

الباب الثاني

آثار عقد الضمان بين الفقه والقانون

- الفصل الأول : العلاقة بين الضامن والمضمون له في الفقه
- الفصل الثاني : العلاقة بين الضامن والمضمون له في القانون
- الفصل الثالث : العلاقة بين الضامن والمضمون عنه في الفقه
- الفصل الرابع : العلاقة بين الضامن والمضمون عنه في القانون
- الفصل الخامس : انقضاء الضمان في الفقه الإسلامي
- الفصل السادس : انقضاء الضمان في القانون
- الفصل السابع : انقضاء الضمان بين الفقه والقانون

الفصل الأول

العلاقة بين الضامن و المضمون له في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : حق المضمون له في المطالبة

المبحث الثاني : تعدد الضامين

المبحث الأول حق المضمون له في المطالبة

المبحث الأول

حق المضمون له في المطالبة

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الدائن (المضمون له) يستطيع أن يطالب الضامن أو الأصيل (المضمون عنه) بأداء الدين عند حلول أجل السداد ؛ فذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه وهو أحد قولين عند الإباضية . أما المالكية فعندهم خلاف ، فهناك من قرر الحكم السابق نفسه . وعندهم رواية أخرى لا تجيز للدائن (المضمون له) أن يطالب الضامن بالدين المضمون — إذا كان الدين حالا — قبل أن يعجز عن تحصيل حقه من الأصيل إلا أن يكون الضامن قد اشترط في عقد الضمان أن يأخذ الحق من أيهما شاء ، وذلك أن الدين إنما وجب ابتداء على الأصيل ، والضمان عقد توثيق ، فلا يستوفى الحق فيه من الضامن إلا عند تعذر استيفائه من (المضمون عنه) الأصيل ، أما الظاهرية والإمامية فإنهم يرون أنه إذا تحقق الضمان ، فقد سقط ذلك الحق المضمون عن الذي كان عليه (وهو المضمون عنه) وانتقل إلى الضامن ، ولزمه في كل الأحوال ، وهو القول الآخر عند الإباضية ، على تفصيل بيانه كما يأتي :

عند الحنفية :

يرى الحنفية أن للضمان (للكفالة) حكمن : أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الضامن بما على الأصيل عند عامة مشايخهم ، ويترد هذا الحكم في سائر أنواع الضمان ؛ لأن الكل في احتمال هذا الحكم على السواء ، وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل ، فيطالب ضامن الدين بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان ، غير أن الضامن إن كان واحدا يطالب بكل الدين ، وإن كان به ضامنان ، والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسائة إذا لم يضمن كل واحد منهما صاحبه ؛ لأنهما استويا في الضمان ، والمضمون به يحتمل الانقسام ، فينقسم عليهما في حق المطالبة ، ويطالب الضامن [ضامنا

شخصيا [بالنفس بإحضار المضمون نفسه ، إن لم يكن غائبا ، وإن كان غائبا يؤخذ الضامن إلى مدة يمكنه إحضاره فيها ، فإن لم يحضره في المدة المحددة ، ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له ، فإذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو بالقرائن أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره ؛ لأنه بمنزلة المفلس ، لكن لا يحول بين الطالب والضامن بل يلزمه ، ولا يحول الطالب أيضا بينه وبين أشغاله ، ولا يمنعه من الكسب وغيره ، ويطالب الضامن بالعين بتسليم عينها إن كانت قائمة ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ، وقال بعض مشايخهم : إن حكم ضمان الدين وجوب أصل الدين على الضامن ، والضمان أنواع ، لكل نوع حكم على حدة ، فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر ، فأما براءة الأصل فليس حكم الضمان عند عامة العلماء ، والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصل ، وإن شاء طالب الضامن ، إلا إذا كان الضمان بشرط براءة الأصل ؛ لأنها حوالة معنى . وقال ابن أبي ليلى : إن الضمان يوجب براءة الأصل ، والصحيح قول العامة ؛ لأن الضمان ينبئ عن الضم ، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصل أو في حق أصل الدين ، والبراءة تنافي الضم ولأن الضمان لو كان مبرئا لكان حوالة وهما متغايران ؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل ، وأيهما اختار مطالبتة ، لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبتة ، والثاني ثبوت ولاية مطالبة الضامن الأصل (١) إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها (٢) .

قالوا : " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ مطالبتها أو مطالبة أيهما شاء ، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصل ، فحينئذ لا يطالب الأصل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ

(١) سيأتى بيانه بإذن الله في الكلام عن رجوع الضامن على المضمون .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (١٠/٦ ، ١١) .

الكفالة تجوز بها فيها فتجرى حينئذ أحكام الحوالة ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تتعد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما " (١) .

