الباب الخامس

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويشتمل على ثلاثة فصول:

* الفصل الأول:

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي.

* الفصل الثاني:

آثار الكفالة في القانون.

* الفصل الثالث:

المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

الفصل الأول

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.

المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.

المبحث الثالث : تعدد الكفلاء وما يترتب عليه.

المبحث الرابع : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

ويندرج تحته مطلبان هما :

المطلب الأول : ما يتعلق بالدائن .

المطلب الثاني : ما يتعلق بالكفيل .

المطلب الأول

ما يتعلق بالدائن:

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد اختلفوا في علاقة الدائن بالكفيل من حيث مطالبته بالدين على النحو التالي:

١ - الحنفية:

أ - فيما يتعلق بكفالة المال:

يرى الحنفية أن الدائن بالخيار أن شاء طالب المدين وهو الأصيل وإن شاء طالب الكفيل، وذلك لأن الكفالة ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، كما أن الكفالة لا تبرئ المدين إلا إذا شرط فيها الإبراء، وبهذا تكون حوالة. وعلى ذلك يكون للدائن أن يطالب الكفيل أو يطالب المدين أو يطالبهما معًا.

جاء في بدائع الصنائع: [١] «وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته لأن الكفالة تنبني على الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين».

ب - كفالة النفس:

للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبًا وإن كان غائبًا حدد له مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضره في

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني ٧/٣٤٢٣.

المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له، وينظره إلى حال القدرة على إحضاره لأنه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه الطالب. جاء في حاشية ابن عابدين: [٢] «وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم، فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب لأنه عاجز إن ثبت ذلك بتصديق الطالب أو ببينة أقامها الكفيل».

٢ - المالكية:

يرى المالكية أن الدائن لا يطالب الكفيل بحضور المدين وملائه وهذا في كفالة المال. وهذا هو الصحيح عند الإمام مالك وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب وابن رشد وابن حبيب.

والقول الآخر عن مالك - رحمه الله - إن الدائن مخير بين طلب المدين أو طلب الكفيل وإذا حل أجل الكفالة وكان المدين غائباً أو مات أو حاضراً وهو معسر كان للدائن أن يرجع على الكفيل وكذلك إذا كان المدين مماطلاً توجه الطلب على الكفيل. جاء في حاشية الدسوقي: [٣] «فإن اشترط ضمانه في الحالات الست أو شرط رب الحق أخذ أيهما شاء كان له طلب الضامن إذا حل الأجل ولو حضر الغريم مليًا وما ذكره الشارح هو المعتمد وهو ما في وثائق أبي القاسم الجزيري وغيره خلافًا لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم مليًا مطلقًا».

---

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين ٥ / ٢٩٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٣ / ٣٣٧.

وإذا تنازع الدائن والكفيل فادعى الدائن أن المدين معدم وطالب الكفيل فادعى أن المدين مليء كان القول قول الكفيل في ملاء المدين المضمون، لأن الأصل في الناس الملاء فليس لرب الدين في هذه الحالة طلب الضامن لتصديقه في ملاء المدين ولا طلب المدين لأنه مقر بعدمه إلا أن يقيم الدائن بينة بعدم المدين فله مطالبة الكفيل أو يتجدد للمدين مال فله مطالبته، وهذا هو قول ابن القاسم في الواضحة، أما سحنون فقال: إن القول للدائن إلا أن يقيم الكفيل بينة بملاء المدين.

وفي ضمان الوجه يكون الكفيل ملزمًا بإحضار الغريم لرب الحق وتتوجه إليه المطالبة بإحضاره فإن أحضره وسلمه لرب الدين توجهت المطالبة إلى المدين دون الكفيل؛ لأنه قد برئ بتسليمه فإن لم يسلم الكفيل المدين لرب الدين نظر فإن كان المضمون حاضراً أو قربت غيبته كاليومين تلوّم له لعل الضامن أن يأتي به وإن بعدت الغيبة غرم مكانه، وكذلك يغرم في الحضور وقرب الغيبة بعد التلوم ولا ينفع الإحضار بعد الحكم به، لكن إن ثبت عدمه في غيبته أو أثبت موته فلا يغرم الضامن لأنه حكم تبين خطؤه. (٤)

وفي ضمان الطلب فالضامن ملزم بطلب المضمون بما يقوى عليه عادة إن غاب وعلم موضعه، فإن غاب ولم يعلم موضعه فلا غرم عليه إلا

---

(٤) الشرح الصغير، للدردير ٣ / ٤٥٠ وبلغة السالك، للصاوي ٢ / ١٦٤.

إذا فرط في الطلب حتى لم يتمكن رب الدين منه فإنه يغرم كإن طلبه في المكان الذي لا يظن وجوده فيه أو هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه.

فإن أحضره فإن المطالبة تتوجه إلى المضمون وحده دون الضامن. [٥]

٣ - الشافعية:

أ - كفالة المال:

يترتب على الكفالة تعلق الدين بذمة الكفيل ولا يبرأ المدين بالكفالة، ولذا فإن الشافعية يرون أن الدائن مخير بين أن يطالب الكفيل أو المدين أو هما معًا.

ويستدلون لذلك بما روى جابر - رضي الله عنه - فيما أوردناه في الأصل في مشروعية الكفالة [٦] وفيه ورد «الآن بردت عليه جلده» قال الشربيني الخطيب في الإقناع: [٧] «ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه بأن يطالبهما جميعًا أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعض» ولأن الضمان وثيقة بالدين فلم ينقل الحق كالشهادة.

---

(٥) الخرشي على مختصر خليل ٦/٣٦.

(٦) ص ١٨٩ .

(٧) الإقناع في حل الفاظ ابي شجاع ١/ ٢٨٩ . لمحمد الشربيني الخطيب.

ب - كفالة النفس:

يرى الشافعية أن الدائن يطالب الكفيل بإحضار المكفول. فإن أحضره أو حضر المكفول بنفسه توجهت المطالبة إلى المكفول. فإن غاب المكفول لزم الكفيل إحضاره ولو من دار الحرب وفوق مسافة القصر ولو في بحر غلبت السلامة فيه فيما يظهر، وما يغرمه الكفيل من مؤونة السفر في هذه الحالة في مال نفسه، ولو كان المكفول ببدنه يحتاج إلى مؤن السفر ولا شيء معه فإن على الكفيل قضاؤه. ويمهل الكفيل مدة الذهاب والإياب فإن مضت المدة ولم يحضره حبس ما لم يؤدِ الدين، لأنه مقصر وذلك إن عرف محله وأمن الطريق ولم يكن ما يمنعه منه عادة.

ولا يطالب الكفيل بإحضار البدن أو العين إذا تلف كل منهما بمال وذلك لأنه إنما التزم حضور ما ذكر ولم يلتزم المال. وإن فات التسليم بموت أو غيره فلو شرط أنه يغرم المال كقوله: كفلت بدنه بشرط الغرم أو علي الغرم لم تصح الكفالة، لأن ذلك خلاف مقتضاها وهو عدم غرم الكفيل المال.

وفي كفالة البدن يكون الكفيل ملزمًا بتسليم المكفول في المكان المعين فإن كانت مطلقة وجب التسليم في موضع العقد، وإن كانت الكفالة حالة وجب التسليم حال العقد، وإن كانت مؤجلة وجب التسليم عند حلول الأجل. (٨)

(٨) إعانة الطالبين، لأبي بكر السيد البكري ٣/ ٧٨ . وتكملة المجموع، للمطيعي ١٤/ ٤٨.

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أن الدائن بالخيار في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين؛ لأن الحق ثابت في ذمة المدين والكفيل.

جاء في المغني: [٩] «ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما..

ولنا: إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه».

ب - كفالة النفس:

يطالب الكفيل في كفالة النفس بإحضار المكفول به مع حياته فإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ وإن كان غائبًا أو مرتدًا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته، وإذا تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه، وفي حالة إحضار المكفول به توجه المطالبة إليه وحده دون الكفيل.

جاء في المبدع في شرح المقنع [١٠] «ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر، وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برئ الكفيل، وإن تعذر

---

(٩) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٥.

(١٠) المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح ٤/٢٦٥.

إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين» ومتى برئ الكفيل فإن المطالبة تتوجه إلى المدين وحده.

٥ - **يرى الظاهرية** أنه في حال الضمان فإن الدين ينتقل من المضمون عنه إلى الضامن، وعلى هذا فإن المطالبة تتوجه إلى الضامن فقط، ولا يجوز مطالبة المضمون عنه. جاء في المحلي [١١] «فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أي وجه كان حالاً أو إلى أجل سواء كان الذي عليه الحق حيًا أو ميتًا فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال.

ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً بشيء من ذلك الحق انتصف أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبدًا بشيء مما ضمن عنه أصلاً سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك».

وهذا هو المروي عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور. جاء في المغني [١٢] «وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود».

---

(١١) المحلى، لابن حزم ٥/١١١.

(١٢) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٣.

الدراسة والمقارنة:

بدراسة علاقة الدائن بالكفيل في المذاهب الفقهية المختلفة يتضح الآتي:

أولاً: فيما يتعلق بكفالة المال:

١ – يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل؛ لأن ذمة الكفيل قد شغلت بالدين مع بقائه شاغلاً لذمة المكفول عنه، وبه يقول الأوزاعي.

٢ – يرى المالكية في الصحيح عندهم أن الدائن يطالب المدين ولا يجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين، كما إذا كان المدين غائبًا أو معسراً أو مماطلاً، ذلك أن الضامن إنما أخذ توثقة فاشبه الرهن فكما لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم الراهن كذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون.

٣ – ويرى الظاهرية وأبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة أن الدائن لا يجوز له مطالبة المدين مطلقًا وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده، لأن الدين بالكفالة قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الضامن.

الراجح عندي:

بدراسة أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو القول بأن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، لأن الكفالة ضم ذمة وقد ثبت

الحق في ذمتهما جميعًا، فيملك الدائن مطالبة من شاء منهما لأن الضم يقتضي التسوية بينهما في رجوع الدائن على من شاء منهما. ويختلف الضمان عن الرهن بأن الرهن مال من عليه الحق وليس بذي ذمة يطالب. إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره والضامن له ذمة غير المدين فهما في الكفالة شخصان لا شخص واحد كما في الرهن.

ثانياً:

وفيما يتعلق بكفالة النفس فإن للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه فإن لم يحضره بعد البحث عنه فقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على ذلك:

١) فيرى الحنفية والشافعية أن الكفيل في كفالة النفس لا يلزمه إلا إحضار المكفول بنفسه ويلزم بالبحث عنه وإحضاره، فإن لم يتيسر إحضاره فلا يلزم الكفيل شيء ما لم يفرط أو يقصر، فإن فرط أو قصر فإن للحاكم أن يحبسه حتى يتبين عجزه عن إحضاره.

٢) ويرى المالكية والحنابلة أن الكفيل إذا لم يحضر المكفول بنفسه فإنه يلزمه ما عليه من مال. وقد سبق الكلام عن ذلك فليراجع.(*)

(*) سبق ص ٢٣٥ .

المطلب الثاني

ما يتعلق بالكفيل:

الكفالة عقد لازم فلا يستبد الكفيل بفسخها وإنهائها إلا برضا المكفول له ويستثنى من ذلك بعض الحالات وهي حسب المذاهب الفقهية:

١) الحنفية:

أولاً: كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له: بايع فلاناً وأنا كفيل بالثمن، فإن الحنفية يجيزون للكفيل في هذه الحالة أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة، وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لا يقع في الضرر. وإذا نهاه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها اعتبر راجعًا في كفالته. جاء في الفتاوى الهندية [١٣] «ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن».

ثانيًا: الكفالة المضافة: يصح عندهم للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها. جاء في الفتاوى الهندية [١٤] «ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر، ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلة».

---

(١٣) الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء ٣/ ٢٧٢. دار إحياء التراث العربي – بيروت.

(١٤) الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء ٣/ ٢٨٩.

ثالثًا: الكفالة بالدين المستقبل «المعلقة»

يجوز للكفيل أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشرط الذي علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك. جاء في فتح القدير: [١٥] «ما بايعت فلانًا فعلي ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء».

٢ - المالكية:

أولاً: كفالة الضامن بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبها كما إذا قال: «داين فلانًا وأنا أضمنه أو إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن». والمالكية يجيزون للضامن الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها.

ويفرقون بين ذلك وبين قول شخص لآخر يدعي على رجل احلف أن لك عليه حقًا وأنا أضمنه، فليس للضامن رجوع ولو قبل حلفه لأنه التزام [١٦]

ثانيًا: للضامن أن يطلب من الدائن تخليصه من الضمان عند حلول أجله. جاء في الخرشي [١٧] «للضامن طلب رب الدين بتخليصه من الضمان بأن يقول له عند حلول أجله وسكوته عن طلب

---

(١٥) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٥/٤٠٤.

(١٦) بلغة السالك، للصاوي ٢/١٥٦.

(١٧) الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٩.

المضمون أو تأخيره وهو موسر إما أن تطلب حقك أو تسقط عني الضمان».

وللضامن كذلك أن يطلب من المضمون عنه دفع ما عليه للدائن عند حلول الأجل وإن لم يطالبه رب الدين، ولكن لا يتسلم المال من المدين ليسلمه إلى الدائن وإن تسلمه ليوصله إلى الدائن فإن الضامن يضمن ولو تلف بغير تفريط لأنه متعدٍ بقبضه بغير إذن الدائن.

جاء في الخرشي [١٨] «ليس للضامن أن يطالب المضمون بأن يسلم المال إليه ليدفعه لربه؛ لأنه لو أخذه منه ثم أعدم الكفيل أو أفلس كان للذي له الدين أن يتبع الغريم».

ويجب على الضامن تأخير رب الدين عن الغريم المعسر، وذلك لوجوب إنظار المعسر ولا يستطيع الضامن أن يطالب بالتخليص من الضمان في حالة الإعسار وللضامن إذا طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتي:

١ – أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبة الضامن إلا بعد مطالبة المضمون عنه. فإن تعذر الوفاء من المدين جاز للدائن مطالبة الضامن.

٢ – أن يدفع بأن للمدين مالاً حاضراً يمكن الوفاء منه من غير

(١٨) نفس المرجع ٦/٢٩.

