامة المتون
 وقال بعضهم ان قول الامام الاعظم قول عطاء طاووس وهما من كبار التابعين
 وقولها قول عمرو وعلي رضي الله تعالى عنهما وبه يفتي احتشاماً لعمرو وعلي . والقول
 الثاني ان الاجير يضمن مطلقاً وهو قول صاحبين والمراد بالاطلاق في الموضعين
 المصلح وغيره وقد أفتى بقولها كثير من الفقهاء لتغير احوال الناس وبه تصان اموالهم
 لانه اذا علم الاجير انه لا يضمن فربما يدعي انه سرق او ضاع في يده . الثالث ما
 افتى به المتأخرون من الصالح على نصف القيمة جبراً وان قيل كيف يصح الصلح جبراً
 فيجوز ان الاجارة عقد يجري فيه الجبر بقاء كمن استاجر دابة او سفينة مدة معلومة
 وانقضت مدتها في وسط البرية او في لجة البحر فان الاجارة تبقى بالجبر ولا يجري
 الجبر في ابتدائها وحالة تضمين الاجير حالة بقاء فيجري فيها الجبر . والرابع ما قاله بعض
 المتأخرين تفصيلاً للقول السابق وهو ان كان الاجير مصلحاً لا يضمن وان غير مصلح
 يضمن وان مستوراً فالصلح على النصف اي نصف القيمة (رد مختار ملخصاً) قال في
 الخيرية فهذه اربعة اقوال كلها مصححة مفتى بها وما احسن التفصيل الاخير اه . ثم
 اعلم ان محل الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة فلو فاسدة فلا يضمن اتفاقاً لان
 العين حينئذ تكون امانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة باجر المثل (طحاوي)
 ومحل الخلاف ايضاً فيما اذا كان المالك محدثاً فيه العمل او لا يستغنى عنه ما يحدث
 فيه العمل لما في البدائع روى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفاً يعمل فيه ودفع
 الغلاف معه او سكيناً ليصقله ودفع الجفن معه قال محمد يضمن المصحف والغلاف

والسيف والجفن لان المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن بخلاف ما
 لو اعطاه مصحفاً ليعمل له غلافاً او سكيناً ليعمل له نصاباً فضاع المصحف او السكين لم
 يضمنه لانه لم يستأجره ليعمل فيهما بل في غيرهما (رد مختار)
 قلت بعد كتابتي ما تقدم اطلعت على شرح المجلة النفيس للعلامة علي حيدر
 افندي الذي ظهر بعد طبع كتابي فوجدت فيه في اواخر كتاب الاجارة ما تعريبه :
 ولما كان تضمين الاجير المشترك قد قيد في هذه المادة (١١١) بما تولد عن فعله امكن
 ان يستدل من ذلك انه اختير في المجلة قول الامام الاعظم

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاث ابواب

المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

المادة ٦١٢ * الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء

مطلقاً كالمطالبة بنفس او بدين او عين مضمونة كاسيأتي والذمة لغة العهد وشرعاً
 محل عهد جرى بينه وبين الله تعالى يوم الميثاق او وصف صار به الانسان مكفلاً
 فالذمة كالسبب والعقل كالشرط ثم استعير على القولين للنفس والذات بعلاقة الجزئية
 والحلول فقولهم وجب في ذمته اي على نفسه (در منتهى)

يعني ان يضم واحد ذمته الى ذمة آخر ويلزم ايضاً المطالبة التي

لزمته ذلك الاخر

اعلم انهم اختلفوا في تعريف الكفالة فمنهم من عرفها بانها ضم ذمة الى ذمة في
 المطالبة مطلقاً ومنهم من عرفها بالنفس في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل
 ويكتفي باستيفاء احدهما وقد صحح بعضهم التعريف الاول لكونه اعم لشموله الانواع
 الثلاثة وهي الدين والنفس والعين المضمونة وبعض المحققين لم يرجح احدهما على الاخر
 لان التعريف الثاني يراد به تعريف نوع من الكفالة وهو كفالة الدين اما النوعان

الآخران اي الكفالة بالنفس وبالعين فمتفق على ان الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ولا يمكن الجمع بين النوع الاول والنوعين الآخرين في تعريف واحد لانهما ماهيتان مختلفتان اذ ان الضم في الدين غير الضم في المطالبة ومن عرفها بالضم في الدين استند على ذلك بما تقرر من انه يقتضي ثبوت الدين في ذمة الكفيل ويدل عليه انه لو وهب الدائن الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وانه لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح والشرا بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز وقد دفعوا ما يرد عليهم من صيرورة الدين الواحد دينين بانه لا مانع اذ لا يستوفي الا من احدهما وامثاله في الشرع كثيرة كالغاصب وغاصب الغاصب فان كلا منهما ضامن للقيمة ولا حق للمالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر فكذا هنا. لكن هنا براء الاخر باقضي لا بمجرد اختيار الطالب كما في الغصب وقد اعترضوا على من قال بالتعريف الاول بانه لو كانت الكفالة الضم بالمطالبة فقط بدون دين لزم ان لا يؤخذ المار من تركه الكفيل لان المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس فانه لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع انهم صرحوا ان المال يحل بموت الكفيل وانه يؤخذ من تركه (رد مختار ملخصاً) والظاهر ان جمعية المجلة قد اختلفت التعريف الاول لانه اعم اشمله انواع الكفالة الثلاثة ولان الفقهاء لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمة اذ انهم اتفقوا على ان الدين لا يستوفي الا من احدهما وان الكفيل مطالب وان هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل وانه لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح (طحاوي) وان الدين يحل بموت الكفيل ويؤخذ من تركه (رد مختار).

✽ المادة ٦١٣ ✽ الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد

✽ المادة ٦١٤ ✽ الكفالة بالمال هي الكفالة باداء مال

كالكفالة بالدين وثن المبيع والعين المغصوبة وقيمة المغصوب المستهلك وما شاكل ذلك فهي شاملة للكفالة بالعين والدين

✽ المادة ٦١٥ ✽ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال

كتسليم العين المضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه ان كان

قائماً او ضمان مثله او قيمته ان كان هالكاً كالمبيع فاسداً او المقبوض على سوم الشرا وكتسليم العين المضمونة بغيرها كارهون وغير المضمونة اصلاً كالامانة فان الكفالة بتسليمها صحيحة بخلاف الكفالة باعيانها فانها لا تصح وسيأتي توضيح ذلك في المادة ٦٣١ ثم اعلم ان ليس الكفالة بالعين نفس الكفالة بتسليمها اذ بينهما فرق من حيث الماهية ومن حيث الحكم ايضاً فافتراقهما من حيث الماهية هو ان الاولى كفالة بنفس العين اما الثانية فكفالة بتسليم العين اما افتراقهما من حيث الحكم فهو ان حكم الكفالة بالعين تسليمها لصاحبها ان كانت فائضة وضمن بدلها ان كانت هالكة فلا يبرأ الكفيل بهلاكها اما حكم الكفالة بتسليم العين فهو حق المطالبة بها ما دامت فائضة وبرأ الكفيل من هذه المطالبة اذا هلك

✽ المادة ٦١٦ ✽ الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع

وتسليمه او بنفس البائع ان استحق المبيع

✽ المادة ٦١٧ ✽ الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة

بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل

✽ المادة ٦١٨ ✽ الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي

الذي تعهد بما تعهد به الاخر ويقال لذلك الاخر الاصيل والمكفول عنه

✽ المادة ٦١٩ ✽ المكفول له هو الطالب والدائن في

خصوص الكفالة

✽ المادة ٦٢٠ ✽ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل

بادائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به بيان

الباب الاول

في عقد الكفالة ويخوي على فصلين

الفصل الاول

في ركن الكفالة

﴿ المادة ٦٢١ ﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط

ولا حاجة لقبول الطالب ولا لتوقف الكفالة على اجازته سواء كانت بالنفس او بالمال (درر)

ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردّها المكفول له وعلى هذا لو كفّل واحد في غياب المكفول له بدين له على رجل ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة كان الكفيل مطالباً بكفالاته هذه وموآخذاً بها

﴿ المادة ٦٢٢ ﴾ ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة فلو قال انا كفيل او ضامن او كفلت انعقدت الكفالة

اذا علم المكفول به انه نفس او مال اما اذا لم يعلم المكفول به بان قال الكفيل انا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال فلا تصح الكفالة ولا تنعقد اصلاً وتنعقد الكفالة ايضاً بقول الكفيل ضمنته او عليّ او عندي وتصح هذه الالفاظ كلها للكفالة بالنفس وبالمال فعلى ايهما توجهت كان هو المراد (رد مختار)

﴿ المادة ٦٢٣ ﴾ تصح الكفالة بالوعد المعلق ايضاً انظر الى المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان دينك فانا اعطيكه كان ذلك كفالة فلو طالب الدائن المديون بحقه ولم يعطه كان له ان يطالب الكفيل

اعلم ان قول الكفيل انا اعطيك انا ادفعه اليك او اسلمه اليك ليس من الالفاظ التي تنعقد بها الكفالة لان هذه الكلمات لا تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة بل هي وعد مجرد لا يجب الوفاء به غير ان المواعيد اذا اكتست صور التعاليق تصير لازمة وعليه فلو صدرت هذه الاقوال من الكفيل معلقة بالشرط الملائم انعقدت بها الكفالة كما اذا قال بايع فلاناً وان لم يعطك الثمن فانا ادفعه اليك انعقدت الكفالة ولو طالب البائع المشتري بالثمن ولم يدفعه له كان له مطالبة الكفيل (طحطاوي) وكذا لو قال له ان لم يؤده لك في وقت كذا فانا اؤديه فان حل الاجل ولم يؤد المديون صار الكفيل مطالباً

﴿ المادة ٦٢٤ ﴾ لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلاني تنعقد منجزاً ان بالنفس او بالمال لكنها تكون كفالة موقته

فيطالب بها من اليوم حتى الوقت الذي كفّل اليه ولا يطالب بعد ذلك الوقت بشيء انظر المادة ٦٣٩ اما لو قال كفلت الى الوقت الفلاني اي الى ثلاثة ايام مثلاً كان كفيلاً بعد المدة ايضاً ولا يبرى حتى يسلم المكفول به لان المدة ذكرت هنا لتأخير المطالبة الى ثلاثة ايام لا لتوقيت الكفالة غير انه لا يطالب في الحال بل بعد المدة وبه يفتى (تنوير) ولو قال كفلت ثلاثة ايام اختلف فيه قيل هو كفيل ابدأ وقيل في المدة فقط (رد مختار)