عند المالكية :

يرى المالكية أن الضامن لا يطالب إن حضر الغريم موسرا فمن تحمل برجل ، أو بما عليه فليس للذى له الحق — إذا كان الغريم (المضمون عنه) حاضرا مليا (قادرا على أداء الدين) — أن يأخذ من الضامن شيئا إلا ما عجز عنه الغريم ؛ لأن الضامن إنما أخذ توثقة فأشبه الرهن ، فلما كان لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم المطلوب ، فكذلك لا سبيل على الضامن إلا عند عدم المطلوب (٢) .

وهم يرون أيضا أن ضامن الوجه إذا شرط على صاحب الدين أنه مصدق في إحضار المضمون بلا يمين أو بيمين — فإنه يعمل بشرطه ، وكذا إذا شرط رب الدين (المضمون له) على الضامن عدم اليمين في تصديق دعواه في عدم إحضار المضمون فإنه يعمل بشرطه . والحاصل أنه إذا ضمن عمرو وجه زيد لبكر ، ثم إنه تنازع رب الدين والضامن في إحضار المدين ، فادعى الضامن أنه أحضره ، وادعى رب الدين أنه لم يحضره ، فالقول قول رب الدين بيمين ، هذا هو الأصل ، فإن اشترط الضامن على رب الدين أنه يصدق في دعواه : إحضار المدين بيمين أو بلا يمين عند التنازع في إحضاره — عمل بالشرط في الصورتين ، وإن شرط رب الدين على الضامن أن القول قوله في عدم الإحضار بلا يمين عمل بذلك الشرط ، فخلافاً للأصل ثلاث صور اثنتان الشرط

(١) فتح القدير : (١٨٢/٧) .

(٢) راجع التاج والإكليل لمختصر خليل : (٤٣/٧) .

ففيهما من الضامن ، وواحدة الشرط فيها من رب الدين . ويجوز مطالبة المضمون له (رب الدين) الضامن ومن عليه الدين (المضمون عنه) حاضر ملى ، ويتصور هذا فيما إذا كان من عليه الدين ملدا ، فإن لرب الدين مطالبة الضامن حينئذ ولو كان المدين حاضرا مليئا ، ويتصور أيضا فيما إذا شرط رب الدين أخذ أيهما شاء أو شرط تقديم الضامن بالطلب (١) .

عند الشافعية :

يرى الإمام الشافعي أنه إذا كان للرجل على الرجل المال وضمنه آخر فلرب المال أن يأخذه من أيهما شاء ، ولا يبرأ كل واحد منهما حتى يستوفى مالا إذا كان الضمان مطلقا ، فإن كان الضمان بشرط كان للغريم أن يأخذ الضمان على ما شرط له دون ما لم يشترط له ، ولو كانت تلك المعاملة حوالة ، فالحوالة معقول فيها أنها تحول حق على رجل إلى غيره ، فإذا تحول الحق عن رجل لم يجز أن يعود عليه [بالأخذ عن المحول عنه] ما تحول عنه إلا بتجديد عودته عليه ، ويأخذ المحال عليه دون المحيل بكل حال (٢) .

فالفارق عند الإمام الشافعي بين الضمان والحوالة في تلك المسألة أن الحق في الأول لا ينتقل أو يتحول من المضمون عنه إلى الضامن ؛ وبالتالي لا يجوز للمضمون له أن يطالب الضامن فقط ، وإنما له مطالبة أيهما شاء (المضمون له أو الضامن) ، أما في الحوالة فإن الحق يتحول من المحول عنه إلى المحال عليه ، وليس لصاحب الحق أن يطالب المحول عنه .

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (٣/٣٣٨) . وراجع أيضا منح الجليل

شرح مختصر خليل : (٦/٢٤٣ ، ٢٤٤) .

(٢) انظر الأم : (٧/١٨٦) .

فالشافعية إذن يرون أن للمستحق : أى المضمون له أو وارثه مطالبة الضامن والأصيل بالدين اجتماعا وانفرادا ، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه . أما الضامن فلحديث " الزعيم غارم " وأما الأصيل فلأن الدين باق عليه ، فإن قيل : يلزم من مطالبتها أنه إذا كان له مائة أنه يطالب بمائتين ؛ لأنه يطالب كلا منهما بمائة وذلك ممنوع . أجيب بأن الممنوع ليس في المطالبة ، إنما الممنوع في المرتب عليه وهو الأخذ وليس له إلا أخذ أحدهما . والتحقيق أن الدين الذي على الضامن ، هو الذى على الأصيل لا غيره ، والذمتان مشغولتان به كالرهنين بدين واحد ^(١) .