مشقة وإن لم يكن المدين حاضراً فإذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته.

الشافعية:

يرى الشافعية أن للضامن أن يطلب من الدائن إذا مات المضمون عنه عن ميراث بأن يبرئه أو يأخذ حقه من الإرث؛ لأنه قد يهلك فلا يجد ما يؤدي عنه ويتحمله الضامن وهذا مشروط بكون الضمان بإذن المضمون عنه أما إذا ضمن بغير إذنه فإنه لا يستحق شيئًا على الأصيل لأنه تبرع. جاء في شرح البهجة: (١٩) وللضامن بإذن الأصيل أن يطالب صاحب الحق إذا مات الأصيل عن ميراث بأن يبرئه عن الحق أو يأخذ من إرث أصل حقه، لأنه قد يهلك فلا يجد مرجعًا إذا غرم»

الحنابلة:

يرى الحنابلة أنه يجوز للضامن أن يرجع في ضمانه فيما إذا كان المضمون به مما يؤول إلى الوجوب شريطة أن يكون الرجوع قبل الوجوب. جاء في مطالب أولي النهى (٢٠) «وله أي الضامن إبطاله قبل وجوبه لا بعده، لأنه إنما يلزم بالوجوب».

---

(١٩) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٦٢.

(٢٠) مطالب أولي النهى، لمصطفى السيوطي ٣/٣٠١.

الدراسة والمقارنة:

١) يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يجوز للضامن أن يرجع عن ضمانه بالدين إذا كانت الكفالة معلقة على سبب وجوبه بشرط أن يكون الرجوع قبل الوجوب ويخالفهم الشافعية، حيث يقولون بعدم صحة الضمان المعلق على سبب الوجوب. ويشترط الحنفية أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الوجوب حتى لا يقع في الضرر، ولم يشترط ذلك المالكية والحنابلة.

ويفرق المالكية في التعليق على سبب الوجوب بين الحلف وغيره فيما إذا قال شخص لآخر احلف وأنا أضمنه؛ لأن الحلف التزام فلا يجوز الرجوع ولو قبل الحلف.

ويعدُّ الحنفية من الرجوع عن الكفالة نهي الكفيل للمدين عن المبايعة قبل إتمامها.

والراجح:

هو القول بجواز رجوع الضامن عن الضمان إذا كان الضمان لم يلزم بعد شريطة إعلام المكفول له، لأن التزام الضامن غير محدد بمدة ولأنه لم يترتب على التزامه شيء.

٢) يرى الحنفية أن من حق الكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها، ولم يصرح المالكية والحنابلة بشيء في ذلك، وقد

أجازوا إضافة الكفالة فربما يقال بجواز ذلك استناداً إلى قولهم بجواز الرجوع في الكفالة المعلقة.

٣) يرى المالكية والشافعية أن للضامن أن يطلب من الدائن تخليصه من الضمان عند حلول الأجل أو وفاة المضمون عنه عن ميراث، وذلك بأن يأخذ حقه أو يبرئ الضامن من الضمان، ويشترط لذلك الشافعية أن يكون بإذن المضمون عنه حتى يرجع الضامن عليه بما أدى، وإلا فلا يرجع بشيء ولم يشترط المالكية ذلك.

٤) قول المالكية بأنه يجب على الضامن تأخير الدين عن الغريم المعسر ناتج عن قولهم بأن المطالبة له لم تتجه أولاً إلى المضمون عنه، أما على قول الجمهور بأن رب الدين مخير في المطالبة فلا يترتب عليه ما ذكر.

المبحث الثاني

متى يطالب الدائن الكفيل؟

بعد أن تكلمنا في المطلب الأول عن علاقة الكفيل بالدائن وحقوق كل منهما تجاه الآخر، نتكلم في هذا المبحث عن وقت مطالبة الدائن للكفيل فنقول: إن الكفيل تبع للأصيل فيثبت عليه ما على الأصيل، وتكون المطالبة على الصفة التي عليها الدين على الأصيل من ناحية التعجيل أو التأجيل إذا كانت الكفالة منجزة مطلقة، وكذلك في حال التعليق والإضافة. وسنذكر ذلك عند المذاهب الفقهية:

١) الحنفية:

الأصل في العقود أن تكون منجزة، ومعنى ذلك أن تترتب آثارها عليها في الحال فإذا قبل الدائن الكفالة على رأي أبي حنيفة ومحمد فإن الكفيل يصير مطالبًا بأداء هذا الدين في الحال، وفي رأي أبي يوسف تنعقد الكفالة نافذة ولكنها ترتد بالرد، وعلى هذا يكون الكفيل مطالبًا في الحال بعد صدور الإيجاب إذا لم يردها الدائن دون توقف على قبول الدائن.

وإذا كان الدين مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله؛ لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل، ولا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل إلا بعد حلول الأجل.

وفي الكفالة المؤقتة تختلف مطالبة الدائن للكفيل تبعًا لاختلاف الصيغة وذلك على النحو التالي:

أ – إن الكفيل إما أن يذكر إلى بدون من فإنه يطالبه في تلك الحالة بعد الشهر ولا يطالبه في الحال كقوله كفلت دينك عليه إلى شهر وعند أبي يوسف والحسن إن الكفيل يطالب في الحال وخلال مدة الشهر لا غير ويكون من باب التوقيت.

ب – أن يذكر الكفيل ابتداء المدة وانتهاءها كقوله: كفلت دينك على زيد من هذا اليوم إلى نهاية الشهر، وفي هذه الحالة فالمطالبة تتوجه إلى الكفيل في الحال وخلال المدة وبعد الانتهاء تنتهي المطالبة.

ج – ألا يذكر الكفيل ابتداء المدة ولا انتهاءها كقوله: كفلته شهراً وفي هذه الحالة يطالب الكفيل حالاً وخلال المدة ويبرأ بعدها.

وعند الحنفية يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل بشرط أن يكون معلومًا كقوله: كفلت بدينك ابتداء من الشهر القادم. وفي هذه الحالة يطالب الكفيل من الوقت المحدد للكفالة أما قبل حلوله فلا يعد كفيلاً ولا يطالب به.

وفي الكفالة المعلقة وهي التي علقت بشرط كقول الكفيل: أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق البيع، وفي هذه الحالة لا يطالب الدائن الكفيل إلا إذا تحقق الشرط. وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل متى ما تحققت الشروط المطلوبة[٢١].

---

(٢١) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين ٥/٢٨٩.

٢) المالكية :

يرى المالكية أن الدائن لا يطالب الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين على المشهور عندهم، فإن كان المدين معسراً أو غير موجود أو مماطل فإن الدائن يطالب الكفيل عند حلول أجل الدين. وقد يؤخر الدائن أجل الدين عند حلوله وفي هذه الحال قد يكون المدين معسراً ولا اعتراض للكفيل في هذه الحال لكون التأخير رفقًا به. وقد يكون موسراً وهنا لا يخلو إما أن يعلم الكفيل بالتأجيل ويسكت وفي هذه الحال يلزم الكفيل لسكوته بعد العلم.

أو لا يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه وقد أعسر المدين فإن الكفالة لازمة للكفيل إن حلف الدائن أنه لم يؤخره مسقطًا لضمان الضامن فإن نكل سقط الضمان.

والفرض الثالث: أن يعلم الكفيل بالتأجيل فينكر التأخير، أي أنه لم يرضَ به حين علمه ويقول للدائن: تأخيرك إبراء لي من الضمان وحلف الدائن أنه لم يسقط الضمان بتأخيره فإن الكفالة تلزم الكفيل ويسقط التأخير ويأخذ الحق عاجلاً فإن نكل الدائن سقطت الكفالة ولزم التأخير، وفي الكفالة المضافة، وذلك كقول الكفيل: داين فلانًا وأنا ضامن فيما داينته به، فإن الكفيل يطالب عند تحقق ما أضيف إليه وهو المداينة. جاء في الخرشي [٢٢] «إذا قال شخص لآخر

---

(٢٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٥.

داين فلاناً وأنا ضامن فيما داينته به فإنه يلزمه ما داينه إذا ثبت ببينة أو بإقرار المضمون».

ويرى المالكية أنه يجوز ضمان المؤجل حالاً إن كان مما يعجل، وذلك بأن يسقط المدين حقه من التأجيل ويضمنه ضامن على الحلول فإن هذا الضمان لازم للكفيل بشرط أن يكون هذا الدين مما يقضى للمدين بقبوله كما لو كان الدين نقداً أو عروضًا من قرض. ولا يجوز ضمان المؤجل حالاً في حالة ما إذا كان الدين عروضًا أو طعامًا من بيع لما فيه من الفائدة كأنه قال: حط الضمان وأزيدك توثقًا، ولا تتوجه المطالبة للضامن حالا بخلاف الحالة الأولى فإن الضامن يطالب بذلك حالاً.

جاء في الخرشي [٢٣] «والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل» أي وصح ضمانه. ولا يطالب الكفيل في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل، كما إذا قال شخص لرب الدين الحال أخر مدينك بما عليه شهرًا وأنا أضمنه لك، ولكن يشترط لصحة ذلك أمران هما:

١) أن يكون من عليه الدين موسراً بما عليه في أول الأجل، للسلامة من سلف جر نفعًا.

٢) أن يكون من عليه الدين معسراً والعادة أنه لم يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل يمضي عليه جميعه وهو معسر،

---

(٢٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٣.

لأن تأخير المعسر واجب فليس صاحب الحق مسلفًا حقيقة ولا حكمًا.

وللدائن أن يطالب ورثة الضامن إذا مات قبل حلول الأجل؛ لأن الضمان يحل بالموت ولو كان الأصيل حاضراً ملياً ثم ترجع ورثة الضامن بما أعطوا على الغريم بعد حلول الأجل. أما إذا كان موت الضامن عند حلول الأجل أو بعده فليس للدائن مطالبة ورثة الضامن بشيء مع حضور الغريم موسراً. ولا حق للدائن في مطالبة الضامن إذا كان المضمون حاضراً موسراً يتيسر الأخذ منه، لأن الضامن إنما أخذ توثقة فأشبه الرهن فكما لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم الراهن كذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون على المشهور.[٢٤]

وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل بتحقق الشروط المطلوبة.

٣ - الشافعية:

يرى الشافعية أن الدائن يطالب الكفيل في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت منجزة على الأصيل بحلول الأجل المحدد لها بالتأجيل، وفي حالة كونها معجلة على الكفيل مؤجلة على الأصيل يطالب الكفيل حالاً. جاء في شرح البهجة[٢٥] «وعن حال مؤجلاً وعسكه إذ

(٢٤) الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٨.

(٢٥) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٥١.

الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الصفة للحاجة».

وفي حال إضافة الكفالة إلى المستقبل فإن الكفيل لا يملك الدائن مطالبته إلا بعد المدة المحددة، وذلك عند الشافعية مشروط بأن تقع الكفالة منجزة ويشترط تأجيل المطالبة شهراً. جاء في نهاية المحتاج[٢٦] «ولو نجزها أي الكفالة وشرط تأخير الإحضار شهراً كضمنت إحضاره بعد شهر جاز لأنه التزم بعمل في الذمة».

وإذا اقترنت الكفالة بالشرط الصحيح فإن الدائن لا يطالب الكفيل إلا إذا تحقق الشرط، كما إذا كفل شخص لآخر دينه على زيد بشرط ألا يطالب بهذا الدين إلا بعد سنة أو على ألا يطالب الكفيل به إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به».

ويحل المؤجل على الكفيل بموته ويطالب به الدائن الورثة. جاء في شرح البهجة[٢٧] «والحق المؤجل يحل على من مات من ضامن و أصيل».

وفي ضمان ما سيجب لم يقل الشافعية بجواز ذلك إلا في مسألة ضمان نفقات الغد لزوجة أو غيرها، وذلك في قول حكي عن القديم من مذهب الشافعي للحاجة لذلك. وإذا ضمن ذلك فإن الدائن لا يملك مطالبة الكفيل إلا بعد ثبوتها ولزومها وهو اليوم المقرر فيه النفقة.

---

(٢٦) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٩.

(٢٧) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٦١.

جاء في شرح البهجة [٢٨] «وكضمان ما سيجب مثل نفقات الغد لزوجة أو غيرها فإنه يصح في قول حكي عن القديم لأن الحاجة قد تدعو إليه».

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أن الكفيل إذا كفل دينًا حالاً على الأصيل وطلب تأجيله فإنه يصح ذلك، ويكون حالاً على المدين مؤجلاً على الكفيل يملك مطالبة المدين دون الكفيل ولا يطالب الكفيل إلا بحلول الأجل المحدد.

جاء في المغني [٢٩] «إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح، ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن..... وكان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين».

أما إذا ضمن المؤجل حالاً فإن الحنابلة لهم في ذلك وجهان.

وعلى الأصح فإن المؤجل لا يصير حالاً ولا يملك الدائن مطالبة الكفيل به إلا بعد حلول الأجل على الأصيل. جاء في المبدع في شرح المقنع[٣٠] «وإن ضمن المؤجل حالاً لم يصر حالاً ولم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين؛ لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته

---

(٢٨) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٥٤.

(٢٩) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٠.

(٣٠) المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين بن مفلح ٤/٢٦١.

دون أصله، والثاني يلزمه قبل أجله لأن مقتضى صحة الضمان كذلك».

وفي توقيت الضمان وجهان: وعلى القول بالصحة فإن الكفيل يكون مطالبًا في المدة وبعدها تبرأ ذمته، كما إذا قال شخص أنا كفيل بهذا الدين لمدة سنة.

قال منصور البهوتي [٣١] «وإذا قال شخص إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهرًا صح لأنها جمعت تعليقًا وتوقيتًا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع».

وفي حالة إضافة الكفالة إلى وقت معلوم أو غير معلوم لكنه متعارف فإن المطالبة من الدائن للكفيل تكون بحلول الوقت المضاف إليه. جاء في مطالب أولي النهى [٣٢] «وكذا لا تصح الكفالة لحصاد وجذاذ وعطاء للجهالة على المذهب. والأولى صحته هنا؛ لأنه تبرع بلا عوض جعل له أجلاً لا يمنع حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة».