﴿ المادة ٦٢٥ ﴾ الكفالة كما تنعقد مطلقة كذلك تنعقد مقيدة بقيد التعجيل والتأجيل بان يقول انا كفيل على ان اؤدي في الحال او في الوقت الفلاني

فلو كان له دين مؤجل على آخر فاخذ منه كفيلاً ثبت على الكفيل مؤجلاً ولو كان الدين عليه حالاً وكفّل به رجل مؤجلاً صحّت الكفالة وتأخر عنهما جميعاً إلا ان يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل (هندية) انظر المادة ٦٥٥ ثم ان المستفاد من قوله في متن المادة «وفي الوقت الفلاني» انه يلزم ان يكون الاجل معلوماً فالجهالة الفاحشة تبطله فتنعقد الكفالة مطلقة اي كأن لا اجل فيه بخلاف الجهالة اليسيرة فانها لا تبطله كما لو

كفل الى الحصاد او صوم النصارى (هندية ورد مختار)

المادة ٦٢٦ * تصح الكفالة عن الكفيل

المادة ٦٢٧ * يجوز تعدد الكفلاء

لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثيق واخذ كفيل آخر واخر زيادة في التوثيق فصحت الثانية مع بقاء الاولى فكذا الثالثة فما فوقها (مجمع الانهر)

الفصل الثاني

في شرائط الكفالة

المادة ٦٢٨ * يشترط في انعقاد الكفالة ان يكون الكفيل

عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي

ولو كان تاجراً لان الكفالة تبرع والصبي ليس باهل للتبرع (رد مختار واشباه)
ولكن تصح كفالة الصبي في مسألة واحدة وهي اذا استدان له وليه نفقة وغيرها مما لا بد له منه وامره ان يكفل المالك عنه فتصح الكفالة وبطالب الصبي بالمال ويكون امر وليه له بالكفالة اذا بالاداء (رد مختار) وكذا لو شرى له وصيه شيئاً وامره ان يكفل بالثمن (هندية) وقيدنا بالمال احترازاً عن النفس لان ضمان الدين لزم الصبي من غير كفالة فكفالة لا تزيد الا تأكيداً فلم يكن متبرعاً فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً به فلم يجوز (طحطاوي)
ويشترط ايضاً ان تكون الكفالة من اهل التبرع فلا تفقد من مريض مرض الموت الا من ثلث له اذا كفل لاجنبي عن اجنبي اما لو كفل لوارث او عن وارث فلا تصح اصلاً حتى لو كفل عن اجنبي وكان عليه دين محيط بماله بطات ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالماقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحيط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث (تاتر خانية) ولو اقر المريض انه كفل في صحته تعتبر كفالته من كل ما له (جامع الفصولين)

ولو كفل في حال صباه لا يؤخذ ولو اقر بعد البلوغ والافاقه بهذه الكفالة

لانه اقر بكفالة باطلة وان وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب فقال الطالب كفلت وانت رجل وقال الصبي كفلت وانا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وانا مجنون او مغمى علي او مبرم وانكر الطالب ذلك وقال كفلت وانت صحيح ان كان ذلك معهوداً من المقر فالقول قوله والا فلطالب (هندية) وفيها لو كفل في صحته كفالة محلقة بالشرط فتحقق الشرط في مرضه فحكمها حكم الكفالة في حال الصحة

المادة ٦٢٩ * لا يشترط ان يكون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً

ولكن يشترط ان يكون معلوماً فلا تصح لو مجهولاً في اضافة وتعليق لا في تحجير (رد مختار) مثال الاول ما ذاب لك على الناس او على احد منهم فعلياً ويراد بالاضافة الاضافة الى المستقبل (طحطاوي) ومثال الثاني ان غصبك انسان شيئاً فانا كفيل يستثنى منه ما سيأتي في شرح المادة ٦٥٨ من انه لو قال له اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اخذ مالك فانا ضامن ومثال الثالث كفلت بمالك على فلان او فلان فتصح والتعيين للكفيل كما في الفتح والكافي (رد مختار لمخصراً) وكما لا تصح الكفالة بجهالة المكفول عنه لا تصح ايضاً بجهالة المكفول له نحو ما ذاب عليك للناس او لاحد منهم فعلياً (تنوير) حتى لو قال لقوم ما بايعتموه انتم وغيركم فعلياً صح في حق مخاطبين دون غيرهم (هندية) وفيها لا يشترط ان يكون المكفول له عاقلاً بالغاً اهـ . ويؤيده قوله في المادة الآتية " انا كفيل بدين فلان على فلان "

فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي

ولكن اذا ادى الكفيل الدين عنهما فلا يرجع عليهما بشيء مطلقاً اي سواء كفل بامرهما او لا اما الاول فلان الصبي والمجنون لا يجوز اقراره على نفسه فلا يصح امره بالكفالة واما الثاني فلان الكفيل اذا كفل بدون امر المكفول عنه يكون متبرعاً فلا يرجع اما اذا كان الصبي ماذوناً في التجارة وكانت الكفالة بامر المكفيل اذا ادى ان يرجع عليه (هندية)

المادة ٦٣٠ * اذا كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً
ومقدور التسليم من الكفيل فلا تصح الكفالة بنفس من كان غائباً لا يدري
مكانه (جامع الفصولين)

وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلوماً

فان الكفالة بالمال تصح مع جهالة المكفول به سواء كانت الجهالة فاحشة او
يسيرة لا يمتنع الكفالة على التوسع وقد اجمعوا على صحتها بالدرك مع انه لا يعلم كم
يستحق من المبيع (رد مختار)

فلو قال انا كفيل بدين على فلان تصح الكفالة وان لم يكن
مقداره معلوماً

ولكن لو اختلف المطالب والكفيل على مقدار الدين فلا بد للطالب من اقامة
البرهان ان له كذا ولو كان الاصيل مقراً لان اقراره لا ينفذ على الكفيل فاذا عجز
الطالب عن البرهان فالنول للكفيل بيمينه فيحلف على نفي العلم لا على البتات بخلاف ما
لو كفل بما ذاب له على فلان او بما ثبت فافقر المطلوب بما لم يثبت (مجمع الانهر)
وفي الفتح لو قال كفلت بعض مالك على فلان صححت الكفالة والخيار للضامن ويلزمه
ان يبين اي مقدار شاء اهـ ومن امثلة الكفالة بالمجهول ما لو قال ما تلف لك المودع
فعلي وكذا كل الامانات (جامع الفصولين) وكذا لو قال لاحد كفلت بما يدركك في
هذا البيع او بما بايعت فلاناً او ما غصبك فلان فعلي (تنوير) فان الكفالة صحيحة
في هذه الصور كلها غير انه لا يجب على الكفيل الا ما وجب بالمبايعه الاولى فلو باعه
ثانية لا يلزم الكفيل الا اذا قال كلما بايعت فلاناً فعلي فيلزمه في الاولى والثانية
والثالثة الخ اتفاقاً لان كلما تنقيد التكرار واختلفوا في قوله ما بايعت فلاناً فعلي فقال
بمضمهم هو كقوله كلما وخالفهم اخرون والاول عليه الاكثرون (طحاوي لمخصراً) ولو
قال الطالب بعث منه متاعاً بالف وصدقه المشتري وكذبها الكفيل هل يلزم الكفيل
فهذا على وجهين الاول ان يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائماً في يده او ينفق يد
المشتري وفي هذا القياس ان لا يلزم الكفيل شيء وفي الاستحسان يلزمه الثاني ان
يكون المتاع هالكاً وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء ما لم يقم الطالب بينة على

البيع قياساً واستحساناً ولو قال الكفيل بعته بخمسمائة وقال الطالب بعته بالف وافر
المكفول عنه بذلك فانه يؤخذ الكفيل بالف استحساناً (هندية) وفي الخانية قال
لغيره ادفع الى فلان كل يوم درهماً على ان ذلك علي فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير
فقال الامر لم ارد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلاناً فهو علي فانه
يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ابدأ يلزمه النفقة ايضاً
مادامت الزوجية اهـ

تنبيه : ضمان الخسران باطل فلو قال بايع فلاناً على ان ما اصابك من الخسران
فعلي او استأجر طاحونة فلان وما اصابك من الخسران فعلي لم تصح الكفالة (رد
مختار عن البزازية وغيرها)

المادة ٦٣١ * يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به
مضموناً على الاصيل بمعنى ان يكون ايقاؤه متوجباً على الاصيل فتصح
الكفالة بثمن المبيع

الا اذا كن المشتري صبياً محجوراً فلا تصح الكفالة عنه بالثمن ولا يلزم الكفيل
تبعاً للاصيل اما لو باع الصبي المحجور شيئاً وقبض الثمن فكفله انسان بالدرك فان
كفل بعد ما قبض الصبي الثمن لا تصح كفالته وان كفل قبل ذلك صح (خانية)
وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة

والديون الصحيحة هي ما لا يسقط الا بالاداء او البراء (تنوير) كثمن المبيع
وقيمة المصوب والمسلم فيه الا انه تجوز الكفالة بنفقة الزوجة المقررة بالتراضي او
بقضاء القاضي مع انها دين غير صحيح لانها تسقط بالموت والطلاق وكنهم اخذوا
فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس (در منتهي) وتصح الكفالة ايضاً بالنفقة المستقبلية
كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة مادامت الزوجية كما قدمنا في شرح
المادة السابقة نقلاً عن الخانية بخلاف النفقة الماضية اذ لا تصح الكفالة بها اصلاً
لانها تسقط بالمضي ولانها ليست ديناً اصلاً الا اذا كانت مقررة بالقضاء او بالرضا او
كانت مستدانة بامر القاضي لانها اذا كانت مستدانة بامر دين صحيح لا يسقط
الا بالاداء او البراء (رد مختار) ثم اعلم ان المقصود بثمن المبيع المذكور في المادة ثمن

المبيع صحيحاً لانه لو ظهر فساد البيع فبطل الكفالة حتى لو كانت الكفيل قد ادى الثمن الى البائع كان له ان يرجع عليه به وله ان شاء الرجوع على المشتري لانه اذا تبين فساد البيع ظهر ان البائع قبض ثمناً لا يستحقه (رد مختار) راجع المادة ٥٧٢ قلت والسبب في بطلان الكفالة هو ان الكفيل ضمن للمشتري الثمن المسمى وفي البيع الفاسد انما يلزم المشتري القيمة وهي غير ما كفيل به

كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يجبر الكفيل على ايفائه عيناً او بدلاً

اي يجب على الكفيل رد عينه ما دام قائماً واداء قيمته لو هلك كما يجب على الاصيل والقول في مقدار قيمته اذا وقع الاختلاف فيما بين الطالب والكفيل قول الكفيل وان اقر الغاصب بقيمته اكثر مما اقر به الكفيل لزمه ولم يلزم الكفيل وان قامت بينة على زيادة القيمة اخذ الكفيل بالزيادة ولو ان الاصيل حلف ونكل حتى لزمته الزيادة هل تلزم الزيادة الكفيل قالوا يجب ان تكون المسألة على التفضيل ان سبق من الاصيل اقرار بخلافه بان قال كانت قيمته خمسمائة والمغصوب منه بقول لا بل كانت الفاً فاستخلف الاصيل فنكل حتى لزمه الالف لم يلزم الكفيل الالف وان لم يسبق منه اقرار بخلافه بان كان ساكناً حين ادعى المغصوب منه ان قيمته الف درهم فاستخلفه فنكل فانه يلزم الكفيل (هندية)

وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمي ثمنه

لانه حينئذ يكون مضموناً على المشتري تلزمه قيمته بالهلاك ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً كما مر في المادة ٢٩٨ اما لو لم يسم ثمنه فهو امانة لا تصح الكفالة به كسائر الامانات كما يأتي في الفقرة الآتية وتصح الكفالة ايضاً بالخراج الموظف في كل سنة والرهن به (تنوير)

ولكن لا تصح الكفالة بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع في يد البائع يفسخ البيع ولا يكون مضموناً على البائع الا انه يلزم

عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار والمأجور وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الاصيل

اعلم ان الاعيان اما امانة واما مضمونة على الاصيل فالاول كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة والمستعار والمأجور في بد المستاجر والمقبوض على سوم النظر او على سوم الشراء بدون تسمية ثمنه فهذه لا تصح الكفالة بها لانها غير مضمونة على الاصيل والثاني اي المضمونة قسماً، ومضمونة بغيرها كالرهن والمبيع قبل القبض فانها مضمونة بالدين والثمن فلا تصح الكفالة بهما ايضاً، ومضمونة بنفسها كالمبيع فاسداً والمقبوض على سوم الشراء اذا سمي ثمنه والمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه ان كان قائماً وضمان مثله او قيمته لو كان هالكاً وهذا تصح الكفالة به لانه مضمون على الاصيل لا يخرج عنه الا بدفع بدله او عينه (مجمع الانهر ملخصاً)

ولكن لو قال انا كفيل ان اصاع المكفول عنه هذه الاشياء او استهلكها تصح الكفالة

لان الامانات تصير مضمونة بالقيمة اذا استهلكها الامين او تلفت بصنعه فتصح الكفالة بها واذا استهلكها الامين لزم الكفيل اداء قيمتها لصاحبها

وايضاً تصح الكفالة بتسليم هذه المذكورات وعند المطالبة اذا لم يكن الكفيل حق حبسها لعله ما فيلزمه تسليمها ولكن كما ان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء

قائمة : وفي الدرر والفرر ولا تصح الكفالة بحمل دابة معينة مستأجرة للحمل العجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا يرى ان الموجر لو حملة على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزاً ضرورة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على الموجر الحمل مطلقاً والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه امه فان حملة الكفيل رجع على المكاري باجر مثله يوم ضمن (هندية) وفيها من يقبل من رجل بناء

دار معلومة او كراب ارض معلومة واعطاء كفيلاً بذلك فان كان شرط العمل مطلقاً جازت الكفالة وان شرط على هذا الرجل بعينه فان كفّل بنفس العمل لا يجوز وان كفّل بتسليم نفسه فهو جائز اهـ ولا تصح كفالة الوكيل للموكل بثمن ما وكل يبيعه لان حق القبض له بالا صالة فيصير ضامناً لنفسه ومفاده ان الوصي والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشتري فيما باعه لان القبض لهما ولهذا لو ابراه عن الثمن صح وضمننا (در مختار) ولا تصح ايضاً كفالة المضارب لرب المال بثمن ما باعه (تنوير) لا من ان حق القبض له بالا صالة ولا فرق في عدم صحة كفالة المضارب والوكيل بالبيع بين ان تكون قبل قبض الثمن او بعده ووجه الاول ما مر ووجه الثاني ان الثمن بعد قبضه امانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بضمين الامين بلا تعدية فضلاً عن ان كفالتها لا قبضه كفالة الكفيل عن نفسه وهي غير جائزة شرعاً كان او عقلاً اما ما ياتي من صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك في كفالة من ليست الامانة عنده (در مختار لمختصاً) ولا تصح ايضاً كفالة الدلال والسماسار بالثمن للبائع لانهما يجبران على طلب الثمن وكل منهما وكيل عن البائع باجر وقد مر ان الوكيل لا تصح كفالته لانه يصير ضامناً لنفسه وكذا لا تصح ايضاً كفالة الشريك لشريكه بدين مشترك مطلقاً بآرث او غيره (تنوير) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه اذ انه ما من جزء يؤدبه المديون او الكفيل الا لشريكه فيه نصيب (در مختار) ولو صح في حصة صاحبه فقط لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز (در مختار) نعم لو تبرع وادى نصيب شريكه بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما ادى بخلاف صورة الضمان فانه يرجع بما دفع لانه قضاء على فساد (جامع الفصولين) قال في رد المختار ومفهومه انه لو ضمن اجنبي لاحد الشريكين بحصته تصح والظاهر انه يصح مع بقاء الشركة فما يؤدبه الكفيل يكون مشتركاً بينهما كما لو ادى الاصيل، تأمل اهـ وفي الهنديّة الرسول في باب البيع اذا باع وضمن الثمن عن المشتري صح ضمانه ايضاً والوكيل بقبض الثمن من المشتري اذا كفّل بالثمن عن المشتري جازت كفالته اهـ

﴿ المادة ٦٣٢ ﴾ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة

بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية

لأن المقصود من العقوبة زجر الجاني وذلك لا يحصل بانزال العقوبة في غيره ولكن تصح الكفالة بالالاش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل لان هذه كفالة مالية بحق اعبد كالكفالة ببذل الصلح عن دم الممد اذا كان البذل ديناً

وكذا تصح ايضاً الكفالة بنفس من عليه الحد لكن هذا في الحدود التي فيها حق للعباد كحد القذف بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والشرب (رد مختار)

﴿ المادة ٦٣٣ ﴾ لا يشترط ايسار المكفول عنه وتصح الكفالة

عن المفلس ايضاً

لو كان حياً اذ لا تصح الكفالة عن الميت المفلس ولو من وارثه (در مختار) لان الدين يسقط بموته والكفالة لا تصح بدين ساقط الا اذا كان للميت كفيل او رهن او ظهر له مال فتصح بقدره (در منتقى) وقيدنا بالكفالة بعد موته لانه لو كفله في حياته ثم مات مفلساً صححت الكفالة لان سقوط الدين في احكام الدنيا في حقه للضرورة والضرورة تقدر بقدرها (طحطاوي) واستثنى في الدر المختار مسألة تصح فيها الكفالة عن الميت المفلس وهي اذا لحقه دين بعد موته كما اذا حفر بئراً في الطريق فتلف به شيء بعد موته لزمه الضمان في ماله لثبوت الدين مستنداً الى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة اهـ وهذا اي عدم صحة الكفالة عن الميت المفلس الا فيما استثنى قول الامام وعليه عامة المتون اما عند صاحبيه فتصح الكفالة مطلقاً اي سواء ظهر له مال او لا ولعل هذا المراد باطلاق المتن ولو تبرع احد ودفع المال عن الميت دون سبق ضمان صح اجمالاً (در منتقى)

الباب الثاني

في احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في احكام الكفالة المنجزة والمائة والمضافة

✽ المادة ٦٣٤ ✽ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل

✽ المادة ٦٣٥ ✽ يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الاصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلاً . مثلاً لو قال انا كفيل بدين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل في الحال ان كان دينه معجلاً وعند حلول الاجل ان كان مؤجلاً

✽ المادة ٦٣٦ ✽ اما في الكفالة التي انعقدت مضافة الى زمان مستقبل او معلقة بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم يحل الزمان او يتحقق الشرط

وذلك لما مر في المادة ٨٢ من ان المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط غير انه لا يجوز تعليق الكفالة الا بالشرط الملازم كما ترى في الامثلة الآتية والشرط الملازم هو الموافقة للكفالة باحد امور ثلاثة الاول كونه شرطاً لتعذر الاستيفاء

مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان دينك فانا كفيل بادائه تنعقد الكفالة مشروطة فاذا طالب الدائن ولم يؤده دينه كان له ان يطالب الكفيل اما قبل مطالبته الاصيل فليس له ان يطالب الكفيل

حتى لو مات الاصيل قبل المطالبة بطلت الكفالة لتعذر تحقق الشرط بعد الموت (رد مختار) وكذا لو قال ان غاب غريمك فعلي الدين الذي عليه تنوير او ضمن كل

ما لك عليه ان توى او ان مات غريمك قبل ان يفيك ما عليه فهو علي (طحطاوي) اي فتعقد الكفالة في هذه الصور مشروطة ولا يطالب الكفيل الا عند ثبوت وتحقيق الشرط المعلقة به الكفالة وهو غياب الغريم في الصورة الاولى وتوى المالك في الصورة الثانية وموت الغريم قبل الوفاء في الصورة الثالثة

الثاني ان يكون الشرط شرطاً لازماً للحق نحو ان استحق البيع او جمحك المودع او قتل او قتل ابنك فعلي الدية (رد مختار)

وكذا لو قال انا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان او بما ستقرضه فلاناً او بما يغصبه فلان او بثلث المال الذي ستيهه من فلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الاحوال وهي ثبوت الدين والاقرار وتحقيق الغصب ووقوع البيع والتسليم

واستحقاق المبيع وجود الوديعة والقتل ثم لو ادعى المكفول له انه باع من المكفول عنه متاع كذا بثمن كذا وطالب الكفيل به فصادقه الاصيل وانكر الكفيل فان كان المبيع في يد البائع او في يد المشتري فلا عبرة لانكار الكفيل ويطالب بالثمن لانهما اخبرا عن امر يمكن انشاءه في الحال وان لم يكن المبيع في يد احدهما فلا يطالب الكفيل ما لم يقم الطالب البينة (هندية)