عند الحنابلة :

يرى الحنابلة أن لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما (أى المضمون عنه والضامن) ؛ وذلك لثبوته فى ذمتيهما جميعا ، فلا يبرأ المضمون عنه بمجرد الضمان كما يبرأ المحيل بل يثبت الحق فى ذمتيهما جميعا لصحة هبته (أى الحق) لهما ^(٢) ؛ ولأن الضامن لو قال : ضمنت المطالبة دون أصل الدين لم يصح اتفاقا ولصاحب الحق أيضا مطالبتها معا في الحياة والموت ، ولو كان المضمون عنه مليئا باز لا للدين لقوله ﷺ : " الزعيم غارم " ^(٣) .

فهم يرون أن الضمان إذا صح لزم الضامن من أداء ما ضمنه ، وكان للمضمون له مطالبة . ولا نعلم فى هذا خلافا ^(٤) .

(١) انظر مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : (٢١٥/٣) .

(٢) أى إنه إذا كان يجوز هبة صاحب الحق (المضمون له) الحق لهما (أى للضامن والمضمون عنه) فكذلك يجب مطالبتها (أيا شاء منهما) .

(٣) راجع كشف القناع : (٣٦٤/٣) .

(٤) لا يوجد خلاف فى أن للمضمون له مطالبة الضامن ، ولكن الخلاف فيما يبدأ بالمطالبة ، كما هو واضح من الخلاف الذى بين أيدينا .

وهو فائدة الضمان ، وقد دل على ذلك قول النبي ﷺ : " الزعيم غارم " وكذلك اشتقاق اللفظ (١) .

عند الظاهرية :

أما الظاهرية فإنهم يرون أن الحق ينتقل تماما من المضمون عنه إلى الضامن ؛ وعليه فلا يجوز للمضمون له مطالبة المضمون عنه إطلاقا ، وهم بذلك لا يفرقون بين الضمان والحوالة ، حيث يرون أن الحق يسقط تماما عن المضمون عنه بالضمان ، ويتحول إلى الضامن .

يرى داود الظاهري أنه من ضمن عن رجل مالا لزمه ، وبرئ المضمون عنه (٢) .

يوضح ذلك ابن حزم ، فيقول : " فمن كان له على آخر حق مال من بيع ، أو من غير بيع من أى وجه كان — حالا أو إلى أجل — سواء كان الذى عليه الحق حيا أو ميتا ، فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذى له الحق — فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه ، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق : انتصف أو لم ينتصف ، ولا بحال من الأحوال " (٣) .

ويقول عن حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه : " وفيه (٤) : أن الدين يسقط بالضمان جملة ، لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة أبى قتادة لما كانت الحال إلا واحدة ، وامتناعه عليه السلام من

(١) راجع المغنى : (٧٤/٧) .

(٢) الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه الإسلامي : ص: (٤٣٣) .

(٣) المحلى : (١١١/٨) م (١٢٢٩) .

(٤) راجع تخريجه ص: (٤٩) .

الصلاة عليه قبل ضمان أبي قتادة لدينه ، ثم صلاته عليه السلام عليه بعد ضمان أبي قتادة : برهان صحيح على أن الحال الثانية غير الأولى وأن الدين الذي لا يترك به وفاء قد بطل وسقط بضمن الضامن ، ولزم ذمة الضامن بقول أبي قتادة الذي أقره عليه النبي صلى الله عليه وسلم على دينه . فصح أن الدين على الضامن بَعْدُ لا على المضمون عنه " (١) .

عند الزيدية :

يوافق الزيدية جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في أن لضمن المال الرجوع به على من هو عليه فإذا حصلت الضمانة طلب الخصم (وهو المكفول عنه) فمن حق المضمون له أن يطلب أي الخصمين شاء : إما الضامن أو المضمون عنه ؛ لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما كالضامين . وإذا مات الضامن طلب صاحب الدين ورثته ، يدفعون له من تركته ويرجعون على الغريم ، إذا كان الضمان بأمر الغريم [وهو المضمون عنه] وإلا فلا يرجعون عليه (٢) .

عند الإمامية :

أما الإمامية فإنهم يوافقون تماماً مذهب الظاهرية ، فمع تحقق الضمان — عندهم — ينتقل المال إلى ذمة الضامن ، ويبرأ المضمون عنه ، وتسقط المطالبة عنه . ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا [للإمامية] ويشترط في الضامن الملاءة ، أو علم المضمون له بإعساره ، أما

(١) المحلى : (١١٢/٨) م (١٢٢٩) .

(٢) راجع التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٥/٤) .

لو ضمن ، ثم بان إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان ، والعود على المضمون عنه بطلب ما عنده له ^(١) .