وفي حالة تعليق الكفالة فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقق المعلق عليه. جاء في مطالب أولي النهى [٣٣] «ويصح تعليق الكفالة بسبب

---

(٣١) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٧.

(٣٢) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهي، للسيوطي ٣/٣١٦.

(٣٣) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، للسيوطي ٣/٣١٧.

الحق وما لم يجب ولم يوجد سببه بلا نزاع في ذلك كأن أقرضت فلاناً كذا فضمانه علي».

وفي حالة اقتران الكفالة بالشرط الصحيح فإن الكفيل يطالب بعد تحقق الشرط المطلوب.

الدراسة والمقارنة:

أولاً: في حالة تأجيل الكفالة الحالة:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن لا يطالب الكفيل في الكفالة إذا كانت حالة وضمن الكفيل ذلك مؤجلاً إلا بحلول الأجل المحدد.

ويرى المالكية أن الدائن لا يطالب الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين على المشهور عندهم، وعلى هذا فلا يملك الدائن مطالبة الكفيل إلا إذا كان المدين معسراً أو غائبًا أو مَماطِلاً.

وأما في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت حالة على المدين فإنهم يشترطون لذلك شروطًا قد أوردناها عند ذكر مذهبهم في تأجيل الكفالة في الدين الحال. (٣٤)

الراجح:

وأرى أن الراجح من ذلك أن الدائن له مطالبة الكفيل ولو كان لم

---

(٣٤) سبق ذلك ص ٣٠٨.

يرجع على المدين، ولكن بشرط حلول الأجل الذي حدده الكفيل ورضيه الدائن عند الكفالة، لأن الكفيل ضمن مالاً بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع.

ثانيًا : ويرى الحنفية والمالكية والشافعية وفي وجه عند الحنابلة: أن الكفيل في الكفالة المعجلة إذا كانت مؤجلة على المدين يطالب حالاً، ويشترط المالكية لذلك أن يكون المضمون مما يجوز تعجيله.

٢ – وعلى الصحيح عند الحنابلة أنه إذا ضمن المؤجل حالاً لا يصير حالاً ولا يملك الدائن المطالبة إلا بحلول الأجل على الأصيل. وهذا هو رأي المالكية في حالة كون المضمون مما لا يجوز تعجيله لما يخشى من كونه من باب الربا.

الراجح:

أرى أن الراجح من ذلك أنه يجوز تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الكفيل ويطالب الكفيل فيها حالاً، وذلك لأن الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف صفة الدين في ذمة المكفول عنه للحاجة في التعامل بين الناس.

ثالثًا: في حالة توقيت الكفالة:

١ – يرى الحنفية وهو رواية عند الحنابلة أن الدائن يملك مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة المؤقتة وخلال المدة وبعدها لا يملك المطالبة. وذلك بناءً على قولهم بصحة توقيت الكفالة.

٢ – عند الشافعية لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة لعدم صحة توقيت الكفالة.

الراجح:

أرى أن الراجح هو صحة توقيت الكفالة كما سبق [٣٥] بيان ذلك، ويكون الكفيل مطالباً حال انعقاد الكفالة وأثناء مدتها وتنتهي مطالبته بانتهائها.

رابعًا: في حالة إضافة الكفالة:

١ – يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أن الكفالة صحيحة مع الإضافة ويطالب الدائن الكفيل بعد تحقق ما أضيفت إليه.

٢ – ويرى الشافعية أنه لا يصح إضافتها وإنما يصح تنجيز الكفالة وتأخير المطالبة وعلى هذا فتتأجل المطالبة بتأجيل الكفيل لا بإضافتها.

الراجح:

أرى أن الراجح صحة إضافة الكفالة، وبناءً عليه فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقق ما أضيفت إليه.

وذلك لأن الكفالة تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة.

---

(٣٥) سبق ص ٣٠٠.

خامسًا: وفي حالة تعليق الكفالة:

١ – يرى الحنفية والحنابلة صحة تعليق الكفالة. وعلى هذا فإن المطالبة من الدائن للكفيل إنما تتوجه بعد تحقق ما علقت عليه. وهذا هو مقتضى قول المالكية.

٢ – ويرى الشافعية عدم صحة التعليق للكفالة، ومن ثمَّ فلا يطالب الكفيل فيها.

الراجح:

أرى أن الراجح هو صحة تعليق الكفالة. وبناء عليه توجه مطالبة الدائن للكفيل بعد تحقق ما علقت عليه؛ لأن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداء وبالبيع انتهاء ومراعاة الشبهين تجيز تعليق الكفالة بالشرط ولكن بشرط أن يكون ملائمًا.

سادسًا: وفي حالة اقتران الكفالة بالشروط:

يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الدائن يطالب الكفيل إذا تحققت الشروط المطلوبة على خلاف بينهم فيما يعتبر شرطًا صحيحًا وغير صحيح.

سابعًا: ويرى المالكية والشافعية أن الدائن يطالب ورثة الضامن إذا مات قبل حلول الأجل؛ لأن الضمان يحل بالموت ثم يرجع ورثة الضامن بما أعطوه على الغريم بعد حلول الأجل.

ثامنًا: ويرى الشافعية والحنابلة أنه في حالة ضمان ما لم يجب فإن المطالبة تتوجه إلى الكفيل بعد الثبوت لا بالعقد.

المبحث الثالث

تعدد الكفلاء وما يترتب عليه

تكلمنا فيما سبق عن علاقة الكفيل بالدائن وعن وقت مطالبة الدائن للكفيل ونتكلم في هذا المبحث عن حالة تعدد الكفلاء بأن كانوا أكثر من كفيل وذلك في المذاهب الفقهية:

١- الحنفية:

إذا كان الكفيل واحداً يطالب بكل الدين، وإذا كان الكفيل أكثر من شخص فلا يخلو من حالات وهي:

١) أن يكون كل منهما أصيلاً وكفيلاً في الوقت نفسه، وذلك مثل ما لو اشتريا من شخص ثوباً وكفل كل واحد من الاثنين عن صاحبه. وهذا جائز لعدم ما يمنع منه لأن كل واحد منهما أصيل في النصف وفي النصف الآخر كفيل.

وإذا أدى أحدهما نصف الدين فإنه لا يرجع به على شريكه الآخر، وإن نص على أنه نصيب صاحبه لأن وقوع الأداء عما هو عليه أصالة أولى من وقوعه كفالة إذ الأول دين مع المطالبة والثاني مطالبة فقط، ولأنه يؤدي إلى الدور إذ قد يحتج صاحبه بأن المؤدى عنه هو يكون عن صاحبه الدافع الأول، وهذا في حالة اتفاق الدينين صفة وسبباً.

فإن اختلفا صفة بأن كان عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً فإذا أدى

صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه. أو اختلفا سبباً نحو أن يكون ما على أحدهما قرضًا والآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدى، لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو فإن زاد على النصف رجع بالزيادة. (٣٦)

٢) أن يكفل كل منهما بمال عن رجل وتكون كفالتهما على التعاقب، وبعد ذلك يكفل كل واحد منهما به عن صاحبه بأمره وبكل المال، وفي هذه الحالة ما يؤديه أحدهما يرجع بنصفه على شريكه أو يرجع بالكل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأن الكل كفالة ولا ترجيح للبعض على البعض. (٣٧)

٣) أن يكفل كل منهما عن شخص ولا يكفل أحدهما عن صاحبه أصلاً، فإنه لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى، لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل لأنه كفيل عنه بأمره.

٤) أن يكفلا عن الأصيل بالجميع ثم يكفل كل منهما عن صاحبه، فلا كل منهما كفيلاً بالجميع، وإذا أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى النصف، ولا يقبل قوله أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه إلا إذا زاد المؤدى على النصف فإنه يرجع على شريكه بالزيادة. ولو

---

(٣٦) البحر الرائق، لابن نجيم ٦/٢٦٢.

(٣٧) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله داماد أفندي ٢/١٤٣.

اشترى أحد الشريكين المفاوضين شيئًا ثم فسخت المفاوضة فيها فلرب الدين أخذ من شاء من شريكيهما بكل دينه؛ لأنه الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتران، وما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف.

٥) أن يكفل كل واحد منهما عن الأصيل ثم يكفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولا يكفل عنه صاحبه بما عليه. فإذا أدى الكفيل شيئًا من المال فالقول قوله أنه أداه من كفالة صاحبه إليه أو كفالة نفسه لأنه تلزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الأصيل.

والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الأداء عن صاحبه أيهما شاء.

فإذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه؛ لأنه كفل عنه بأمره سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك، أو قال ابتداء إني أؤدي عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه، لأنه كفل عنه بأمره سواء قال أديته عن كفالة الأصيل فيقبل منه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره، أو قال ذلك بعد أداء المال إلى الطالب أو عند ابتدائه.(٣٨)

(٣٨) بدائع الصنائع، للكاساني ٧/ ٣٤٢٢.

٢ - المالكية:

لتعدد الحملاء عند المالكية حالات أربع وذلك في حالة تعددهم من غير ترتيب:

الحالة الأولى: أن يتعدد الحملاء ولم يشترط كفالة بعضهم عن بعض فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقط دون صاحبه. جاء في بلغة السالك «وإن تعدد حملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض اتبع كل بحصته فقط».(٣٩)

الحالة الثانية: تعدد الكفلاء واشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض، ولم يقل أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ من وجد بجميع المال إن غاب الباقي أو أعدم أو مات، ولمن دفع المال الرجوع على أصحابه أو المدين.

الحالة الثالثة: تعدد الكفلاء واشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال: أيكم شئت أخذت بحقي فله أخذ أي واحد منهم بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئًا وللغارم الرجوع على أصحابه أو على الغريم.

الحالة الرابعة: أ- تعدد الكفلاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض، وقال: أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ أي واحد بجميع الحق ولو كان غير حاضراً موسراً وليس

---

(٣٩) بلغة السالك، للصاوي ٢ / ١٦٠.

للغـارم الرجـوع على أحـد من أصـحـابه بل على الغريم.[٤٠]

ب – أمـا إذا كـان هناك ترتيب بين الكفـلاء فـإن كل واحد منهم يؤخذ بجميع الحق ولو كان غيره موسراً. جـاء في الخـرشي [٤١] «وصح ضـمـان الضـامن وإن تسلسل ويلزمه ما لزم الضامن»

٣ – الشافعية:

لتعدد الكفلاء حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون التـعـدد على التـرتيب كـمـا إذا كـفل عن الكفـيل ثم كـفل عن الثاني ثالث أو أكثر. وفي تلك الحالة إذا قبض الدائن حقه من أحدهم برئ الجميع؛ لأنه قد استوفى حقه وإن أبرأ الدائن الكفـيل الأول برئوا جـمـيـعًـا، وإن أبرأ أحـد الكفلاء غير الأول برئ وبرئ فرعه وفرع فرعه ولا يبرأ أصله وأي الكفلاء قضى الحق برئ الباقون من الدين لأنه حق واحد. [٤٢]

الحالة الثانية: ألا يكون التعدد على الترتيب وإنما بالاشتراك كما لو قال رجلان لآخر ضـمنا مـالك على فلان فإنه في تلك

---

(٤٠) بلغة السالك، للصاوي ٢ / ١٦١.

(٤١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٣.

(٤٢) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤ / ٢٨.

الحالة يطالب الدائن كلا منهما بنصف المال، وهو قول جمع من المتقدمين من الشافعية، أما بعض المحققين فيرون أنه يطالب كلاً منهما بجميع الدين.

جاء في إعانة الطالبين [٤٣] « أفتى جمع محققون بأنه لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على فلان طالب كلاً بجميع الدين، وقال جمع متقدمون طالب كلاً بنصف الدين ومال إليه الأذرعي ».

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أن لتعدد الكفلاء حالتين هما:

١) أن يكون التعدد على الترتيب، وذلك بأن يضمن المدين واحداً ثم يضمنه آخر وهكذا، وذلك لأن الدين المضمون لازم في ذمة الضامن فيصبح ضمانه كسائر الديون فيثبت الحق على الجميع وبرئوا جميعًا بقضاء أي واحد منهم.

وإن برئ المدين برئوا جميعًا وإن أبرأ مضمون له أحدهم برئ ومن بعده لا من قبله، وإن ضمن أحد الضامنين الآخر لم يصح، لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل فهو أصل. فلا يجوز أن يصير فرعاً بخلاف الكفالة لأنها ببدنه لا بما في ذمته [٤٤].

٢) أن يكون تعدد الضامنين على الاشتراك. ولذلك حالات:

---

(٤٣) إعانة الطالبين ٣ / ٨١ لمؤلفه السيد البكري.

(٤٤) المبدع في شرح المقنع،لابن مفلح ٤ / ٢٤٩

أ – أن يقول كل من الضامنين لرب الحق ضمنت لك الدين فهو ضمان اشتراك في الالتزام بالدين مع انفراد بالطلب فيكون كل منهما ضامناً لجميع الدين على انفراده، ويكون لرب الدين طلب كل منهما بالدين كله لالتزامه به.

ب – أن يقول الضامنان لرب الدين ضمنا لك الدين فإنهما يكون بينهما بالحصص على كل منهما نصفه وإن كانوا ثلاثة فعلى كل منهم ثلثه.

جـ – أن يقول أحد الضامنين أنا وهذان ضامنون لك الألف مثلاً ويسكت الآخران، فعلى القائل فقط الثلث ولا شيء عليهما وإن أدى أحدهما الألف أو حصته منه، حيث صح لم يرجع إلا على مضمون عنه لأن كلاً منهم أصلي لا ضامناً على الضامن [٤٥].

٣) وفي الكفالة بالنفس إن كفل شخص آخر وكفل الآخر آخر وهكذا فإنه يبرأ كل من الكفلاء ببراءة من بعده لأنه أصله، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين بصاحبه؛ لأن الكفالة ببدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برئ وبرئ صاحبه من الكفالة. [٤٦]

---

(٤٥) مطالب أولي النهى، للسيوطي ٣ / ٣٢٢.

(٤٦) المغني، لابن قدامة ٤ / ٦٠٦.