وكذا لو قال ان سرق فلان مالك فانا ضامن صحة الكفالة ولكن انما يطالب الكفيل متى ثبتت سرقة ذلك الرجل

الثالث ان يكون الشرط شرطاً لسمه. لانه يمكن الكفيل من استيفاء المال من الاصيل نحو ان قدم زيد فعلي ما عليه من الدين والحال ان زيدا مكفول عنه أو غاصب المكفول عنه او مودعه او مضار به فيصح تعليق الكفالة بقدمه زيد لان قدمه وسيلة الى الاداء بخلاف ما لو كان زيد اجنبياً من كل وجه اذ لا يصح حينئذ تعليق الكفالة بقدمه كما لا يصح تعليقها بالشرط الغير الملازم نحو ان هبت الريح او جاء المطر لانه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المالك نعم لو جملة اجلاً صحت الكفالة وبطل الاجل ولزم المالك للحال اهـ ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي. وتصح الكفالة ايضاً بشرط تاجيل الطلب عن الكفيل الى اجل معلوم كما

لو كفّل على انه متى طال به المكفول له فله من ابتداء ذلك الوقت مهلة كذا يوماً وامهل من وقت المطالبة تلك المدة فلم يكفول له ان يطالب الكفيل بعد مضي الاجل اي وقت شاء وليس لا كفيل ان يطالب اجلاً آخر بقدر تلك الايام

وكذا لو قال انا كفيل باحضار فلان في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم

المادة ٦٣٧ * يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيدي أيضاً مثلاً لو قال انا كفيل بما يحكم به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم فلا يلزم الكفيل ادائه ما لم يلحقه حكم الحاكم

وذلك لان الكفالة مقيّدة بوصف هو الحكم على الاصيل فلما لم يثبت الوصف لا ثبت الكفالة المقيّدة به وبهذه الصورة لو اقام الطالب الدعوى على الاصيل بما له عليه فاقر الاصيل بالف مثلاً لزم الكفيل كما لو ثبت ذلك بالبيّنة وفي الهندية كفّل رجلاً على انه ضامن لما قضى عليه فاضي الكفونة وقضى عليه قاض غير قاضيها يلزمه ولو قال ما وجب لك على فلان يحكم فلان الحاكم فهو علي فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه وهذا اذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب فاما اذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاض شافعي المذهب لا يؤخذ به ولو قال لغيره ضمنّت لك الف درهم على ان لا اودعها اليك في حياتي فهو جائز ويؤخذ المال من ميراثه بعد موته اهـ. ولحكم التمييز قرار مؤرخ في ١١ تشرين الثاني ١٣١١ مؤداه اذا كفّل الدين عن المديون كفالة معلقة بشرط عدم انتدار المديون على الاداء فعند تحقق هذا الشرط يحكم على الكفيل ولو اثبت ان الدائن حجز ربع معاش المديون البالغ اربعين قرشاً شهرياً لان هذا البالغ ناه لا يكفي لوفاء الدين الا بعد مدة طويلة (ج ٢٠٠ عدد ٨٨٦)

نقطة: لو كفّل لرجل عن رجل بما ثبت له او بما حكم له عليه او بما لزمه له فغاب الاصيل فادعى الطالب على الكفيل لا تسمع دعواه عليه لان الكفالة مقيّدة بشرط الثبوت او الحكم على الاصيل فلما لم يثبت هذا الشرط لا يكون كفلاً فلا

يكون خصماً بخلاف ما لو ادعى ان له على فلان الغائب كذا وهو اي الحاضر كفيل به فسمع دعواه وبينته ويقضى بالمال على الكفيل فقط وان زاد بامر قضي عليه ما للكفيل الرجوع على الغائب بلا اعادة بينته عليه اذا حضر لانه صار مقضياً عليه ضمناً وانما صح سماع الدعوى على الكفيل بهذه الصورة لان الطالب ادعى مالاً مطلقاً عن الشرط والصفة فامكن اثباته بخلاف ما تقدم لان الكفالة فيه بمال موصوف بكونه محكوماً به بعد الكفالة فلما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفلاً فلا يكون خصماً كما تقدم حتى انه لو كان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولاً به ولان في المسألة الاولى لو قضى على الكفيل لكان القضا عليه قضا على الغائب قصداً لان الكفيل لم يصّر خصماً لما تقدم بخلاف المسألة الثانية لان القضا فيها على الكفيل قضا على الغائب ضمناً وهو جائز شرعاً بخلاف القضا عليه قصداً (رد مختار ملخصاً)

المادة ٦٣٨ * في الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن

وذلك لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع (در منققي) اذ لو اجاز المستحق البيع بعد الحكم بالاستحقاق وقبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه على الصحيح فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب عليه رد الثمن فلا يجب على الكفيل بالدرك والمراد بالاستحقاق هنا النافل للمالك اما المبطل له بالكلية كدعوى الوقف بالارض المشتراة فيطالب الكفيل وان لم يقض بالثمن على البائع ولو بنى المشتري او غرس في الارض المشتراة ثم استحققت فلا يرجع على كفيل الدرك بقيمة البناء والغرس بل بالثمن فقط لانه لم يكفل الا به ولو فسخ البيع بخيار روية او شرط او عيب لا يؤخذ الكفيل بالثمن لان كفالاته بائناً مقيّدة ومشروطة بما اذا استحق المبيع لا بغيره (طحطاوي ملخصاً)

المادة ٦٣٩ * لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقّعة الا في ظرف مدة الكفالة. مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مضيّه ببراء من الكفالة ولكن لو طالب الدائن الكفيل وحكم له الحاكم في خلال المدة ولكنه لم ينفذ الحكم حتى مضت المدة فهل يخلص الكفيل من المطالبة او يلزمه الدين انقرره في ذمته

بحكم الحاكم قال حيدر افندي الظاهر انه يلزمه الدين غير انه لا ينبغي الجواب عن هذه المسألة الا بعد وجود النص اهـ

ولو ادعى الكفيل ان الشهر ذكر لتوقيت الكفالة ولما كان قد مضى فقد تخلص من الكفالة وقال المكفول له بل جعل الشهر اجلاً للدين بمعنى انك كفلت مؤجلاً الى شهر فلم تخلص من الكفالة فالقول للمكفول له بيمينه (هندية)

المادة ٦٤٠ * ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة. مثلاً كما انه ليس لمن كفّل بنفس رجل او بدينه منجزاً ان يخرج من الكفالة كذلك لو قال مهما ثبت لك من الدين في ذمة فلان انا كفيله ليس له ايضاً الرجوع عنها لانه وان كان ثبوت الدين متاخراً عن عقد الكفالة فان ترتبه في ذمة المدين سابق هذا العقد

حتى لو كفّل رجلاً بامر به شرط ان يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهناً ولم يشترط ذلك على الطالب ثم ان المكفول عنه ابى ان يدفع العبد كان له ذلك وليس للكفيل ان يفسخ الكفالة وان لم يسلم له الشرط لان هذا الشرط جرى بين الكفيل والمكفول عنه ولم يجر بينه وبين الطالب فلو ثبت له الخيار بفسخ الكفالة ثبت له من جهة المكفول عنه والمكفول عنه ليس له هذا الخيار بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بان قال للطالب اكفل لك بهذا المال على ان يعطيني المطلوب بهذا المال عبده رهناً فكفل على هذا الشرط فابى ان يعطيه الرهن فان الكفيل حينئذ يتخير بين ان يمضي الكفالة او ان يفسخها لان هنا ثبت له الخيار من جانب الطالب وللطالب هذا الخيار فان له ان يبرئه فيفسخ الكفالة وله ان لا يبرئه فتبقى الكفالة فجاز ان يثبت للكفيل هذا الخيار من جهته وكذا لو قال للطالب اكفل لك بهذا المال على ان يعطيني المطلوب عبده رهناً فان لم يعطيني فانا بريء من المال وكفل بهذا الشرط ثم ابى المطلوب ان يعطيه الرهن فانه يبرأ من الكفالة (هندية)

اما لو قال انا كفيل بكل ما يبيعه من فلان او بثلث المال الذي ستبيعه

من فلان فانه يضمن للمكفول له ثلث المال الذي يبيعه المكفول من فلان المذكور ولكن له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بان يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً لثلث ما باعه

وكذا لو اكتفى باحد شقّي هذه العبارة بان قال فقط رجعت عن الكفالة او قال لا تبع ذلك الرجل (هندية) لان رجوعه عن الكفالة قبل المباشرة صحيح بخلاف الكفالة المنجزة بالدين او بما ثبت له على الاصيل والفرق ان الاولى مبنية على الامر دلالة وهذا الامر غير لازم والثانية مبنية على ما هو لازم وذلك لان قوله كفلت لك بما لك على فلان او بما ثبت لك عليه كفالة بمحقق لازم بخلاف كفله بما باعته فانه لم يتحقق بعد لان لزوم الكفالة بعد وجود المباشرة ونوجه المطالبة على الكفيل واما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ما تزم في ذمته شيئاً فيصح رجوعه لانه انما وجب عليه المال بعد المباشرة دفعة لا لغرور عن الطالب لانه يقول انما اعتمدت في المباشرة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاء عن المباشرة او حين رجع عن الكفالة (رد مختار) وفي الهندية لو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في راس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في راس الشهر والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند راس الشهر بل يجب في الشهر كله بسبب واحد وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة فان مات الكفيل ثم سكن المستأجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزوم ترك الكفيل ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك بخلاف كفالة النفس وليس للكفيل بالاجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدى فاذا ادعى الكفيل كان له ان يرجع على المستأجر اذا كانت الكفالة بامر اهـ

المادة ٦٤١ * من كان كفيلاً برد المغصوب والمستعار وتسليمهما

اذا سلمهما الى صاحبهما يرجع باجرة نقلهما على الغاصب والمستعير وكذا الكفيل برد المرهون وهذا كله اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه اما اذا كانت بغير امره فلا رجوع انظر المادة ٦٥٧ اما الكفيل برد الوديعة وتسليم مال

المضاربة والشركة فلا يرجع باجرة النقل والفرق ان المضمون والمستعار والمرهون يجب تسليمه على الاصيل بحمله الى ربه انظر المادتين ٨٢٠ و ٨٩٠ بخلاف الوديعة واخونها اذ لا يجب فيها الا التخلية فقط بينها وبين المودع انظر المادة ٧٩٤ فاذا حملها الكفيل الى بيت المودع كان مثبوعاً وملتزماً ما لا يلزم المكفول عنه شرعاً فلا يرجع

الفصل الثاني

في احكام الكفالة بالنفس

المادة ٦٤٢ * حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به في اي وقت شرط تسليمه فعلى الكفيل احضاره في ذلك الوقت حالاً بعد طلبه من المكفول له فان احضره فيها والا يجبر على احضاره اما لو غاب المكفول عنه وكانت غيبته ثابتة بعلم القاضي او بالبينه فيعمل الكفيل مدة ذهابه وايابه لو اراد السفر اليه فان اى حبسه القاضي للحال بلا امهال (بزازية) الا اذا كان في الطريق عذر بان كان مخوفاً وما شاكل ذلك (طحاوي) ولو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه فلا يطالب الكفيل باحضاره ان ثبت ذلك بتصديق الخصم او بينة اقامها الكفيل (تنوير) وان اختلفا ولا بينة فان كان له خرجة معروفة للنجرة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه والا فقول للكفيل انه لا يدري موضعه (جمع الانهر) ولو برهنا فيينة الطالب اولى لان معها زيادة علم (رد مختار) وفي كل موضع قلنا بذهاب الكفيل اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الاخر (در مختار)

الفصل الثالث

في احكام الكفالة بالمال

المادة ٦٤٣ * الكفيل ضامن

فيلزمه ما وقعت الكفالة به عن الاصيل سواء كان المكفول به ديناً كسكن

المبيع او عيناً مضمونة بنفسها كالمضروب والمبيع فاسداً والمقبوض على سوم الشرا اذا بين ثمنه او فعلاً كالتسليم المستعار وسائر الامانات (طحاوي) حتى لو ادعى الكفيل ان الالف الذي كفيل به فار او ثمن خمر ونحو ذلك مما لا يكون واجباً لا يقبل قوله ولو اقام البينة على اقرار المكفول له بذلك والمكفول له لا يجحد لا تقبل بينته ولو اراد ان يحلف الطالب لا يلتفت اليه (خانية) وذلك لان كفالته اقرار منه بان المكفول به دين صحيح واجب الاداء فدعواه بعد ذلك انه ثمن خمر تناقض فلا تسمع

المادة ٦٤٤ * الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان

شاء طالب الكفيل ومطالبته احدها لا تسقط حقه بمطالبة الآخر لان الكفالة مقتضاها الضم لا التملك بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فان اختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التملك من الثاني بعد ذلك (جمع الانهر)

وبعد مطالبة احدها له ان يطالب الآخر وان يطالبهما معاً

المادة ٦٤٥ * لو كفل رجل ما لزم الكفيل بالمال بموجب

كفالته فللدائن ان يطالب من شاء منهما

وله ايضاً ان يطالبهما معاً لانه قد مر في المادة ٦٢٧ بانه يجوز تعدد الكفلاء وحكم الكفالة ثبوت حق مطالبة الكفيل وكفيله لان مقتضى الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة

المادة ٦٤٦ * عليهما دين لآخر من جهة واحدة وقد كفل

كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين

ولو لم يكفل احدهما الاخر فلا يطالب احدهما الا بحصته . مثاله لو امتدان رجلان من رجل الفاً كان كل منهما مطالباً بخمسة مائة لا غير اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الدين وكذا لو اشترى من رجل متاعاً بالف كان كل منهما مطالباً بشتم حصته من المبيع اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الثمن انظر المادة ١١١٣

استطرد : لو كان عليهما دين لآخر وكفل كل عن صاحبه بامر وادى احدهما الى الطالب فان كان الدين واحداً لو كان دينين متعددين صفةً وسبباً كتمن مبيع حال فلا يرجع الذي ادى على شريكه الا بما ادى زائداً على ما عليه لان كلا منهما اصيل بما عليه وكفيل بما على الآخر فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصاله لرجحان جهة الاصاله على النيابة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فوجب صرف المؤدى الى الاقوى . مثاله اشترى رجلان شيئاً بالف مناصفة عليهما وكفل كل عن صاحبه بامر وادى احدهما الى البائع خمسمائة فقط فلا يرجع على صاحبه بشيء لان عليه خمسمائة ديناً وخمسمائة بحكم الكفالة فيصرف ما يؤديه الى المطلوب منه بالاصاله لانه اقوى من المطلوب بالكفالة اما لو ادى ستائة فيرجع على صاحبه بمائة ولو ادى سبعمائة رجع بمائتين لان المطلوب منه اصاله خمسمائة فقط وقد اداها فما دفعه زيادة على ذلك انما دفعه بحكم الكفالة فيرجع به ولكن لو اختلف الدينان صفةً وسبباً بان كان ما على احدهما مؤجلاً وما على الآخر معجلاً او كان ما على احدهما ثمن مبيع وما على الآخر قرضاً فاذا ادى احدهما شيئاً صح تعيينه عن شريكه ورجع به لان النية في الجنس بين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو . الا انه لو كان دين احدهما مؤجلاً ودين الآخر معجلاً فادى من دينه معجلاً قبل ان يحل دين الآخر فلا يرجع به عليه لان الكفيل اذا دفع ديناً مؤجلاً قبل حلول اجله فليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل اهـ ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته للطحاوي

المادة ٦٤٧ * لو كان بالدين عدة كفلاً فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهم ما لزم ذمة الآخر ففي هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين مثلاً لو كفل واحد آخر بالف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما

بالالف كله وبهذه الصورة لو كفل كل من الكفيلين جميع المال عن صاحبه بامر فما ادى احدهما رجع بنصفه على شريكه لكون الكل كفالة هنا فلا ترجيح للبعض على

البعض ليقع النصف الاول عن نفس الدافع خاصة بخلاف المسألة المتقدمة في شرح المادة السابقة فيكون المؤدى هنا شائعاً فيرجع بنصفه على شريكه ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادبا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ولو شاء الدافع الرجوع بالكل على الاصيل فله ذلك اذا كان قد كفله بامر والا فلا (در ملخصاً)

واما لو كفلاً معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهما ما لزم ذمة الآخر فعند ذلك يطالب كل منهما بالالف وبهذه الصورة لو ادى احدهما شيئاً فلا يرجع على شريكه الا بما اداه زيادة على النصف كالمسألة التي مرت في شرح المادة السابقة لان الدين هنا ينقسم عليهما نصفين فكان كل منهما مديوناً بالنصف وكفلاً بالنصف الآخر فما يؤديه اولا بصرف الى ما عليه اصاله كما قدمنا وما زاد عليه بصرف ضرورة الى ما وجب عليه بحكم الكفالة فيرجع به (در)

المادة ٦٤٨ * لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب حوالة على انه وان كان قد مر في المادة ٦٢١ ان الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل فقط الا انه هنا لا بد من قبول الطالب لانه يصبح محالاً وسياتي في المادة ٦٨٠ ان الحوالة لا تصح الا برضا المحال

المادة ٦٤٩ * الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة . فلو قال واحد لمديونه احلني بديني على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً فاحاله المديون على هذا الوجه فللطالب ان ياخذ دينه ممن شاء

راجع المادة ٣ ولو قال لآخر ضمنت لك ما لك على فلان على ان احيلك به على فلان فرضي الطالب فان احاله الضامن على فلان جاز وان ابي فلان ان يقبل الحوالة فالضامن ضامن على حاله ان شاء الطالب آخذه وان شاء أخذ الاصيل (هندية)

المادة ٦٥٠ * لو كفل واحد دين آخر على ان يؤديه من ماله المودع عنده يجوز ويلزم الكفيل ادائه من ذلك المال فيه اشكال لانه كيف يجوز للوديع ان يتصرف في مال غيره اللهم الا ان يحمل

على ان الكفالة جرت بأمر المودع او ان هذا جواب الاستحسان واطلاق المتن يدل على الثاني لا على الاول وحينئذ تصح هذه الكفالة سواء كانت بأمر المودع او بعير امره وبه صرح في الهندية حيث قال اذا كفّل رجل عن رجل بالف درهم على ان يعطيها من وديعة المطلوب عنده فالضمان جائز ويجبر المودع على ايفاء الدين من الوديعة وهذا استحسان فان هلك الوديعة فلا ضمان على الكفيل وكذلك لو ان صاحب الوديعة طلب من المودع ان يضمن الوديعة حتى يدفعها الى فلان قضاء بدينه هذا ففعل كان جائزاً وهذه المسألة والمسألة الاولى سواء اهـ ثم هل يشترط ان تكون الوديعة من جنس الدين او لا فرق ظاهر كلام الهندية الاول

ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد الوديع ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً

فعليه المكفول له قيمة ذلك المال ان كانت مساوية للدين او اقل منه وان كانت اكثر فعليه مثل الدين فقط وفي الهندية ضمن له الف درهم على ان يعطيه اباه من ثمن هذه الدار فلم يعها لم يكن على الكفيل ضمان ولو باعها بعبد لم يلزم المال ولا يجبر على بيع العبد في الضمان فان باع العبد بعد ذلك بدراهم كان عليه ان يقضيه من تلك الدراهم وهذا استحسان ولو ضمن عن رجل مالا على ان يقضيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل ان يبيعه بطل الضمان عن الكفيل ولو ضمن على ان يعطيه دينه من ثمن عبده ولا عيب له فالضمان لازم بخلاف ما لو ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له فان الضمان باطل اهـ

المادة ٦٥١ * لو كفّل بنفس واحد على يحضره في الوقت الفلاني والآفعليه دينه فان لم يحضره في الوقت المعين لزمه اداء ذلك الدين اي اذا لم يحضره مع قدرته عليه فلو عجز عن احضاره لمرض المكفول عنه او لحبس فلا يلزمه المال (درمختار) وكذا لو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه (درمختار) ولكن اذا جن المكفول او مات قبل حلول الوقت فعلى الكفيل اداء الدين ولا يعذر بموت المكفول وجنونه كما في التنوير والمثلث لان موت المكفول وان ابطال الكفالة بالنفس فانما هو في حق تسليمه الى الطالب لا في حق المال (طحاوي) وان اختلفا في

الموافاة وعدمها فالقول للمكفول له لانه منكرها ولا يصدق الكفيل الا بيينة فان عجز عن الاثبات وحلف المكفول له فالمال لازم على الكفيل (خانية)

واذا توفي الكفيل فان سلمت الورثة المكفول عنه في الوقت المعين او سلم المكفول عنه نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على الكفيل شيء من المال وان لم يسلم الورثة المكفول عنه او هو لم يسلم نفسه وجب اداء المال من تركه الكفيل