٥- الظاهرية:

إذا ضمن اثنان فصاعداً حقاً على إنسان فإنه يتوزع بينهم بالحصص، كما لو ابتاع اثنان بيعاً أو تداينا ديناً على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر فإن ما كان على كل واحد منهما قد انتقل عنه واستقر على الآخر لا يجوز غير هذا أصلاً؛ ولأن من الباطل المحال الممتنع أن يكون مال واحد على اثنين فصاعداً يكون كله على كل واحد منهما لأنه كان يصير الدرهم درهمين ولابد. أو يكون غير لازم لأحدهما بعينه ولا لهما جميعًا.

ولا يجوز أن يشترط في ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع ولا أن يشترط ذلك الضامن في نفسه وفي المضمون عنه، ولا أن يشترط أن يأخذ المليء منهما عن المعسر، والحاضر عن الغائب، وذلك لقوله ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل [٤٧] وهذا شرط لم يأت بإباحته نص فهو باطل. [٤٨]

٦- الشيعة الزيدية:

يرى الشيعة الزيدية بأنه يصح كفالة الجماعة عن الواحد، وكذلك تعدد الكفلاء على الترتيب. جاء في البحر الزخار [٤٩] «ولو كفل جماعة

---

(٤٧) رواه البخاري في كتاب البيوع حديث رقم ٢١٦٨ / صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر ٤ / ٣٧٦ ورواه مسلم في كتاب العتق ٢ / ١١٤٢.

(٤٨) المحلى، لابن حزم ٥ / ١١٨.

(٤٩) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لاحمد المرتضى ٥ / ١١٨.

لواحد وكل منهم على الآخر صحت ويصح التكفيل على الكفيل ما تدارج».

الدراسة والمقارنة:

١) يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا تعدد الضامنون على الترتيب بأن ضمن واحد ثم ضمن آخر وهكذا فإن الحق يتوجه إلى كل منهم فمتى استوفى الحق من أحدهم برئ الجميع.

٢) يرى الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول جمع من متقدمي الشافعية والظاهرية أنه إذا تعدد الكفلاء ولم يكفل أحد منهم عن صاحبه فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقط، ولا يرجع أحد الكفلاء على أصحابه بما أدى لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً؛ لأنه لم يكفل عنه ولكن يرجع على الأصيل.

٣) يرى الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهم عن صاحبه بأمره وبكل المال فإن كل واحد منهم يطالب بالمال جميعه فإذا أدى فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم أو على المدين، ويشترط الحنفية للرجوع أن تكون الكفالة بأمر من يرجع عليه.

ولا يجيز الحنابلة أن يضمن أحد الضامنين الآخر إلا في الكفالة لأنها بالبدن وليست بما في الذمة.

٤) يرى الحنفية والمالكية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهما عن

صاحبه فإنه لا يطالب كل منهم بجميع المال إذا لم تكن على التعاقب عند الحنفية وإذا أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى مقدار حصته فإذا زاد عن حصته فتكون الزيادة من نصيب شريكه يرجع عليه فيها. وهذا هو رأي المالكية في تلك الحالة إلا إذا غاب الباقون أو أعسروا أو ماتوا فإنه يؤخذ من وجد بجميع المال، ويمنع الظاهرية أخذ المليء عن المعسر، والحاضر عن الغائب.

٥) وقد أورد الحنفية حالة للتعدد: وهي تعدد الكفلاء ثم كفالة واحد منهم عن صاحبه بما عليه ولا يكفله الآخر. فإذا أدى الكفيل من المال شيئًا فالقول قوله انه أداه عن صاحبه أو عن نفسه.

٦) وقد أورد المالكية حالة للتعدد وهي: تعدد الكفلاء ولم يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض، وقال أيكم شئت أخذت بحقي فإن له أخذ أي واحد منهم بجميع الحق وإذا أدى لا يرجع إلا على الغريم؛ لأنه لا حمالة فيها بين الكفلاء ولا يجيز الظاهرية الاشتراط بأخذ الحق من أيهما شاء.

٧) وأورد الحنابلة حالة من التعدد وهي ما إذا قال أحد الضامنين أنا وهذا ضامنون لك ويسكت الباقون. فإنه يلزم القائل بحصته دون الباقين وإذا أدى أحد من الباقين حصته يرجع بها على المضمون لأن كلاً منهم أصلي وليس ضامنًا عن ضامن.

المبحث الرابع

العلاقة بين الكفيل والمدين

تكلمنا في المبحث الثالث عن تعدد الكفلاء وما يترتب على ذلك من الأحكام ونتكلم هنا في العلاقة بين الكفيل والمدين:

أولاً : شروط رجوع الكفيل على المدين:

١ - الحنفية:

يشترط الحنفية لاستحقاق الكفيل الرجوع على المدين شروطًا هي:

١) أن يكفل الكفيل بأمر المكفول عنه، فإن كفل بغير أمره بل بأمر أجنبي وأدى لم يرجع على المدين ولا على الآمر لأنه متبرع بأدائه عنه.

٢) أن يكون المكفول عنه الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه، فلا يرجع على صبي وعبد محجورين إذا أدى كفيلهما بالأمر لعدم صحته منهما، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلاً لها فيعتبر إقراره.

٣) أن يضيف المكفول عنه الضمان إلى نفسه، بأن يقول: اكفل عني أو ما يقوم مقامها وهو علي، إن ذلك علي وكذا الخليط [٥٠] يرجع بالإجماع وإن لم يقل عني.

---

(٥٠) الخليط: هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده أو الاستجرار منه. ويشمل الخليط الحقيقي والحكمي، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فأخذ من تركته. البحر الرائق، لابن نجيم ٦ / ٢٤٣.

وإذا لم يضف الضمان إلى نفسه كما إذا قال: اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه لا يرجع على المدين بشيء. (٥١)

٤) أن يؤدي الكفيل المكفول به إلى المكفول له؛ لأن الموجب للمطالبة هو التملك ولا يملكه قبل الأداء ويملكه بعده فيرجع عليه بما أدى. (٥٢)

وإذا لازم الطالب الكفيل فإن للكفيل أن يلازم المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، وإن حبس الكفيل فللكفيل أن يحبس المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأن ما لحق الكفيل كان لأجله فله أن يعامله بمثله، هذا إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا يحق له أن يلازمه أو يحبسه.

٢) المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز الضمان بدون إذن المضمون عنه أو أمره. جاء في بلغة السالك (٥٣) «وجاز الضمان بغير إذن المضمون» ويرجع الضامن على المضمون عنه سواء كان بإذنه أو بدون إذنه.

ويرى بعض علماء المالكية أنه يشترط إذن المضمون عنه وبدون إذنه لا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء. جاء في حاشية

---

(٥١) حاشية رد المحتار، لابن عابدين ٥/٣١٤ والبحر الرائق، لابن نجيم ٦/٢٤٣.

(٥٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر/ عبد الله داماد أفندي ٢/١٣٣.

(٥٣) بلغة السالك، للصاوي ٢/١٥٦.

الدسوقي[٥٤] «إن بعض العلماء يشترط في حمالة ما على المديان أن تكون بإذنه وإلا لم يلزمه أن يدفع للحميل ما دفعه عنه، ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين بأن يكتبوا تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا، وهذا ما قال به المتيطي وابن فتوح».

وللكفيل إلزام المدين على تخليصه من الكفالة إذا حل الأجل وطولب الكفيل من قبل الدائن. ويملك الدائن مطالبة الضامن في حالات:

١) إذا طالب الدائن الضامن والمدين حاضر مليء لكن المدين ملد[٥٥] فيملك الكفيل إجبار المدين ويملك الدائن مطالبة الضامن.

٢) إذا كان الدائن قد شرط أخذ أيهما شاء أو شرط تقديم الضامن بالطلب.

٣) أن يكون الضامن ضامنًا في الحالات الست وهي: العسر واليسر والغيبة والحضور والموت والحياة، وفي تلك الحالات يملك الدائن مطالبة الكفيل ويملك الكفيل إجبار المدين على تخليصه من الضمان.

٣ - الشافعية:

يشترط الشافعية أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه لكي يرجع الضامن على المدين.

---

(٥٤) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤.

(٥٥) الملد: هو المماطل.

وإذا كفل رجل عن رجل آخر ديناً بغير إذنه لم يكن للكفيل مطالبة المدين بتخليص ذمته؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه. وإن كفل بإذنه فإن طالب الدائن الكفيل بالحق فإن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه لأنه دخل الضمان بإذنه وإذا لم يطالب الدائن الكفيل ففيه رأيان هما:

١ - ليس له حق مطالبته، لأن الدائن لم يطالبه فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته.

٢ - أن يكون له حق مطالبته بتخليصه، وذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فجاز له مطالبته بإخلاء ذمته.

وإذا قضى الكفيل الحق للدائن فهل يرجع على المدين؟ لذلك حالات:

الحالة الأولى: أن يقول المدين اضمن عني هذا الدين فإنه يرجع عليه الكفيل. أما إذا قال اضمن هذا الدين ولم يقل عني فإنه لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون بينهما خلطة مثل أن يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما من الآخر لأنه ضمن عنه بأمره.

الحالة الثانية: أن يضمن الضامن عنه بغير أمر المدين ويقضي عنه بغير إذنه فإنه لا يرجع عليه لأنه متبرع عنه.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير إذنه ثم يؤدي عنه بإذنه ففي ذلك وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه وهو المذهب لأنه لزمه بغير إذنه وأمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب عليه الضمان. إلا إذا شرط الرجوع فيرجع. جاء في إعانة الطالبين [٥٦] «فإن وجد الإذن في الأداء دون الضمان فلا رجوع إلا أن أدى بشرط الرجوع فيرجع».

الثاني: يرجع على المضمون عنه لأنه أدى عنه بأمره فرجع عليه كما لو ضمن بإذنه. وإن قال اقضِ عني فلاناً وعينه فقضى عنه قال المسعودي: لم يرجع عليه وجهًا واحدًا لأنه لا فرض عليه في ذلك.

الحالة الرابعة: أن يضمن عنه بإذنه ويقضي بغير أمره، وهذه الحالة فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يرجع عليه وهو المذهب لأنه دين لازم بإذنه فرجع عليه كما لو ضمن بإذنه وقضى بإذنه. جاء في إعانة الطالبين [٥٧] «فإذا وجد الإذن في الضمان دون الأداء رجع في الأصح لأنه إذن في سبب الأداء».

---

(٥٦) إعانة الطالبين، لأبي بكر البكري ٣ / ٨٠.

(٥٧) نفس المرجع ٣ / ٨٠.

الثاني: لا يرجع عليه لأنه أسقط الدين عنه بغير إذنه فلم يرجع عليه كما لو ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه.

الثالث: وهو قول أبي إسحاق إن كان الضامن مضطراً إلى القضاء مثل أن يطالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو معسر فقضى المضمون له فإنه يرجع على المضمون عنه لأنه مضطر إلى القضاء، وإن لم يكن مضطراً إلى تخليصه من الضمان فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء.

الكفالة بالبدن:

إذا كانت الكفالة بالبدن قد حصلت بإذن المكفول وطالب المكفول له الكفيل بإحضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه كفل به، وإن لم يطالبه المكفول له وقال الكفيل للمكفول به احضر معي لأردك إلى المكفول له لتبرأ ذمتي من الكفالة كان عليه أن يحضر معه.

أما إذا لم تكن الكفالة بإذن المكفول عنه ففيه رأيان عند الشافعية:

أحدهما: وهو قول عامة الشافعية لا يصح إلا بإذنه ولا يلزم المكفول به الحضور.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: تصح من غير إذن المكفول به، وفي هذه الحالة يجب على المكفول به الحضور إذا طلبه الكفيل لأن صاحب الحق قد وكل الكفيل بإحضاره، وليس

للكفيل أن يطلب من الأصيل أن يعطيه ما ضمنه عنه ليدفعه أو بدله للمستحق، وليس له حبس الأصيل وإن حبس ولا ملازمته أما إذا غرم فله حبسه وملازمته.

جاء في شرح البهجة [٥٨] «أما طلبه من الأصيل بأن يعطيه ما قد كفل فلا ولا اعتقاله لو يعتقل».

٤) الحنابلة:

لضمان الضامن وأدائه عن المضمون عنه بإذنه أو بغير إذنه حالات هي:

الحالة الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه في هذه الحالة يرجع الضامن على المدين سواء قال اضمن عني أو أدّ عني أو أطلق.

الحالة الثانية: أن يضمن بأمره ويقضي بغير أمره وفي هذه الحالة له الرجوع على المدين، ذلك أنه إذا ضمن بإذنه فإن ذلك يتضمن إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحًا.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير أمره ويؤدي بأمره وفي هذه الحالة يكون للضامن الرجوع على المدين لأنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً وكما لو ضمن بأمره.

---

(٥٨) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٦٢.

الحالة الرابعة: أن يضمن بغير أمره ويقضي بغير أمره ففيه روايتان:

إحداهما: يرجع بما أدى لأنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه.

الثانية: لا يرجع الضامن على المدين بشيء، لأنه تبرع بذلك ولحديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصلِ عليه النبي ﷺ. (*)

الكفالة بالبدن:

إذا كفل رجل عن رجل بإذنه فطولب الكفيل من الدائن فإن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه، لأنه لزم الأداء عنه بأمره، فكانت له مطالبة المدين لتبرئة ذمته وإن لم يطالب الكفيل من قبل الدائن ففيه رأيان:

١) لا يملك الكفيل مطالبة المدين لأنه لما لم يكن له مطالبة المدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه.

٢) إن الكفيل يملك المطالبة لأنه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه.

وإذا كفل بغير أمر المدين فإنه لا يملك مطالبة المدين قبل الأداء

(*) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٧.

بحال لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الأجنبي.

وإذا تغيب المضمون عنه فألزم الضامن بسبب ذلك غرماً وأنفقه في حبس فإنه يرجع به على المضمون عنه. جاء في المبدع في شرح المقنع[٥٩] «لو تغيب مضمون عنه قادر – قاله شيخ الإسلام تقي الدين وأطلقه في موضع آخر– فأمسك الضامن وغرم شيئًا بسبب ذلك وأنفقه في حبس رجع به على المضمون عنه».

الظاهرية:

يرى الظاهرية أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه بشيء مطلقًا سواء أدى بأمره أو بغير أمره إلا أن يكون المضمون عنه قد استقرضه.

ذلك أنهم يرون سقوط الحق عن المضمون عنه وبراءته منه بالضمان وانتقاله منه واستقراره على الضامن.

جاء في المحلي [٦٠] لا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره إلا أن يكون المضمون عنه استقرضه».

---

(٥٩) المبدع في شرح المقنع ٤/ ٢٥٨ لابن مفلح.

(٦٠) المحلى، لابن حزم ٥/ ١١٦.

المقارنة في شروط رجوع الكفيل على المدين:

باستقراء المذاهب الفقهية نستخلص منها ما يأتي:

١) يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الضامن إذا أدى عن المدين بأمره بنية الرجوع عليه فإنه يملك الرجوع عليه بشروط أوردها كل منهم وهذا باتفاق المذاهب الفقهية ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، حيث قالوا إن الضامن لا يرجع على المدين مطلقًا، وذلك عندهم مبني على أن الكفالة تنقل الدين من المدين إلى الضامن.

٢) إذا أدى الكفيل المضمون به من غير أمر المدين في الضمان ولا في الأداء فإن الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة يتفقون على أن الضامن لا يرجع على المدين بشيء لأنه متبرع بذلك.

ويرى بعض المالكية وبعض الحنابلة أنه يرجع الضامن على المدين ولو لم يكن بإذنه لعدم اشتراط إذنه عندهم مطلقًا.

الراجح:

إن الضامن لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ولا يملك مطالبته كذلك لأنه متبرع. وذلك لحديث علي وأبي قتادة – رضي الله عنهما – لأنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما، وكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصلِ النبي ﷺ.

٣ – يشترط الحنفية أن يكون المكفول عنه الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه لكي يعتبر أمره وإذنه ويرجع على المضمون بناء على إذنه، ولا يرجع الضامن على صبي وعبد محجورين لعدم صحة الإقرار منهما ما لم يكونا مأذونين.

٤) يتفق الحنفية والشافعية على أن رجوع الكفيل لابد أن يكون الضمان فيه مضافاً إلى نفسه بأن يقول: اكفل عني فإن لم يقل ذلك وإنما قال اضمن هذا الدين فإنه لا يرجع بشيء إلا أن يكون بينهما خلطة.

ويرى الحنابلة أنه لا يشترط إضافة الضمان إلى نفس الكفيل إذا كان الضمان بإذنه، وهذا هو مقتضى مذهب المالكية، حيث لم يصرحوا بذكر هذا الشرط كما أن جمهورهم يقولون بالرجوع على المدين ولو لم يكن بإذنه.

الراجح:

أرى أن الراجح هو القول بصحة رجوع الكفيل وجوازه على المدين إذا كان بإذنه ولو لم يضف الضمان إلى نفسه، لحديث علي وأبي قتادة – رضي الله عنهما – لأن المضمون عنه ميت ومع ذلك صح الضمان.

٥) يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يستحق الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي المضمون به.

٦) يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه من الدين في حالة مطالبة الدائن للكفيل

بشرط كون الكفالة بإذن الأصيل. وفي رأي عند الشافعية والحنابلة أن الكفيل يملك مطالبة المدين ولو لم يطالبه الدائن لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فجاز له مطالبته بإخلاء ذمته. ويخالفهم في ذلك غيرهم من الفقهاء حيث يرون أن المطالبة من الكفيل للأصيل لا تكون إلا بمطالبة الدائن له، وإذا لم يطالبه الدائن فلا يجوز له أن يطالب الأصيل، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه.

الراجح:

أرى أن الراجح هو القول بجواز المطالبة من الكفيل للأصيل في حالة مطالبة الكفيل من قبل الدائن وعدم جوازها في حالة عدم المطالبة لما ذكره القائلون بذلك، ولأنه لم يلحق الكفيل ضرر حتى يطالب بإزالته فإن خشي الكفيل وقوع ضرر عليه من إفلاس الأصيل فإنه يجوز له مطالبته ليخلص نفسه من مسؤولية الغرم.

٧) يرى الحنفية والشافعية أن للكفيل أن يلازم المكفول عنه ويحبسه إذا لازم الدائن الكفيل أو حبسه وذلك بعد أداء الكفيل للدائن، ويضيف الحنفية أن للكفيل أن يلازم المدين ويحبسه ولو كان قبل الأداء ما دام أن الكفالة بأمر المكفول عنه وبشرط أن يلازم الطالب الكفيل أو يحبسه.

٨) قد أورد كل من الشافعية والحنابلة حالات للأداء غير ما ذكر هي:

أ – أن يضمن الضامن بأمر المدين ويقضي عنه بغير أمره. فيرى الحنابلة أنه يرجع على المدين لأنه ضمن بإذنه وذلك يتضمن إذنه في الأداء وهو وجه عند الشافعية.

وفي وجه ثان عندهم: أنه لا يرجع مطلقًا. وفي وجه ثالث: إن كان مضطرًا إلى القضاء رجع وإلا فلا.

ب – أن يضمن بغير أمر المدين ويقضي عنه بأمره. وفي هذه الحالة يرى الحنابلة أن الضامن يرجع على المدين لأنه أدى دينه بأمره كما لو لم يكن ضامنًا وهو وجه عند الشافعية.

وفي وجه آخر أنه لا يرجع عليه وهو مذهب الشافعية لأنه لزمه بغير أمره.

٩) وفي كفالة البدن يرى الشافعية أنه إذا كانت الكفالة بإذن المكفول عنه وطالب المكفول له الكفيل أن يحضر له المكفول به فإنه يجب على الكفيل أن يحضره ويجب على المكفول به أن يحضر وبه يقول الحنابلة.

١٠) يرى الحنابلة أنه إذا غاب المضمون عنه وألزم الضامن بسبب تغيبه غرمًا وأنفقه فإنه يرجع به على المضمون عنه.

ثانيًا: بيان ما يرجع به الكفيل على المدين:

استعرضنا حالات رجوع الضامن على المدين وما يشترط لذلك في المذاهب الفقهية ونعرض هنا لبيان ما يرجع به الكفيل عند الفقهاء:

١) الحنفية:

يرى الحنفية أن للكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ما ضمنه فيه فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه، أما إذا أدى خلاف ما ضمنه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدى رديئًا أو أدى أفضل مما ضمن فإنه إنما يرجع على المدين بما ضمنه لا بما أدى، لأن ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى. وإذا دفع الكفيل الدين قبل أجله فلا يرجع على المدين إلا بحلول الأجل. (٦١)

وإذا صالح الكفيل الطالب عن المبلغ المطلوب بأقل منه فإنه يرجع بما أدى فعلاً لا بما ضمنه، لأنه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل لأنه يؤدي إلى الربا.

وإذا أعطى بالدراهم دنانير أو شيئًا من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى. وإذا كان على شخص خمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل معاً وبرئا جميعًا، ويرجع الكفيل على المدين بثلاثة دنانير، وإذا قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني، فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين؛ لأنه في الحالة الأولى إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير فيكون تصرفاً في الحق نفسه بإسقاط بعضه، فكان الصلح واقعًا عنهما جميعًا فيبرآن

---

(٦١) مجمع الأنهر، لعبد الله داماد أفندي ٢/١٣٣.

جميعًا، ويرجع الكفيل على المدين بثلاثة الدنانير التي أداها لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه.

أما في الحالة الثانية. فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرونًا بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الأصيل فيأخذه الطالب فيهما. (٦٢)

٢) المالكية:

يرى المالكية أن الضامن كالمسلف فيرجع بمثل ما أدى سواء كان مثليًا أو مقوماً. ولا يرجع بقيمة المقوم إذا كان من جنس الدين، بل بمثله وأما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم. وقيل: يخير المطلوب إذا دفع الضامن مقومًا من جنس الدين بين دفع مثل المقوم وقيمته، وذلك إذا لم يكن الضامن قد اشترى ذلك المقوم وإلا رجع بثمنه بلا خلاف ما لم يحاب وإلا فلا يرجع بالزيادة، وهذا يكون إذا أثبت الضامن دفع الدين المتحمل به لمن هو له ببينة أو بإقرار صاحب الحق لسقوط الدين بذلك لا بإقرار المضمون عنه. (٦٣)

ويجوز أن يصالح الضامن رب الدين عن الدين بما يجوز للغريم الصلح به عما عليه، فما جاز للغريم أن يدفعه عوضًا عما عليه جاز للضامن

---

(٦٢) بدائع الصنائع، للكاساني ٧/٣٤٣٤.

(٦٣) بلغة السالك، للصاوي ٢/١٥٧.

وما لا فلا، وللمالكية في مصالحة الكفيل أربعة أقوال:

الأول: المنع مطلقًا.

الثاني: الجواز مطلقًا وبه يقول ابن عرفة.

الثالث: المنع بالمثلي المخالف لجنس الدين والجواز بالمقوم.

الرابع: الجواز فيما يجوز فيه النسيئة فقط.

وعلى القول بالجواز مطلقًا فإن الضامن المصالح يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة المصالح به يوم الرجوع. ولا يجوز الصلح بعد الأجل عن دنانير جيدة بأدنى منها وعكسه.

ولا يجوز الصلح قبل الأجل، لأن المصالحة قبل الأجل بأدنى يكون من باب ضع وتعجل. والصلح بأكثر أو أجود يكون سلفًا جر نفعًا. (٦٤)

٣) الشافعية:

يرى الشافعية أن الضامن يعود على المدين إذا أدى عنه بإذنه بالأقل، وكذا إذا جرى صلح بينه وبين المستحق بالأقل من قيمة ما أداه يوم الأداء من الدين. فلو صالحه عن عشرة إلى خمسة دراهم هي قيمة ثوب أو من خمسة دراهم على ثوب قيمته عشرة فإن الضامن لا يعود إلا بخمسة لأنها هي المطلوبة في الحالة الأولى ولتبرعه بالزائد عليها في الثانية. ولو أدى الضامن بعض ما ضمنه وأبرأه المستحق من الباقي

---

(٦٤) بلغة السالك، للصاوى ٢/١٥٧ والخرشي على مختصر خليل ٦/٢٧.

لم يعد إلا بما أداه ويبقى الباقي على الأصيل. وإنما يعود الضامن بالإذن إن أشهد بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أشهد رجلاً واحداً ليحلف معه لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية.

وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل الأجل لأنه تبرع بالتعجيل. (٦٥)

٤) الحنابلة:

يرى الحنابلة أن الضامن إذا أدى رجع على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضي أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبًا وإنما هو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم. ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عوضًا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين. فلو كان الدين عشرة ووفاه عنه ثمانية أو عوضه عنه عوضًا قيمته ثمانية أو بالعكس رجع بالثمانية.

فإن قضى الضامن المؤجل قبل الأجل لم يرجع على المضمون عنه قبل أجله، وإذا أنكر رب الدين القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المدين، لأن الضامن قد فرط بعدم الإشهاد إلا إن ثبت القضاء ببينة أو حضره مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة، لأنه المفرط بترك الإشهاد، وإن ردت شهادة الشهود بنحو فسق ظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه. ويرجع مع شاهد ويمين. (٦٦)

---

(٦٥) شرح البهجة، لزكريا الانصاري ٣/١٦٣ وتكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٤٩.

(٦٦) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٩ ومطالب اولي النهى، لمصطفى السيوطي ٣/٣٠٩.

المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان ما يرجع به الكفيل على المدين:

نستخلص من دراسة المذاهب الفقهية ما يلي:

١) يرى الحنفية والمالكية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ما ضمنه فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه سواء كان مثليًا أو مقومًا، وهو مقتضى مذهب الشافعية والحنابلة فيكون هذا متفقًا عليه بين الفقهاء.

أما إذا أدى خلاف ما ضمنه بأن كان الدين جيداً فأدى أقل منه أو أدى أفضل منه فإنه يختلف الحكم في ذلك تبعًا للمذاهب الفقهية:

أ – يرى الشافعية والحنابلة أن الضامن يرجع على المدين بالأقل مما قضي أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبًا وإنما هو متبرع بأدائه وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم.

ب – ويرى الحنفية أنه يرجع على المدين بما ضمنه لا بما أدى، لأن الضامن ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب فيستحق الرجوع بما كفل به ولو اختلف المؤدى جودة أو رداءة.

ج – يرى المالكية أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم، وهذا يتفق من حيث النتيجة مع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو الراجح، وذلك لأن الأقل هو ما بذله الضامن للدائن فاستحق عوضه.

٢) يرى الحنفية والمالكية أن الضامن يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به وهو المؤدى فعلاً، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة.

ويضيف المالكية أنه لا يجوز الصلح قبل الأجل بأدنى من المضمون، لأن المصالحة على هذه الحالة تكون من باب ضع وتعجل، وكذلك لا يجوز الصلح بأكثر أو أجود لأنه يكون سلفًا جر نفعًا وهو ممنوع.

٣) يرى الشافعية والحنابلة أن الضامن لا يعود على المضمون عنه إذا أنكر رب الدين إلا إذا أشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين أو شاهداً ويمين أو حضر ذلك مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة؛ لأنه لما كان الأصيل حاضراً كان الاحتياط بإيجاد البينة موكولاً إليه فإذا تركه وهو حاضر فالتفريط منه لا من الكفيل.

أما إذا اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه ذلك فهل يرجع الضامن على المضمون عنه فيه وجهان عند الشافعية والحنابلة:

الأول: إن الضامن له حق الرجوع على المضمون عنه ولا يلتفت إلى إنكاره لأن ما في ذمته حق المضمون له فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي صار للضامن فيقبل إقراره لكونه في حق نفسه.

الثاني: أنه لا يقبل اعتراف المضمون له لأن الضامن مدعٍ لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه، وقول المضمون له شهادة له على فعل نفسه فلا يقبل.

الراجح:

أرى أن الراجح هو القول برجوعه على المضمون عنه، لأن اعتراف المضمون له إقرار في حق نفسه غير متهم فيه فيقبل ويترتب عليه رجوع الضامن على الأصيل ولا يسمع إنكار الأصيل. (٦٧)

(٦٧) المغني، لابن قدامة ٤ /٦١٣ ومغني المحتاج ٢ / ٢١١ للشربيني الخطيب.