وان مات المكفول له فيطالب وارثه الكفيل باحضار المكفول فان احضره في الوقت المعين برىء والا لزمه المال للوارث (در)

ولو احضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم لينصب له وكيلاً بتسليمه عنه

تبين من هذه المادة انه لا يشترط لصحة الكفالة معلومية المكفول به اذا كان مالا وقد مر ذلك صريحاً في المادة ٦٣٠ وكذلك لا يشترط ايضاً صحة الدعوى لصحة الكفالة فانه لو ادعى رجل على آخر مالا ولم يبين مقداره ولا صفته اصلاً او بين مقداره دون صفته فقال رجل للمدعي دع فانا كفيل بنفسه ان لم اوافك به غداً فعلي ما تدعيه عليه صحّت الكفالة فان لم يواف به غداً لزمه المال المدعى به (تنوير) وان اختلفا في صفته بان قال الطالب لي مائة دينار اثرفية وقال الكفيل لا بل ائك مائة دينار افرنجية فالقول للمكفول له في بيانها لانه يدعي صحة الكفالة، نص عليه في العزيمة والمنع وغيرهما، وان اختلفا في مقداره بان قال الطالب الف وقال الكفيل خمسة مائة فان كن الطالب قد بين مقدار الدين وقت الدعوى فكفل به الكفيل لزم الكفيل ما ادعاه الطالب وان كان لم يبينه فلا بد من اقامة البرهان على الكفيل ولو كان الاصيل مقراً وان عجز المكفول له عن البينة فالقول للكفيل يمينه على نفي العلم. مثال الاول لو ادعى على رجل الف دينار فقال رجل للمدعي دع ان لم اوافك به غداً فعلي الف فلم يواف به لزمه الف. ومثال الثاني ادعى على اخر انه باع منه متاعاً ولم يؤد اليه الثمن فقال رجل ان لم اوافك به غداً فعلي ما تدعيه فلم يواف به وادعى المدعي ان ثمن المبيع الف واقر بها المدعى عليه وانكر الكفيل فلا بد من البرهان

على الكفيل والا فالقول قوله يمينه بخلاف ما لو قال الكفيل ان لم اواف به فعلي من المال ما اقر به المطلوب فاقر المطلوب بالف فالكفيل ضامن لما (خانية) والفرق ان في مسألة الافرار اضيفت الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من كل وجه وهي جائزة للتعامل . اما في مسألة الدعوى فالكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه لان الدعوى ان كانت سبب الوجوب في حق المدعي است بسبب الوجوب في حق المدعي عليه ولا تعامل في اضافة الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه فيرد الى ما يقتضيه القياس ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لوجعلناها مضافة الى مجرد الدعوى لجعلناها مضافة الى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سبباً للوجوب من كل وجه حتى لا تلغ هذه الاضافة اصلاً (هندية)

المادة ٦٥٢ * ان كان الدين في الكفالة المطلقة معجلاً على الاصيل ففي حق الكفيل يثبت معجلاً ايضاً وان كان مؤجلاً على الاصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت مؤجلاً

وذلك لتبعية الفرع لاصله ولو كان الدين مؤجلاً عليهما وتوفي احدهما فيحل الدين عليه خاصة دون الآخر فلو حل الدين على الاصيل بموته لا يحل على الكفيل كما لا يحل على الاصيل اذا حل على الكفيل بموته (تنوير) وبهذه الصورة لو ادى وارث الكفيل الدين الى الدائن لا يرجع به على الاصيل لو الكفالة بامر الا عند حلول الاجل (در مختار) كما لو عجل الكفيل الدين حال حياته فانه لا يرجع على المطلوب الا عند حلول اجله (طحطاوي) ولو مات الاصيل الكفيل خير الطالب في اخذ الدين من اية التركتين شاء لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حال الحيوة (درر)

المادة ٦٥٣ * يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف

الذي قيدت به من التعجيل والتأجيل

ولو اختلفا فقال الكفيل كفالته مؤجلاً الى شهر مثلاً وقال الطالب بل كفالته حالاً فالقول للكفيل (تنوير) بخلاف الاقرار فان القول فيه للمقر له يعني اذا اقر الاخر بمائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له (ملحق) والفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر والمقر له ان ينكره فكان

القول قوله ولا يصدق المقر فيما يدعيه من الاجل الا بينة اما الكفيل فلم يقر بالدين فلا دين عليه في الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد شهر والطالب يدعي عليه حق المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول قوله والبينة على الطالب لانه يدعي عليه حقاً (جمع الانهر)

المادة ٦٥٤ * كما تصح الكفالة مؤجلة الى الاجل المعلوم الذي

اجل اليه الدين تصح ايضاً مؤجلة الى اجل اطول منه

حتى انه يصح التأجيل الى الوفاة فلو قال كفلت بدينك على فلان بشرط ان لا اوديه في حياتي صح ويستوفي الدين من تركة الكفيل بعد وفاته (هندية) قلت انظر كيف صح هذا التأجيل مع الجهالة الفاحشة

المادة ٦٥٥ * لو اجل الدائن دينه في حق الاصيل صار

مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضاً والتأجيل على الكفيل الاول تأجيل على الكفيل الثاني ايضاً واما تأجيله في حق الكفيل فليس

بتأجيل في حق الاصيل

لعدم تبعية الاصل لفرعه . ولهذا لو ابرأ الطالب الكفيل لا يبرأ الاصيل بخلاف ما لو ابرأ الاصيل فان الكفيل يبرأ ايضاً تبعاً له راجع المادتين ٥٠ و ٦٦٢ ثم اعلم ان قولم تأجيل الدين عن الكفيل لا يكون تأجيلاً عن الاصيل محله فيما لو كفل حالاً ثم اجله الطالب عنه اما لو كفل بالمال الحال مؤجلاً فيتأجل الدين عن الكفيل والاصيل ايضاً (طحطاوي) لان الطالب ليس له حال الكفالة حتى يقبل التأجيل الا الدين بضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل اما في المسألة الاولى وهي ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل فقد تقرر فيها حكم الكفالة وهي المطالبة حالاً ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف اليه فقط (رد مختار) واعلم ايضاً ما اذا ذكرناه من تأجيل الدين عليهما فيما اذا كفل بالدين الحال مؤجلاً يستثنى منه ما اذا اضاف الكفيل الاجل الى نفسه بان قال اجلني او شرط الطالب وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل (هندية)

تنبيه : يرد التأجيل برد الاصيل والكفيل او يثقف على قبولها فان اجل الطالب دينه ولم يقبل الكفيل او الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال (فتح)

﴿ المادة ٦٥٦ ﴾ المديون مؤجلاً لو اراد السفر الى ديار اخرى قبل حلول الاجل وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يجبر المديون على اعطاء الكفيل

وان ابى منه الحاكم عن السفر وكذا الحكم بالاولى لو كان الدين حالاً وفي رد المختار عن الظهيرة قالت زوجي يريد ان يغيب نخذ لي بالنفقة كفيلاً لا يجيبها الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الامام الثاني اخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كانه كفيل بما ذاب لها عليه . قال في التبر وظاهره يفيد انه يكون كفيلاً بنفقة شهر فقط لكن قال نور العين عن الخلاصة لو علم القاضي ان الزوج يمكث في السفر اكثر من شهر فلحاكم يأخذ الكفيل باكثر من شهر عند ابي يوسف اهـ . لخصاً

﴿ المادة ٦٥٧ ﴾ لو قال واحد لا آخر اكفاني بدينني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وادى الدين بحسب كفايته

له ان يرجع على المكفول عنه لان الكفالة هنا بامره . اما لو كفله بغير امره فلا يرجع لتبرعه الا اذا اجاز المكفول عنه في المجلس قبل قبول الطالب (رد مختار) . وحيلة الرجوع على الاصيل لو الكفالة بلا امره ان يجب الطالب الدين من الكفيل وبوكله بقبضه (رد مختار) . واعترضه في رد المختار بان التوكيل بالقبض غير لازم لان عقد الكفالة يتضمن التوكيل بالقبض عند الاداء ثم قال نعم ينبغي ان تكون الهبة سابقة على اداء الكفيل والا كانت هبة دين سقط بالاداء . فلا تصح اهـ . ثم ان رجوع الكفيل على الاصيل لو الكفالة بامره مقيد بامر من الاول ان يكون الامر ممن بصح اقراره على نفسه بالديون فلو كان صبياً مجبوراً وامر رجلاً ان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الامرء اما لو كفل عن الصبي المأذون بامره وادى كان له ان يرجع عليه (هندية) الثاني ان يدفع الكفيل ما وجب دفعه على الاصيل فلو كفل عن المتاجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا يرجع (بزاوية) وكذا لو ادى الكفيل بعد ما ادى الاصيل الى الدائن فانه لا يرجع ولو لم يعلم بادائه لانه شيء حكيم فلا فرق فيه بين

العلم والجهل كعزل الوكيل بل للكفيل ان يرجع على الدائن بما اداه له (رد مختار) لان من دفع شيئاً ظاناً انه يلزمه ثم ظهر خلافه له ان يرجع به ثم اعلم انه لو ادى الكفيل دين الطالب

لو اراد الرجوع على الاصيل

فانه يرجع بما ادى ان ادى ما ضمنه لانه قضى دين الاصيل بامره فيرجع عليه (مجمع الانهر) وان ادى خلاف ما ضمن

فانه يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للموَدَى

لان رجوعه بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين الذي كفله فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عين الدين الذي ضمنه وكذا اذا وهب الطالب الدين من الكفيل فانه يملكه ويطالب المكفول به بعينه بخلاف المأمور بقضا الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء (رد مختار)

اما لو صالح الدائن على بعض الدين فانه يرجع بيد الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين

كما لو صالح عن الف على مئة مثلاً فانه لا يرجع الا بالمئة فقط لان الصلح على مقدار من الدين يتضمن البراء من الباقي والبراء يسقط ما بقي من الدين فلا يملك الكفيل فلا يرجع به بخلاف الاداء لانه به يملك ما في ذمة الاصيل كما تقدم فيرجع به (مجمع الانهر)

مثلاً لو كفل بالمسكوكات الخالصة وادى مغشوشة ياخذ من الاصيل مسكوكات خالصة وبالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وادى خالصة ياخذ من الاصيل مغشوشة . كذلك لو كفل مقدراً من الدراهم واداهها صلحاً باعطاء بعض اشياء فانه ياخذ من الاصيل المقدار الذي كفله من الدراهم اما لو كفل بالف قرش وادى خمسمائة صلحاً فانه يرجع على الاصيل بخمسمائة اي لو صالح الكفيل الطالب عن الدين بخمس آخر كالعروض كما لو دفع عن