ثالثًا : بيان حق المدين «الأصيل» على الضامن :

ذكرنا فيما مضى كيفية رجوع المدين وما يرجع فيه، ونذكر هنا حق المدين على الضامن:

١) الحنفية :

يرى الحنفية أن للمدين حقوقًا قبل الكفيل هي :

١ – إن الكفيل لا يرجع على المدين « المضمون عنه » إلا إذا كانت الكفالة بأمر المدين، وإذا لم تكن بأمره فلا يرجع عليه وإنما تكون تبرعًا.

٢ – إنه إذا كانت الكفالة بأمر المدين وكانت الكفالة مؤجلة فإن الكفيل لا يرجع إلى المدين إلا بحلول الأجل المحدد.

٣ – ألا يؤاخذ المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره إلا إذا كان ممن يجوز إقراره على نفسه ولا يجوز أن يكون صبيًا.

٤ – إنه لا يلزم المكفول عنه بأداء ما ضمن عنه إلا إذا أضاف الضمان إلى نفسه بأن يقول : اكفل عني أو ما يقوم مقامها.

٥ – إن الكفيل لا يملك الرجوع بعد توفر الشروط المطلوبة إلا بالأداء.

٦ – إن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بما أدى فعلاً.

٢) المالكية :

١ – يرى بعض المالكية أنه يشترط إذن المضمون عنه لكي يرجع الضامن عليه.

٢ – إن الكفيل لا يملك مطالبة المدين إلا إذا طالبه الدائن.

٣ – إن الضامن لا يرجع على المضمون عنه في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل.

٤ – إن الكفيل لا يرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.

٥ – إن الكفيل لا يملك مطالبة المكفول عنه إلا بالأقل من الدين وقيمة المتقوم.

٦ – لا يحق للضامن مطالبة المضمون عنه بتسليمه ما ضمنه ليقوم هو بدوره بتسليمه للمضمون له، وإنما من حق المضمون عنه الاحتفاظ به وتقديمه إلى رب الدين نفسه.

٣) الشافعية:

١ – يشترط الشافعية إذن المضمون عنه لكي يرجع عليه الضامن إذا أدى عنه فإذا كان أداء الضامن بدون إذنه فلا يرجع عليه بشيء، ومن حق المضمون عنه ألا يدفع شيئًا للكفيل كما أن الكفيل لا يملك مطالبة المدين بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه.

٢ – يشترط لكي يرجع الضامن على المدين أن تكون الموافقة من المدين بقوله: اضمن عني هذا الدين.

٣ – إن الكفيل لا يملك مطالبة المدين بتسليمه المال ليكون عنده ليسلمه إلى الدائن عند طلبه وإنما من حق المدين الاحتفاظ به وتسليمه هو بنفسه إلى المضمون له.

٤ – إن الكفيل لا يرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.

٥ – إن الكفيل لا يملك حبس المدين ولو حبس، ولا ملازمته قبل أن يؤدى عنه.

٦ – إن من حق المدين إذا أنكر رب الدين القضاء ألا يرجع عليه الكفيل بشيء إلا إذا أشهد.

٧ – إن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو ضمن.

٤) الحنابلة:

١ – يشترط عندهم لكي يرجع الضامن على المضمون عنه أن يكون الضمان بأمره فإن لم يكن بأمره فمن حق المدين ألا يرجع عليه الكفيل، لأن الكفيل حينئذ متبرع.

٢ – إن الكفيل لا يملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه المكفول له.

٣ – إن من حق المدين ألا يؤدي إلا إذا حل الأجل المحدد وأنه لا حق للكفيل عليه إذا أدى عنه قبل الأجل إلا بحلول الأجل.

٤ – إن الكفيل لا يملك مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه.

٥ – إن من حق المدين ألا يدفع للضامن إلا الأقل مما قضي أو قدر الدين.

٦ – إن من حق المدين ألا يدفع شيئًا للضامن ولا يرجع عليه الضامن إذا أنكر رب الدين القضاء إلا إذا أشهد على رب الدين.

المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان حق المدين «المكفول عنه»:

بدراسة المذاهب الفقهية يتبين ما يأتي:

١) يتفق الحنفية وبعض المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يستحق الرجوع على المكفول عنه إلا إذا كان بأمره وإذا لم يكن بأمره فمن حق المدين ألا يدفع شيئًا للضامن مقابل ما دفعه لأنه يعتبر متبرعًا.

٢) يتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه رب الدين فإن لم يطالبه فمن حق المدين ألا يتجاوب معه.

٣) يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يرجع على المدين بما أداه عنه إلا إذا حل الأجل، ومن حق المكفول عنه ألا يدفع إلا بعد حلول الأجل.

٤) إن الكفيل لا يجوز له مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه فعلاً، وقبل الأداء لا يحق له ذلك، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة.

٥) يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو قدر الدين.

٦) يتفق الحنفية والشافعية على أنه إنما يرجع الكفيل على المدين إذا أضاف الضمان إلى نفسه بأن يقول: اكفل عني هذا الدين أو ما

يقوم مقامه وبدون ذلك من حق المكفول عنه ألا يدفع شيئًا، ولم يشترط ذلك المالكية والحنابلة.

٧) يرى المالكية والشافعية أن من حق المضمون عنه أن يحتفظ بالدين عنده ولا يسلمه إلى الكفيل وإنما يؤدي الكفيل من ماله إلى الدائن أو يؤدي المدين ذلك إلى الدائن، حتى لو طالب الكفيل بذلك فإذا دفعه المكفول عنه إلى الكفيل قبل أدائه فإما أن يكون قد قبضه على وجه الأمانة أو القضاء.

فإن كان قد قبضه على وجه الأمانة فتلف بلا تعد منه أو تفريط فإنه لا يضمنه الكفيل لأنه أمانة في يده وفي هذه الحالة يكون الطالب مخيراً بين مطالبة الكفيل أو الأصيل أيهما شاء.

أما إذا قبضه على وجه القضاء فإن الكفيل يملك ما دفع إليه ولا يبرأ الأصيل بالنسبة للمكفول له، ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط.

جاء في تبيين الحقائق [٦٨] «ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه وما ربح الكفيل له... لأنه ملكه بالقبض».

---

(٦٨) تبيين الحقائق، للزيلعي ٤ / ١٦١.

٨) يرى الشافعية والحنابلة : أنه إذا أنكر رب الدين قضاء الكفيل للدين فإن من حق المكفول عنه ألا يدفع شيئًا، ولا يستحق الكفيل الرجوع عليه إلا إذا أشهد عليه أو أقرَّبه المدين لحضوره دفع الدين .

الفصل الثاني

آثار الكفالة في القانون

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.

المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.

المبحث الثالث : تعدد الكفلاء وما يترتب عليه.

المبحث الرابع : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين.

المبحث الأول

العلاقة بين الكفيل والدائن

يترتب على انعقاد عقد الكفالة آثار فما يتعلق بالكفيل والدائن:

أولاً: من يطالب الدائن بالوفاء:

١ – لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل وحده إلا بعد مطالبة المدين.

فإذا بدأ الكفيل بالمطالبة فإن للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين. ذلك أن مطالبة الكفيل إنما تكون بعد مطالبة المدين.

نصت على ذلك المادة ٧٨٨ مدني مصري بقولها: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين» كما نصت على ذلك المادة ٧٥٤ / ١ من التقنين المدني السوري، وكذلك المادة ١٠٢١ من التقنين المدني العراقي وهذا ما يفهم من قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٠٧٢.

ولم يكن في القانون المدني القديم – شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي – نص مماثل لنص المادة ٧٨٨ مدني مصري، ولذا كان الرأي السائد فقهًا وقضاء في مصر وفرنسا أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل أولاً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى مطالبة المدين قضاء ولا حتى إعذاره. (٦٩)

(٦٩) عقد الكفالة د/ منصور مصطفى، ص ٥٥.

ويشترط لدفع الكفيل بوجوب وجوع الدائن على المدين أولاً شروط هي:

١ – يجب ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، لأن هذا حق تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمنًا في عقد الكفالة أو بعده، وألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

٢ – أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة، فإذا كان المدين معسراً أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك، وعبء الإثبات يقع على الدائن لا على الكفيل.

٣ – أن يتمسك الكفيل بالدفع، فلا يكون قد نزل عن حقه حتى وقت الدفع سواء كان صريحًا أو ضمنيًا.

وإذا استوفى الدفع هذه الشروط فيقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده، ويجب عندئذ على الدائن أن يرجع على المدين أو لا يطالبه قضائيًا بوفاء الدين، ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين. (٧٠)

---

(٧٠) الوسيط في شرح القانون المدني د/ عبد الرزاق السنهوري ١٠/١٠٥.

ثانيًا : إلزام الدائن للكفيل بالوفاء :

وإذا لم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد مطالبة الدائن له بالدين المكفول كان ملتزمًا بالوفاء للدائن في حدود التزامه بهذا الضمان، فإن لم يقم بهذا الوفاء باختياره كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبري على أمواله.

وحيث إن الكفيل يرجع على المدين الأصلي بالالتزام المضمون بعد دفعه من قبله، فقد أوجب القانون على الدائن أن يسلم ما لديه من مستندات وينقل ما لديه من ضمانات إلى الكفيل؛ ليستفيد منها في رجوعه بما وفى من دين. جاء ذلك في المادة ٧٨٧ حيث نصت على ما يأتي :

« يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه بالدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

فإذا كان الدين مضمونًا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل » ويطابق ذلك من القوانين العربية الأخرى مادة ٧٥٣ من القانون المدني السوري والمادة ١٠٢٦ من القانون المدني العراقي.

وللكفيل طلب التجريد للمدين قبل رجوع الدائن عليه. نصت على ذلك المادة ٧٨٨ من القانون المدني المصري بقولها : « لا يجوز له (أي الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ». ولا يجوز

للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد، ولابد في حالة الدفع بالتجريد أن يرشد الكفيل الدائن عن أموال للمدين تفي بحقه بأكمله من الدين وفوائده والمصروفات، فإن لم تكن الأموال التي يرشد عنها الكفيل كافية لذلك رجع الدائن بالباقي على الكفيل، ثم يرجع الكفيل بما أدى على المدين. جاء ذلك في المادة ٧٨٩ من القانون المدني المصري «إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله» ويماثل ذلك في القوانين العربية الأخرى المادة ١٠٢٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٧٥٥ من القانون المدني السوري.

وإذا طلب الكفيل إلى الدائن تجريد المدين وجب وقف إجراءات التنفيذ الموجهة ضد الكفيل وإلغاء ما تم منها، وعلى الدائن أن يبدأ هذه الإجراءات ضد المدين في الوقت المناسب بحيث لا يؤدي تأخره إلى إعسار المدين، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك في مواجهة الكفيل.[٧١] جاء ذلك في المادة ٧٩٠ من القانون المدني المصري بقولها «في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب» ويقابل ذلك المادة ٧٥٦ من القانون المدني السوري.

---

(٧١) دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري د/ جميل الشرقاوي ص ٦٤.

ثالثًا : الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له :

ويقصد بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع التمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له، وهذه الأوجه إما أن تكون قائمة على أسباب تتعلق بالدين المكفول يتمسك بها الكفيل لإبراء ذمته على أساس أن التزامه التزام تابع لالتزام المدين الأصلي وتسمى الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي، وإما أن تكون أسبابًا تتعلق بالتزام الكفيل نفسه، ولذا تسمى الأوجه الخاصة بالكفيل.

١ - **الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي**: يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له بكل ما يستطيع المدين أن يتمسك به في مواجهة الدائن من أوجه تتعلق بصحة مصدر الدين، أو بقاء هذا الدين أو انقضائه، وعلى هذا يستطيع الكفيل أن يتمسك ببطلان مصدر التزام المدين، وأن يتمسك كذلك في مواجهة الدائن بانقضاء التزام المدين.

٢ - **الأوجه الخاصة بالكفيل:**

يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له في أحد الأمور التالية :

أ - إضاعة التأمينات بخطأ الدائن، ولذا تنص المادة ٧٨٤ مدني مصري على أن « تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ».

« ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو

تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون » أهـ

ويشترط لثبوت تمسك الكفيل بهذا الحق شروط هي :

١ – أن يكون التأمين الضائع تأمينًا خاصًا بالوفاء بالدين المكفول، وسواء كان تأمينًا شخصيًا أو تأمينًا عينيًا كرهن.

٢ – أن تكون إضاعة هذا التأمين الخاص بخطأ الدائن.

٣ – أن يؤدي ضياع التأمين إلى فوات مصلحة الكفيل، بأن يكون التأمين الضائع ذا قيمة كبيرة معتبرة في ضمان حق الدائن، وإذا توفرت هذه الشروط فمن حق الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالوفاء.

ب – إهمال الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين: إذا طلب الكفيل من الدائن اتخاذ الإجراءات للمطالبة بحقه من المدين، ولم يقم الدائن بشيء من ذلك خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له سواء برفع الدعوى على المدين أو بالبدء في إجراءات التنفيذ إن كان بيده سند تنفيذي فإنه يكون للكفيل الحق في أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن. وذلك هو ما جاء بنص المادة ٧٨٥ من القانون المدني المصري.

ج – عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين التاجر [٧٢]، نصت على ذلك المادة ٧٨٦ مدني مصري «إذا أفلس المدين وجب على

(٧٢) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د/ جميل الشرقاوي ص ٨١.

الدائن أن يتقدم في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن».

المبحث الثاني

متى يطالب الدائن الكفيل؟

يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين. فإذا كان الدين المكفول حالاً وكفله على حاله فإنه يطالب الدائن الكفيل في الحال، وإذا كان مؤجلاً فيكون التزام الكفيل مؤجلاً مثله، ويحل الالتزامان في وقت واحد، وفي الوقت نفسه يستطيع الدائن أن يرجع على المدين كما يستطيع أن يرجع على الكفيل بشروطه. وقد لا يحل الالتزامان في وقت واحد. فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام على الأصيل، كما إذا حدد أجل لكل من الالتزامين والتزام الكفيل أقصر أجلاً، أو مد التزام الأصيل في الأجل أو بحكم القاضي. وفي هاتين الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئًا من الالتزام الأصلي، فيجب جعل التزام الكفيل مساويًا للالتزام الأصلي؛ لأنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول.[٧٣]

ويجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام الأصيل كما إذا جعل التزام الأصيل يحل قبل التزام الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل بوفاء الدين قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه حتى لو حل أجل الالتزام الأصلي.

وإذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصلي قد سقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره. فلا يسقط

---

(٧٣) الوسيط للسنهوري ١٠ / ٩٠.

الأجل المحدد لالتزام الكفيل لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوي مركز الكفيل، وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل، وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم ينزل عنه الكفيل، فيبقى الأجل قائمًا بالنسبة إلى الكفيل، ولا يستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلول أجله.[٧٤]

(٧٤) الوسيط للسنهوري ١٠/ ٩١.

المبحث الثالث

تعدد الكفلاء وما يترتب عليه

إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعًا قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد فإن القانون المصري يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فينقسم الدين فيما بينهم بقوة القانون. نصت على ذلك المادة ٧٩٢ مدني مصري «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة» وجاء مثل ذلك في المادة ٧٥٨ مدني سوري ويوافق ذلك في المعنى ما جاء في المادة ١٠٢٤ مدني عراقي.

مثال ذلك: كفل أربعة أشخاص رجلاً بدين واحد هو ألف ريال وبعقد واحد ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين، فإن الدين ينقسم عليهم بعدد الرؤوس. ويكفل كل منهم مائتين وخمسين فقط، وإذا طالب الدائن أحدًا منهم بأكثر من ذلك كان له أن يدفع الطلب بتقسيم الدين، وعلى هذا إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار.

ولقد اشترط القانونيون لتقسيم الدين على الكفلاء بالحصص شروطًا هي:

١ – أن يتعدد الكفلاء فإن كان للدين كفيل واحد لم ينقسم الدين بينه وبين المدين، بل يرجع الدائن على المدين بكل الدين ثم يرجع على الكفيل بكل الدين، فإذا كان فيه كفالة عينية وشخصية بدأ بالكفالة العينية فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصي.

٢ – أن يكون الكفلاء قد كفلوا دينًا واحدًا.

٣ – أن يكون الكفلاء قد كفلوا مدينًا واحدًا.

٤ – ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ذلك أن مقتضى التضامن رجوع الدائن إلى كل منهم بكل الدين.

٥ – أن يكون الكفلاء قد التزموا بعقد واحد؛ لأن حق التقسيم يستند إلى اعتماد كل كفيل على وجود غيره. أما التزام الكفلاء بعقود متتالية فلا ينقسم الدين بينهم بقوة القانون، ويترتب على ذلك انقسام الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يتفق الكفلاء على وجه معين. (٧٥)

(٧٥) عقد الكفالة، مصطفى منصور، ص ٦٠ – ٦١، والوسيط، للسنهوري ١٠/ ٩٤.

المبحث الرابع

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

ونتكلم في هذا المبحث عن العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء الملتزمين بالدين، ويتناول البحث حالتين:

الحالة الأولى: العلاقة بين الكفيل والمدين.

الحالة الثانية: العلاقة بين الكفيل وبين الكفلاء الملتزمين بالدين.

الحالة الأولى: العلاقة بين الكفيل والمدين:

إذا وفى الكفيل الدين للدائن كان في حكم من وفى دين غيره ذلك أن الكفيل لم يكن في الأصل ملتزمًا بالدين، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة، فهو قد وفى دين غيره، وإن كان يعتبر كدين نفسه، لأنه قد التزم بهذا الوفاء وحكم من وفى دين غيره طبقًا للقواعد العامة، هو أنه يرجع على المدين الأصلي، ولهذا أجازت المادة ٨٠٠ مدني مصري للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين، كما أجازت المادة ٧٩٩ منه للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ومثلها المادة ٧٦٥ من القانون المدني السوري والمادة ١٠٣٣ / ٢ من القانون المدني العراقي.

شروط دعوى الكفالة: يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة شروط هي:

١ – يجب أن تكون الكفالة لمصلحة المدين دون اعتراض منه:

وهذا الشرط لا تستلزمه النصوص القانونية، ولكن الفقه القانوني يجمع على استلزامه فيجب كون الكفالة لمصلحة المدين، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل على التعامل معه.

ويجب كذلك ألا تكون الكفالة قد تمت مع اعتراض المدين، ذلك أن المفروض في الكفالة أن تكون لمصلحة المدين ووقوعها مع اعتراضه يفيد أن الكفالة لم تكن لمصلحته فإذا لم تكن الكفالة لمصلحة المدين أو كانت قد تمت رغم معارضته فإنه لا حق للكفيل إن وفى الدائن أن يرجع بدعوى الكفالة. أما إذا توفر هذا الشرط فحق الكفيل مقرر في الرجوع وفقًا لأحكامها سواء كان متضامنًا مع المدين أو غير متضامن، وسواء أكان كفيلاً عينيًا أم شخصيًا.

٢ – أن يكون الكفيل قد وفى الدين: وليس المقصود بالوفاء المعنى الاصطلاحي فقط، بل المقصود كل ما يقوم مقام الوفاء ويترتب عليه براءة ذمة المدين كالمقاصة التي تقع بين الكفيل والدائن.

٣ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين.

وذلك أنه قد تكون عند المدين أسباب تمنع الوفاء من الكفيل كأن يكون وفى الدين أو جزءاً منه، فإذا لم يخطر الكفيل المدين، وقام بالوفاء دون علمه، فلا يحق له الرجوع على المدين إذا كانت للمدين أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه، فإن أخطره رجع عليه إن لم يعارض الوفاء، ويرجع عليه كذلك إن لم تكن هناك أسباب تقضي

بالبطلان أو الانقضاء وإن عارض بعد إخطاره.

٤ – يجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت المناسب وهو الذي يحل فيه أجله، فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل لم يكن له أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة إلا عند حلول الأجل.

ولقد جاء ذكر ذلك في المادة ٧٩٨ مدني مصري: « ١ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين،أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه».

ما يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الكفالة:

للكفيل أن يرجع على المدين بما دفعه للدائن لإبراء ذمة المدين، ويدخل في هذا أصل الدين والفوائد التي استحقت عنه إلى اليوم الذي وفى فيه، والمصروفات التي أنفقها الدائن فيما اتخذه من إجراءات ضد المدين، وكذلك المصروفات التي أنفقها الدائن ضد الكفيل، ويجب على الكفيل أن يخطر المدين بالإجراءات التي تتخذ ضد الكفيل، من قبل الدائن، لما في ذلك من زيادة المصروفات على المدين، فإن لم يفعل الكفيل تحمل هو تلك المصروفات. نصت على ذلك المادة ٨٠٠ مدني مصري

«ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده».

ومثلها المادة ٧٦٤ من القانون المدني السوري.

ويرى القانون أن للكفيل أن يرجع على المدين بفوائد ما دفعه للدائن اعتباراً من يوم الدفع. نصت على ذلك المادة ٨٠٠/٣ مدني مصري بقولها: «يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع».

وقد خرج القانون بذلك عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تسري إلا من تاريخ المطالبة القضائية. (م٢٢٦)

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول شروط هي:

١ – أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين، وبذلك يحل محل الدائن.

٢ – أن يكون وفاء الكفيل للدين عند حلول أجله على المدين، فإذا كان الوفاء قبل الأجل فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة ما بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ الذمة من الدين. (٧٦)

---

(٧٦) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د/ جميل الشرقاوي ص ١٠٢ – ١٠٥ والوسيط، للسنهوري ١٠/١٥٥ – ١٨٤.

جاء ذلك بنص المادة ٧٩٩ مدني مصري «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين» ويقابل ذلك المادة ٧٦٥ مدني سوري والمادة ١٠٣٣ / ٢ من القانون المدني العراقي.

ما يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول:

يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن نفسه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المدين قد وفى الدين فلا يستطيع الكفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى الحلول.

ويرجع الكفيل بالدين نفسه بماله من خصائص، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يسري في العلاقة بين المدين والدائن، فإذا كان الدائن أو القاضي قد مد الأجل فلا يستطيع الكفيل أن يرجع إلا عند حلول الأجل الجديد، ويرجع بالدين وما يلحقه من توابع، فإذا كان الدين منتجًا لفوائد بسعر معين رجع الكفيل بهذه الفوائد، وإذا لم يكن منتجًا لفوائد لا يرجع الكفيل إلا بأصل الدين والفوائد القانونية في وقت المطالبة القضائية وفقًا للقواعد العامة.

وكذلك يرجع الكفيل على المدين في دعوى الحلول بحق الدائن مضمونًا بما له من تأمينات شخصية أو عينية سواء كانت سابقة في وجودها على الكفالة أو معاصرة لها أو لاحقة. وللمدين أن يتمسك

بالدفوع التي يستحقها في مقابلة الدائن في مقابلة الكفيل كذلك وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك، وإذا كان الحق معلقًا على شرط واقف لم يتحقق أو كان مؤجلاً ولم يحل الآجل جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك.

وإذا كان المدين أكثر من واحد وهم متضامنون فيما بينهم فلا يخلو إما أن يكفلهم الكفيل جميعًا أو يكفل بعضهم دون بعض.

ويرجع الكفيل بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط. أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم دون البعض الآخر، فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أي منهم بكل الدين، أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين ويرجع على المدين الذي لم يضمنه بقدر حصته في الدين. (٧٧)

---

(٧٧) عقد الكفالة، لمنصور مصطفى منصور ص ١٠٥ – ١٠٧ ودروس في التأمينات الشخصية والعينية د/ جميل الشرقاوي ص ١١٢.

الحالة الثانية : العلاقة بين الكفيل والكفلاء الملتزمين بالدين :

المقصود بالملتزمين بالدين : هم الكفلاء الآخرون غير الكفيل الذي أدى الدين عن المدين ولذلك حالتان :

١ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه، إذا تعدد كفلاء دين واحد وتوفرت شروط انقسام الضمان فيما بينهم فإن كلاً من الكفلاء يكون مسؤولاً عن نصيبه من الدين، فلا يكون للدائن أن يطالب أيًا منهم بأكثر مما يلتزم به .

فإن وفى أكثر مما التزم به برئت ذمة المدين، كما تبرأ ذمة الكفلاء الآخرين بقدر الزيادة الموفى بها، ولكن الكفيل الموفي لا يحق له الرجوع بما يزيد عن حقه في الضمان عن المدين إلا وفقاً لقواعد الإثراء على حساب الغير، ويستطيع الكفيل أن يرجع على الكفلاء الآخرين بما زاد عن حصته في الضمان في حدود نصيب كل منهم من الزيادة في الوفاء على أساس الإثراء بلا سبب، وإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم فأدى أحدهم فله أن يرجع على كل كفيل آخر بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالين لا يرجع إلا بحصة من يرجع عليه وبنصيبه من حصة من يعسر من الكفلاء .

ولا يختلف مقدار ما يرجع به الكفيل على غيره بحسب ما إذا كان الرجوع بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول [٧٨]، وقد جاء ذكر ذلك في

---

(٧٨) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د/ جميل الشرقاوي ص ١١٩ .

المادة ٧٩٦ مدني مصري «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم» وتطابق هذه المادة ٧٦٢ مدني سوري أما المادة ١٠٣٢ من المدني العراقي والمادة ١٠٨٢ من قانون الموجبات اللبناني فتتفقان في المعنى معها.

٢ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني:

الكفيل العيني كالكفيل الشخصي ويعتبر كفيلاً لا مديناً أصلياً، وإنما الفرق بينهما أن الكفيل العيني غير مسؤول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه تأمينًا للدين في حين أن الكفيل الشخصي يكون مسؤولاً عن كل الدين، ويرجع الكفيل العيني إذا وفى الدين على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين.

أما الحائز للعقار وهو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين فإذا وفى الكفيل بالدين حل محل الدائن في هذا الرهن، وكان له أن يتتبع العقار في يد الحائز، وينفذ عليه بمقدار ما دفعه من الدين متقدمًا في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار؛ لأنه حل محل الدائن في الرهن الذي يثقل هذا العقار. (٧٩)

(٧٩) الوسيط، للسنهوري ١٠/٢٠٩ – ٢١١.

الفصل الثالث

المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الثاني : المقارنة في وقت مطالبة الدائن للكفيل في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الثالث : المقارنة بين تعدد الكفلاء وما يترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الرابع : المقارنة بين العلاقة فيما بين الكفيل والمدين في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الأول

المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في الفقه الإسلامي والقانون

نتناول في هذا المبحث علاقة الكفيل والدائن فنقول: قرر القانون في العلاقة بين الكفيل والدائن أن الدائن لابد أن يرجع أولاً على المدين، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل فإن رجع على الكفيل أولاً كان لهذا الكفيل أن يدفع رجوع الدائن بوجوب الرجوع أولاً على المدين، وأوضح القانون شروط هذا الدفع بألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه وغيره من الشروط التي أوردها، ويترتب على توفر الشروط وجوب رجوع الدائن على المدين أولا يطالبه قضائيًا بوفاء الدين.

وإذا لم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد المطالبة من الدائن له فإن القانون يعطي للدائن حق التنفيذ الجبري على أموال الكفيل، وللكفيل أن يطلب تجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

وبدراسة المذاهب الفقهية الإسلامية يتضح أن القانون يتفق مع المذهب المالكي، حيث ذهب فقهاء المالكية إلى أن الدائن لا يجوز له أن يطالب الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضرًا موسرًا، وإنما يطالب المدين أولا ولا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين، كما إذا كان المدين غائبًا أو معسرًا أو مماطلاً. جاء في حاشية الدسوقي[٨٠]: «إن الكفيل لا يطالب بالحق في ملاء المكفول عنه وحضوره».

---

(٨٠) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٧.

وقد اشترط القانون أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة، أما إذا لم يكن فيه فائدة بأن كان المدين معسراً أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين فلا يشترط رجوعه عليه أولاً، وهذا هو معنى اشتراط المالكية في رجوع الدائن على الكفيل وهو تعذر مطالبة المدين.

ولعل القانون المصري وهو المستوحى من القانون الفرنسي قد استقى ذلك من المذهب المالكي، لأنه هو المعمول به في بلاد المغرب.

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فإنهم يرون أنه يجوز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل ولا يشترط مطالبة المدين أولاً، بل الدائن بالخيار إن شاء طالب أحدهما أو طالبهما جميعًا.

جاء في في شرح فتح القدير[٨١]: «والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله».

وجاء في تكملة المجموع[٨٢]: «فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه».

وجاء في المغني[٨٣]: «إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما».

وكان هذا هو المعمول به في القانون المصري القديم شأنه شأن القانون

---

(٨١) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٩٩.

(٨٢) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٢٤.

(٨٣) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠٥.

الفرنسي حتى صدر القانون المدني الجديد، ولكن الأولى هو القول بأن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين أو الكفيل أو هما معاً؛ لأن الضمان ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، وقد ثبت الحق في ذمتهما جميعًا فيملك الدائن مطالبة من شاء منهما، وقد سبق بيان ذلك مفصلاً . (٨٤)

ويرى القانون أن تقصير الدائن في اتخاذ إجراءات التجريد للمدين يعطي الكفيل الحق في التمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن، وهذا قد يتفق مع ما جاء في بعض المذاهب الفقهية، حيث أشاروا إلى أن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه من المدين. جاء في شرح البهجة (٨٥): «وللضامن بإذن الأصل أن يطالب صاحب الحق إذا مات الأصيل عن ميراث بأن يبرئه عن الحق أو يأخذ من إرث أصل حقه؛ لأنه قد يهلك فلا يجد مرجعًا إذا غرم».

أما الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له والتي أوردها القانون سواء ما كان خاصًا منها بالالتزام الأصلي أو بالكفيل فإنها أمور تنظيمية مبنية على القول بأن الدائن يرجع على المدين أولاً، وذلك ما جاء في المذهب المالكي فهي تثبت للكفيل حقوقًا تجاه الدائن حماية له من ضياع حقه في الرجوع على المدين ولا أرى مانعًا منها من الناحية الشرعية لأنها لا تخالف ما جاءت به الشريعة من القواعد وفيها مصلحة للكفيل وحماية لحقه.

---

(٨٤) سبق ذلك ص ٤٦٥ .

(٨٥) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣/١٦٢.

المبحث الثاني

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون بوقت مطالبة الدائن للكفيل

نص القانون على أن الكفيل لا يطالبه الدائن إلا عند حلول أجل الدين، فإذا اتفق على أجل لالتزام الكفيل بعد الالتزام الأصلي، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الخاص بالتزامه هو حتى ولو حل أجل الالتزام الأصلي.

ولا يجيز القانون أن يكون أجل التزام الكفيل قبل أجل الالتزام الأصلي؛ لأن الكفالة تكون في هذه الحالة قد انعقدت بشروط أشد من الالتزام الأصلي وذلك لا يجوز بنص المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري.

ولذا يمتد الأجل بالنسبة للكفيل إلى وقت حلول أجل التزام الأصلي، فلا يكون للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول هذا الأجل. وإذا امتد الأجل للمدين سواء بحكم القاضي أو بإرادة الدائن فإن الكفيل يستفيد من ذلك، فلا يجوز للدائن أن يجبره على الوفاء قبل حلول الأجل الجديد.

وإذا سقط الأجل بالنسبة للمدين فالرأي الغالب عند القانونيين أنه يسقط بالنسبة للكفيل كذلك.

وفي الفقه الإسلامي فإن الدائن لا يطالب الكفيل إلا بحلول أجل الدين سواء كان حالاً عليهما أو حالاً على المدين مؤجلاً على الكفيل، فيطالب الكفيل عند حلول الأجل عليه. وهذا باتفاق الفقهاء الحنفية

والمالكية والشافعية والحنابلة. وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في ذلك.

أما إذا كانت الكفالة مؤجلة على المدين ولكن طلب تعجيلها وحلولها على الكفيل فإن الحنابلة يرون أنها لا تكون حالة على الكفيل وإنما يكون الكفيل له حق التأجيل إلى وقت حلولها على المدين.

جاء في المغني [٨٦] : «وإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً ولا يلزمه أداؤه قبل أجله؛ لأن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه»، ويتفق القانون مع المذهب الحنبلي في ذلك، لأن التعجيل في حق الكفيل لوحده يعدُّ أشد من التزام الأصيل، وهذا غير جائز وعندها لا يكون للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول الأجل للأصيل.

أما الحنفية والمالكية والشافعية وفي وجه عند الحنابلة فإنهم يرون جواز تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الأصيل لتكون حالة على الكفيل، ويشترط المالكية لذلك أن يكون المضمون مما يجوز تعجيله.

الراجح:

أرى أن الراجح جواز ضمان الدين المؤجل حالاً؛ لأن الضمان تبرع فيجوز فيه اختلاف الصفتين للحاجة. ولأن الكفيل قد تبرع بالتزام التعجيل فيصح كتبرعه بأصل الضمان، ولا وجه لمنع ذلك.

---

(٨٦) المغني، لابن قدامة ٤/٦٠١.

وقد أجاز القانون سقوط الأجل بالنسبة للكفيل إذا سقط في حق المدين، وهذا هو الرأي الغالب في القانون، ويختلف ذلك عما ذهب إليه الفقه الإسلامي حيث إنه إذا سقط الأجل في حق الأصيل لأي سبب من الأسباب فإنه لا يسقط بالنسبة للكفيل لأنه حقه، يدل لذلك ما جاء في شرح البهجة (٨٧): «وهو على من قد قضى يحل على من مات من ضامن وأصيل لا كذا الآخر أي الحي لا يحل عليه الحق لارتفاقه بالأجل، ولا المفلس لا يحل عليه الحق بالحجر عليه بإفلاسه لقاء ارتفاقه بالأجل».

وجاء في حاشية رد المحتار (٨٨): «كما لا يحل الأجل على الكفيل اتفاقاً إذا حل على الأصيل بموته».

فهذا يدل على أن الأجل لا يسقط في حق الكفيل إذا سقط في حق المدين، وإنما يبقى الأجل قائمًا ولا يطالب الدائن الكفيل إلا بعد حلول الأجل.

وجاء في المغني (٨٩): «فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل لأنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته قبل الأجل».

ومن هذا يتضح أن القانون يختلف عن الفقه الإسلامي في هذه المسألة، ولاشك أن القول بسقوط الأجل بحق الكفيل إذا سقط في حق المدين فيه إجحاف بالكفيل، وإضرار به، وإلزام له بما لم يلتزم به وهذا غير جائز.

---

(٨٧) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/ ١٦١.

(٨٨) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين ٦/ ٣١٩.

(٨٩) المغني، لابن قدامة ٤/ ٦٠٢.

المبحث الثالث

المقارنة بين تعدد الكفلاء وما يترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون

الحالة الأولى:

نص القانون على أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعًا قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد، فإن وحدة العقد دليل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فينقسم الدين بينهم بقوة القانون، فإذا كان الكفلاء ثلاثة وكان الدين تسعمائة وكفله الثلاثة بعقد واحد ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفله كل منهم من الدين، انقسم الدين بينهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلاثمائة فقط، وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب أي كفيل منهم إلا بمقدار ثلاثمائة فقط.

وهذا يتفق مع إحدى الحالات التي أوردها الفقهاء المسلمون لتعدد الكفلاء في الفقه الإسلامي، حيث ذكروا أنه إذا تعدد الكفلاء والدين يحتمل الانقسام فإن الدائن يطالب كل منهم بحصته، فإذا كان الدين ألفاً والكفلاء اثنين فإنه يطالب كل كفيل منهما بخمسمائة فقط.

جاء في بدائع الصنائع [٩٠]: «وإذا كان به كفيلان والدَّين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه، لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة».

---

(٩٠) بدائع الصنائع، للكاساني ٧/٣٤٢٢.

ومن هذا نرى تطابق القانون مع الفقه الإسلامي في حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد ولم يكفل بعضهم عن بعض، فإن الدين ينقسم عليهم بعدد الرؤوس ولا يطالب الدائن أي كفيل إلا بمقدار حصته فقط، لأن الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم.

الحالة الثانية:

وهي ما إذا كان الكفلاء متضامنين فإن الدائن يملك مطالبة أي واحد منهم بكل الدين، ولا ينقسم عليهم الدين بالحصص، ويرجع الكفيل المؤدي للدين بما أداه على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم، كما جاء ذلك بنص المادة ٧٩٦ مدني مصري، هذا في القانون.

ويتفق ما جاء في القانون في هذه الحالة مع ما جاء في الفقه الإسلامي وهي حالة تعدد الكفلاء ويكفل كل منهم صاحبه بأمره وبكل المال فإن للدائن أن يطالب كل واحد منهم، فإذا أدى أحدهم فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم.

وبهذا يقول الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية.

جاء في حاشية الدسوقي [٩١] : «تعدد الحملاء واشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال مع ذلك: أيكم شئت أخذت بحقي أخذ كل

---

(٩١) حاشية الدسوقي ٣/٣٤٢.

واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئًا، وللغارم الرجوع على أصحابه وله الرجوع على الغريم».

ومن هذا النص من المذهب المالكي نرى تطابق الحالة التي أوردها القانون مع تلك الحالة التي أوردها الفقهاء للتعدد.

الحالة الثالثة:

وهي تعدد الكفلاء على الترتيب بأن ضمن واحد ثم آخر، وهكذا فإن القانون يرى أنه لا يجوز الرجوع على كفيل الكفيل إلا إذا رجع على الكفيل وتعذرت مطالبته إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل، فيجوز رجوعه عليه ولو قبل رجوعه على الكفيل وإذا استوفى الحق من أحدهم فإنه يبرأ الجميع بذلك ويرجع كفيل الكفيل على الكفيل.

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية كما سبق بيانه، ويخالف في ذلك الجمهور من الفقهاء فيجيزون رجوع الدائن على الكفيل أو كفيل الكفيل فمتى استوفى الحق من أحدهم برئ الجميع، وأنه يجوز الرجوع على الكفيل أو كفيل الكفيل، والقانون إنما قال بذلك بناءً على أنه لا يجوز الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين، فجعل ذلك قياسًا عليه، ولكن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافاً لبعض علماء المالكية.

هذا وإن الدارس لتعدد الكفلاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يجد أن الفقهاء المسلمين قد أفاضوا في ذلك، كما أن الترتيب لحالات

التعدد وتقسيمها وبيان أحكامها يفوق ما ورد في القانون من حيث التقسيم والترتيب والتنظيم وذكرهم لحالات لم يتطرق لها القانون، مما يعطي دليلاً عملياً أن الفقه الإسلامي أغنى من القوانين الوضعية في جميع ما تطرق له وإن جدت بعض الحالات التي لم تكن موجودة في عصر الفقهاء السابقين، فهذه لا يخرج الصالح منها عن القواعد التي استنبطها الفقهاء من الفقه الإسلامي. فالفقه الإسلامي غني بمصادره وقواعده يضمن سير الحياة بكل أوجهها على أمثل السبل للمجتمعات البشرية.

المبحث الرابع

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا وفى الكفيل للدائن فإنه يرجع على المدين الأصلي، وقد أعطى القانون حق الرجوع على المدين بدعوى الكفالة. جاء ذلك في المادة ٧٩٨ مدني مصري، وقد أعطى القانون الكفيل التمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها المدين في مواجهة الدائن، وإذا اكتملت الشروط التي اشترطها القانون لدعوى الكفالة فإن للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الكفالة، فإن كانت الكفالة قد عقدت بالرغم من معارضة المدين، أو عقدت لمصلحة الدائن دون المدين فإن الكفيل لا يرجع على المدين بدعوى الكفالة، وإنما بسبب آخر وهو الإثراء بلا سبب.

وفي الفقه الإسلامي إذا أدى الكفيل الدين عن المدين بأمره فإنه يملك الرجوع على المدين بشروط أوردها كل من الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية فإنهم يرون أن الضامن لا يرجع على المدين، لأن الكفالة عندهم تنقل الدين إلى الضامن، وشروط القانون التي أوردها لرجوع الضامن على المدين سواء بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول لا تختلف عن الشروط التي أوردها الفقهاء المسلمون في شروط رجوع الكفيل على المدين بما أدى.

وقد جاء في المادة ٨٠٠ من القانون المدني المصري ما نصه: «للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه».

ومن هذا نعلم أن الكفيل يرجع على المدين بما أدى ولو كانت الكفالة منعقدة دون إذن المدين، وهذا يتفق مع رأي بعض المالكية وبعض الحنابلة الذين لم يشترطوا إذن المدين لكي يرجع عليه الضامن بما أدى.

وهذا خلاف ما عليه الجمهور من الفقهاء الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة، وهو أن الضامن لا يرجع على المدين إلا إذا كان الضمان بإذنه وقد بينا أن ذلك هو الراجح. (٩٢)

ما يرجع به الكفيل على المدين:

يرى القانون أن الكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والفوائد والمصروفات، ويكون للكفيل الحق في الرجوع بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع للدائن.

وفي مسألة الرجوع بأصل الدين فإن هذا يتفق مع الفقه الإسلامي، حيث ذهب الفقهاء المسلمون من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الكفيل يرجع على المدين إذا أدى عن المكفول عنه ما ضمنه سواء كان مثليًا أو مقومًا، وذلك في حالة أدائه عنه ما ضمنه، أما إذا أدى خلاف ما ضمنه فإنه يرجع بالأقل مما أدى أو قيمة الدين.

---

(٩٢) ص ٥١١.

وبالنسبة للمصروفات فإني لم أطلع في الكتب الفقهية على نص يجيز للكفيل أن يرجع بالمصروفات على المدين إلا ما جاء في (المبدع في شرح المقنع) [٩٣] حيث جاء فيه: «لو تغيب مضمون عنه فأمسك الضامن وغرم شيئًا بسبب ذلك وأنفقه في حبس رجع به على المضمون عنه» ومن هذا النص نرى أنه يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما أنفقه من مصروفات في سبيل مطالبته وكفالته عنه.

وأما الفوائد التي أجازها القانون فإن الفقه الإسلامي لا يجيزها وإنما هي ربا محرم، وقد حرم الله الربا بقوله ﴿ ...وَحَرَّمَ الرِّبَا ... ﴾.[٩٤]

وعلى هذا فلا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بالفوائد مطلقًا.

---

(٩٣) المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح ٤/٢٥٨.

(٩٤) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.