الدين ثوباً أو شيئاً من الخلق فان الكفيل يرجع على الاصيل بالدين كله بخلاف ما لو صالحه عن الدين على مقدار منه فانه لا يرجع الا ببذل الصلح والفرق ان الصلح في المسألة الثانية يتضمن البراء عن الباقي من الدين والبراء يسقط الدين فلا يملك الكفيل . اما في المسألة الاولى فالصلح مبادلة فيصير الدين بمقابلة الثوب فيملك الكفيل بهذه المبادلة ما في ذمة الاصيل من الدين فيرجع بكفله عليه (درر) وكذا يرجع الكفيل بجميع الدين لو صالح الطالب على جزء منه على ان يهب له الطالب الباقي (رد مختار)

تنبيه : ليس للكفيل ان يطالب مكفوله بالدين الذي كفله به بامر قبل ان يؤديه عنه للطالب (تنوير) لان الكفيل يملك الدين بالاداء لا قبله غير انه اذا تبرع الاصيل ودفعه الى الكفيل جاز الا انه اذا دفعه قبل حلول اجل الدين فله ان يسترده منه وان دفعه بعد حلول الاجل فان اداه على وجه القضا ليس له ان يسترده لغيره . حيثئذ يملك الكفيل ان يهلك في يده هلك عليه وبهذه الصورة لو نهاه الاصيل عن دفعه الى الطالب لا يعمل نهي لانه حيث كان لا يملك الاسترداد لا بعذر نهي وان دفعه على وجه الرسالة فله استرداده لانه حيثئذ في يد الكفيل محض امانة ان يهلك في يده لا يضمنه ويرجع به على الاصيل وبهذه الصورة لو نهاه الاصيل عن ادائه الى الطالب اعتبر نهي لكونه يملك الاسترداد ولو اطلق عند الدفع فلم يبين انه على وجه القضا او الرسالة يقع عن القضا وصورة الدفع على وجه القضا ان يقول الاصيل للكفيل مثلاً اني لا آمن ان ياخذ الطالب منك حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه . وصورة الدفع على وجه الرسالة ان يقول له خذ هذا المال وادفعه الى الطالب ولكن لو قفي الاصيل دين الطالب بنفسه فله في كل حال ان يسترد من الكفيل ما اداه اليه وهذا كله اذا كانت الكفالة بامر الاصيل كما قدمنا اذ لو كانت بغير امره فللاصيل ان يسترد ما دفعه الى الكفيل مطلقاً واذا نهاه عن دفعه الى الطالب اعتبر نهي لكونه يملك الاسترداد . ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار . وفي الهندية كفيل عن رجل الف درهم بامر ثم ان الاصيل اداهما الى الطالب بمحض من الكفيل ثم جحد الطالب ذلك وحلف واخذ المال من الكفيل فللكفيل ان يرجع به على الاصيل ولو كان الكفيل هو الذي دفع بمحض من الاصيل ثم جحد الطالب القبض وحلف واخذ المال ثانية من الكفيل فليس للكفيل ان يرجع على الاصيل بما ادى . اه وفيها لو ضمن الوصي دين

الميت يرجع في تركته اه ولو امر الوصي رجلاً ان يكفل بدين الميت فكفل وادى فانه يرجع على التركة لا على الوصي (ادب الاوصياء)

المادة ٦٥٨ * لو غرّ واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلاً لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحققت وضبطت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البناء حين التسليم . وكذا لو قال لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي اعلم ان الغرور لا يوجب الرجوع الا في ثلاثة مواضع . الاول ان يكون ضمن عقد المعاوضة كما تصرح في متن المادة ولو كان العقد فاسداً (خاتية) ومن ذلك ما لو آجره حيواناً على انه يملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستأجر قيمته بحكم غاصب الغاصب فله اي للمستأجر ان يرجع على المؤجر بمثل ما ضمن (حموي) . الثاني ان يضمن الغار صفة السلامة للغرور نصاً كما اذا قال لرجل اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اخذ مالك فانا ضامن فان اخذ ماله ضمنه الغار لانه ضمن للغرور صفة السلامة فلو لم يضمنها بان قال فقط اسلك هذا الطريق فانه آمن لم يضمن . ثم انه لا يشترط في ضمان الغرور ان يكون المكفول عنه معلوماً وهذا مخالف للقياس ولعلمهم اجازوا الضمان مع جهالة المكفول عنه زجراً عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي غير انه يشترط ان يكون المكفول عنه ممن تصح الكفالة عنه فلو قال لا آخر ان اكل ابنك سبع او اتلف مالك سبع فانا ضامن لا يصح لان السبع فعله جبار فلا تصح الكفالة عنه . الثالث ان يكون الغرور في قبض يعود نفعه الى الدافع . مثاله لو اودع ماله عند آخر وسلمه اياه او آجر عيناً وسلمها للمستأجر فهلكت الوديعة او العين المستأجرة في يد الوديع او المستأجر ثم استحققت وضمنها المستحق فانهما يرجعان على الدافع بما ضمنه لان قبضهما عائد نفعه اليه اذ بصورة الوديعة ينتفع بالحفظ وبصورة الاجارة ينتفع بالاجارة بخلاف ما لو اعار احداً شيئاً او وهبه منه فهلك في يده ثم استحق منه وضمنه المستحق قيمته فانه لا يرجع على الدافع بشيء لان قبضه عائد نفعه اليه لا الى المأجر والواهب ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار . وفي الخاتية اشترى داراً وبنى فيها ثم استحق رجل نصفها شائعاً

ورد المشتري ما بقي على البائع كان له ان يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة البنا لانه .مغرور بالنصف . ولو استحق منها نصف بعينه فان كان البنا في النصف المستحق خاصة رجع المشتري بقيمة البنا كله وان كان البنا في النصف الذي لم يستحق كان له ان يرد الباقي ولا يرجع بشيء من قيمة البنا اهـ

—•••—

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في بعض الضوابط العمومية

المادة ٦٥٩ * لو سلم المكفول به الى المكفول له برىء الكفيل من الكفالة سواء سلمه الاصيل او الكفيل

وسواء كان المكفول به نفساً او مالاً لان بتسليم المكفول به الى الطالب ينتهي حكم الكفالة ولكن لو اقر انه ضمن لرجل القاء على فلان فبرهن فلان انه كان قضاء اياها قبل الكفالة فانه يبرأ الاصيل دون الكفيل ولو برهن انه قضاء بعدها يبرأ (هندية) . لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل وبالاثبات تبين ان لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره اي لان البيئة لما قامت على الاداء قبل الكفالة علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين (رد مختار) وفي الهندية لو كفل رجلاً بمال لرجل ثم باع الاصيل من الطالب عبداً بذلك المال وسلمه اليه حتى برىء الكفيل عن الكفالة حكماً ببراءة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب او رده الطالب بالعب بقاء الفاضي عاد المال على الكفيل ولو رد بغير قضا لا يعود المال عليه اهـ .

المادة ٦٦٠ * لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل حق يبرأ الكفيل

ولو لم يقبل الكفيل الا برأ حتى لو رده لا يرتد برده بخلاف التاجيل . والفرق ان البراء اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك . مال لان الواجب عليه مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط بخلاف التاجيل اعوده بمد حلول الاجل . اما ما جاء في الخاتمة من انه لو قال الطالب للكفيل اخرجتك من الكفالة فقال الكفيل لا اخرج لم يصير خارجاً فقد اوله بعضهم بانه في معنى الاقالة لعقد الكفالة فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة بخلاف البراء فانه محض اسقاط فيتم بالمسقط (رد مختار ملخصاً) ثم انه اذا ابرأ الطالب الكفيل فليس للكفيل ان يرجع على الاصيل بشيء كما في الهندية لان هذه البراءة براءة اسقاط لا براءة استيفاء . وقد مر بك ان الاسقاط لا يثبت للكفيل حق الرجوع لانه لا يملك الدين الا بالاداء اما لو وهب الطالب الدين من الكفيل فيحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل والا لا (هندية)

المادة ٦٦١ * لا تلزم براءة الاصيل براءة الكفيل

لانه اذا سقط الفرع لا يسقط الاصل لعدم تبعية الاصل لفرعه كما قدمنا في شرح المادة ٦٥٥

يصح تعليق البراء من الكفالة بالمال بالشرط المتعارف نحو ان وافيت به غداً فانت بريء من المال فوافي به برىء لمكان التعامل (خاتمة) . وكذا اذا قال ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابرأتك من الكفالة . اما تعليقها بالشرط غير الملائم فلا يصح نحو ان جاء غد فانت بريء فتبطل البراءة وتبقى الكفالة على حالها (جمع الانهر)

المادة ٦٦٢ * براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

لانه اذا سقط الاصل سقط الفرع راجع المادة ٥٠ الا في مسألتين الاولى وردت في المادة ٨١ اما الثانية فقد مرت في شرح المادة ٦٥٩ وهي قوله ولو اقر انه ضمن لرجل القاء على فلان الخ . ثم انه لا يشترط في البراء قبول الاصيل كما سيأتي في المادة ١٥٦٨ ولكن اذا رد الاصيل الا برأ هل يعود الدين على الكفيل قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود (طحطاوي) وبه قال قاضيخان وهو من كبار المجتهدين ولم يذكر القول الاول . ولو وهب الطالب الدين من الاصيل يحتاج الى القبول فلو مات

قبل القبول والرد فهو بري وان لم يمت فرد المدة فردة صحيح والمال على المطلوب وعلى الكفيل على حاله (هندية)

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

المادة ٦٦٣ * لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه الخاصة كالبلد او القصبة الى المكفول له ببراء الكفيل من الكفالة سوا قبل المكفول له او لم يقبل

لانه اذا لم يقبل بعد قابضاً حكماً كالفاصل اذا رد العين ولم يقبلها المقصود منه وكالمدين اذا دفع الدين فلم يقبضه الدائن فان كلاً منهما بعد قابضاً حكماً (رد مختار) ويرأ الكفيل ايضاً بتسليم المطلوب نفسه (تنوير). لكن هذا اذا كانت الكفالة بامر له لحصول المقصود وان لم تكن بامر فلا يرأ لانه حينئذ لا يلزمه الحضور فليس مطالباً بالتسليم فاذا سلم نفسه لا يرأ الكفيل ولهذا قالوا ان الكفيل له ان يمنع المطلوب عن السفر لو الكفالة بامر والا فلا (رد مختار) ويرأ الكفيل ايضاً اذا سلم نائبه او رسوله المطلوب الى الطالب غير انه يشترط في تسليم هؤلاء الثلاثة اي المطلوب والنائب والرسول ان يقول كل منهم سلت اليك عن الكفيل (درر)

ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يرأ بتسليمه في بلدة اخرى ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يرأ من الكفالة لكن لو سلمه في حضور ضابط يرأ

وكذا لو شرط على الكفيل ان يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي او شرط ان يدفعه اليه عند القاضي فدفعه اليه عند الامير اي فانه يرأ (خانية) ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به في وقت كذا في مسجد كذا فعليه المال الذي عليه للطالب فوافاه به في ذلك المكان بوثقة واشهد على ذلك وتغيب الطالب بريء الكفيل من الكفالة بالنفس والمال جميعاً (هندية)

المادة ٦٦٤ * يرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب اما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة

المادة ٦٦٥ * لو كفل على ان يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له

وذلك لان الاجل حق الكفيل فله اسقاطه كالمدين المؤجل اذا قضاه المدينون قبل حلول اجله فن الدائن يجبر على قبضه (طحطاوي)

المادة ٦٦٦ * لو مات المكفول به فتحماً يرأ الكفيل من الكفالة يرأ كفيل الكفيل

كذلك لو توفي الكفيل فتحماً يرأ هو من الكفالة يرأ كفيله ايضاً ولكن لا يرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطلب وارثه او وصيه الكفيل بتسليم المكفول به فان سلمه الكفيل الى احد الورثة او الى احد الوصيين خاصة فللباقى المطالبة باحضاره (مجمع الانهر) ولا يشكل عليه ما سياتي في المادة ١٦٤٢ من ان احد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما له وعليه لان هذه المادة صرحت ايضاً بان ليس للوارث الا قبض حصته فقط اذا اثبت حق كل الورثة ومن هذا يتضح ان حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فاذا استوفى احدهم حقه لا يسقط حق البقية لان له استيفاء حقه فقط وانما قام مقام الباقي في اثبات حقهم فاده في رد المختار

الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

المادة ٦٦٧ * لو توفي الدائن وكانت الورثة منحصرة في المدينون يرأ الكفيل من الكفالة

لان المدين ملك ما في ذمته فيبرأ وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل (خانية)

وان كان للدائن وارث اخر يبرأ الكفيل من حصة المدينون فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الاخر

مثلاً لو كان لامرأة على زوجها الف درهم من صداقها فكيف لها رجل عن الزوج ثم ماتت المرأة فورثها زوجها واخوها فيبرأ الكفيل من النصف ويبقى كفيلاً بنصف الاخر (هندية) ولو توفي الدائن والكفيل وارثه بريء الكفيل من الكفالة ويبقى المالك على المكفول عنه على حاله وان كانت الكفالة بغير امره بريء المطلوب ايضاً لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته ولو ملك الكفيل المال في حال الحيوة بالقضاء او بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وان كانت بغير امره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث (خاتمة)

المادة ٦٦٨ * لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرأ ان اشترطت براءة تهما او براءة الاصيل فقط ولم يشترط شيء وذلك لانه اضاف الصلح الى الدين كله وهو على الاصيل فبري عن الباقي وبراءته توجب براءة الكفيل (درر) وبهذه الصورة لو ادى الكفيل بدل الصلح رجع به على الاصيل لو الكفالة بامره اذ بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧

وان اشترط براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط
لكون الصلح بهذه الصورة فسخاً للكفالة لا اسقاطاً لاصل الدين
ويكون الطالب مخيراً ان شاء اخذ مجموع دينه من الاصيل
لان مجموع الدين باق عليه وبهذه الصورة لا يأخذ الطالب من الكفيل شيئاً
لثلاً بصير مستوفياً زيادة عن حقه

وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل
ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كفله بامره وان كان بغير امره فلا يرجع (هندية) ولو صالح الكفيل الطالب على شيء معلوم ليعبره من الكفالة يصح الصلح ويبرأ الكفيل دون الاصيل لان هذا براءة الكفيل عن المطالبة (رد مختار عن الهداية)

المادة ٦٦٩ * لو احال الكفيل المكفول له على واحد وقبل المكفول له والمحال عليه بريء الكفيل والاصيل

وكذا لو احال الاصيل او تبرع رجل فاخذ الدين على نفسه بطريق الحوالة (انظر المادة ٦٨١) لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فكيفها براءة الاصيل والكفيل معاً ولكن اذا شرط الكفيل براءة نفسه فقط فيجوز يبرأ هو دون الاصيل (اشباه) وللطالب اخذ الاصيل والمحال عليه بدنيه ولا سبيل له على الكفيل ما لم يتبرأ المالك على المحال عليه وكذا يبرأ الكفيل ايضاً لو احال الطالب انساناً على المطلوب وللحال فيجوز ان يطلب الاصيل لكونه محالاً عليه لا الكفيل لانه لم يضمن له شيئاً (رد مختار)

المادة ٦٧٠ * لو مات الكفيل بالمال يطلب بالمال المكفول به من تركته

لان الكفالة لا تبطل بموته لكون حكمها بعد موته ممكناً فيوفي الدين من تركته ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وكان الدين حالاً فلو كان مؤجلاً فلا رجوع حتى يحل الاجل كما قدمنا في شرح المادة ٦٥٢

فرع: ادعى على رجل الف درهم وضمنها رجل بامر المدعى عليه ودفعها الضامن الى المدعى ثم ان المدعى مع المدعى عليه تصادفاً على انه لم يكن على المدعى عليه شيء فالمدعى يرد ما قبض الى المدعى عليه ثم الضامن يرجع بما ادى على المدعى عليه (هندية)

المادة ٦٧١ * الكفيل يضمن المبيع اذا انفسخ البيع
بمختيار رؤية او شرط او بالاقالة او بفساد البيع (رد مختار)

او ضبط المبيع بالاستحقاق او رد بعيب يبرأ من الكفالة
سواء كان الرد بالعيب بقضاء او برضا ولو كانت الكفالة بالثمن لغريم البائع اي لدائنه كما لو اشترى من رجل شيئاً بالف وضمن المشتري او غيره ثمن المبيع لدائن البائع ثم استحق المبيع بزيء الكفيل ايضاً اما لو رد المبيع على البائع بعيب بقضاء او برضا او بمختيار رؤية او شرط فلا يبرأ الكفيل بل يبقى للدائن حق مطالبته بالثمن الذي كفله له والفرق بينهما فيما استظهره في النهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب

على المشتري وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ما تعلق به حق الدائن فلا يسري عليه (رد مختار) وفي الهندية كفل رجل للبائع بثمن المبيع ثم ان البائع وهب الثمن من الكفيل فاخذ الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فردّه على بائعه فله ان ياخذ الثمن منه وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل اه

المادة ٦٧٢ * لو استؤجر مال الى نهاية مدة معلومة وكفل

واحد يبدل الاجارة التي سميت

صحت الكفالة سواء كانت الاجارة مؤجلة او معجلة لان الاجارة وان لم تجب بالعقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة غير ان الكفيل تنتهي كفالاته عند انقضاء مدة الاجارة فان انعقدت اجارة جديدة

بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد

ولا ننس ما قدمناه في شرح المادة ٦٤٠ عن الهندية من انه لو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في راس مال الشهر ولا منافاة بينه وبين ما جاء في هذه المادة من ان الكفالة لا تنتهي الا عند انقضاء مدة الاجارة لان الكفالة هنا واقعة على بدل الاجارة كله بخلاف مسألة الهندية المتقدمة

نقطة : قال في الخانية رجل عليه دين وبه رهن وكفيل بامر ف قضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن في يد الطالب فالكفيل يرجع على الاصيل بما كفل وهو كما لو باع شيئاً واخذ بثمن كفيلاً بامر المشتري فادى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع عند البائع فان الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه وانما يرجع على المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل ولو كان رجل عليه دين لرجل وبه كفيل فاخذ الطالب من الكفيل رهنًا ومن الاصيل رهنًا احدهما بعد الآخر ولكل واحد من الرهنين وفا بالدين فهلك احد الرهنين عند المرتهن قال ابو يوسف ان هلك الرهن الثاني وكان الرهن الثاني علم برهن الاول فان الثاني يهلك بنصف الدين وان لم يعلم بذلك يهلك بجميع الدين وذكر في كتاب الرهن ان الثاني يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح اه

الكتاب الرابع

في الحوالة ويحتوي على مقدمة وبابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة

المادة ٦٧٣ * الحوالة نقل الدين من دمة الى دمة اخرى

مع نقل المطالبة ايضاً . وهذا على قول الامام ابي يوسف ووجهه دلالة الاجماع على ان المحال لو ابرأ المحال عليه من الدين او وهبه منه صح ولو ابرأ المحيل او وهبه لم يصح . وقال محمد انها نقل المطالبة فقط ووجهه دلالة الاجماع ايضاً على ان المحيل اذا قضى دين الطالب قبل ان يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول وكذا المحال لو ابرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد ولو كان الدين قد انتقل الى ذمته لما اختلف حكم البراء والهبه وكذا المحال لو ابرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل وان كانت بامره كالكفالة ولو وهبه يرجع ان لم يكن للمحيل عليه دين (رد مختار) وثمرة الخلاف انه اذا ابرأ المحال له المحيل من الدين لم يصح البراء على القول الاول لان المحيل بريء من الدين بالحوالة اما على القول الثاني فالبراء صحيح لان الدين باق في ذمة المحيل وانما المطالبة فقط تحولت عنه . وكذا لو احال الراهن المرتهن بدينه على اخر كان له ان يسترد الرهن منه على القول الاول لانفساخ الرهن ببراءة المحيل اما على القول الثاني فلا يسترده فذلك كما لو اجل المرتهن الدين على الراهن (بحر ورد مختار) واتفق القولان على عود الدين بالتوى وعلى جبر المحال عليه على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرما المحيل بعد موته قبل قبض المحتال وعلى ان توكيل المحال المحيل بالنقبض من المحال عليه غير صحيح وعلى ان المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه ان يرجع على المحيل وعلى انها تفسخ بالفسخ مع ان هذه المسائل تبين كونها نقلاً للدين وانما كان كذلك لان الحوالة اعتبرت تأجيلاً في بعض الاحكام وجعل المحول به المطالبة لا الدين واعتبرت في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول به المطالبة والدين (طعطاوي)