عند الإباضية :

أما الإباضية فإنهم قد وافقوا جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة — وهو ما ذهب إليه الزيدية — فى أحد وجهين عندهم فى أن محل الضمان متعدد ، وفى الوجه الآخر وافقوا الظاهرية — وهو مذهب الإمامية — فى جعلهم الضمان كالحالة تماماً فى لزوم الدين الضامن وحده بمجرد حدوث عقد الضمان :

جاء فى شرح النيل : أن للإباضية قولين فى هذه المسألة : الأول : أنه يجوز أخذ المحمول له من شاء منهما [من المحمول عنه والحميل] والرجوع إلى أحدهما بعد الانتقال عنه مرة بعد أخرى حتى يستوفى دينه ، إن لم يشترط المحمول عنه إبراء لزمته ، وإن اشترط ذلك لم يجز للمحمول له أخذه ، بل يأخذ الحميل فقط .

والقول الآخر : أن المحمول عنه — وإن لم يشترط إبراء لزمته حين أعطى حميلاً — يبرأ ؛ فالحالة كالحالة على هذا القول الآخر ، فإن الرجوع فى الحالة براءة المحمول عنه ، إن لم يشترط المحال له [أى المضمون له] عدم براءة المحمول عنه [أى فى هذا القول : المحول عنه] وإن ضاع حق المضمون له عند الضامن بموت أو إفلاس أو غيبة أو مطل بوجه ، رجع به على المضمون عنه إلا إن أبرأه فلا سبيل له عليه . وإن لم يبرأ واحدا منهما فله أن يطالب من شاء منهما ^(٢) إلا إن كان الضمين مفلساً ، وكذا إن

(١) راجع شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام : (٨٩/٢) .

(٢) فى هذه الحالة يعود إلى القول الأول الذى يوافق قول الجمهور .

اشترى شيئاً على أن يضمن عنه بثمنه أو على أنه عليه رجوع الضامن بما ضمن المضمون عنه . ويدل للقول الآخر في كلام المصنف أن النبي ﷺ قال : أعليه دين ؟ فقالوا : نعم عليه ديناران ، وفي رواية : درهمان ، وفي رواية : ثمانية عشر درهماً ، فقال ﷺ : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة الأنصاري ؓ : هما علي يا رسول الله . ومن قال : ثمانية عشر ، فالرواية عنده هي علي يا رسول الله ، فصلى رسول الله ﷺ (١) فلولاً أن المال قد زال عن ذمة الميت بضمان أبي قتادة ؓ ما صلى عليه رسول الله ﷺ (٢) .

الترجيح:

الرأى بعد ما سبق عرضه هو ما ذهب إليه المالكية من أن الأصل مطالبة الأصل أولاً ، فإن لم يحصل المضمون له حقه من المضمون عنه ، كان له أن يعود على الضامن بطلب الحق منه إلا أن يشترط صاحب الحق (المضمون له) لنفسه أن يطلب أيهما شاء ، أو أن يشترط أن يبدأ بالضامن ، فيقبل الضامن ذلك ، وقد انتصر لهذا المذهب ابن القيم (٣) فقال : " اختلف الفقهاء في الضمان ، هل هو تعدد لمحل الحق وقيام للضمين [أى الضامن] مقام المضمون عنه أو هو استيثاق بمنزلة الرهن ؟ على قولين ، وهما روايتان عن مالك ، يظهر أثرهما في مطالبة الضامن مع التمكن من مطالبة المضمون عنه ، فمن قال بالقول الأول [أى أنه

(١) سبق تخريجه : ص (٥١) وما بعدها في الكلام عن هذه الروايات .

(٢) راجع شرح النيل و شفاء العليل : (٤٤٥/٩ - ٤٤٧) .

(٣) ابن القيم - كما هو مشهور - فقيه حنبلى ، وقد خالف مذهبه في هذه المسألة كما هو واضح من موقفه ذلك .

تعدد لمحل الحق] — وهم الجمهور^(١) — قالوا : لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما على السواء ، ومن قال بالقول الثاني [أى أنه استيثاق بمنزلة الرهن] قال : ليس له مطالبة الضامن إلا إذا تعذر عليه مطالبة المضمون عنه ، واحتج هؤلاء بثلاث حجج ؛ إحداها : أن الضامن فرع ، والمضمون عنه أصل ، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول كالتراب في الطهارة والصوم في كفارة اليمين ، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل . وقد اطردها في ولاية النكاح واستحقاق الميراث ، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه . **الحجة الثانية** : أن الكفالة توثقة وحفظ للحق ، فهي جارية مجرى الرهن ، ولكن ذاك رهن عين وهي رهن ذمة أقامها الشارع مقام رهن الأعيان ؛ للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها ، والرهن لا يستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من الراهن ، فكذا الضمين . ولهذا كثيرا ما يقترن الرهن والضمين لتواخيهما وتشابههما وحصول الاستيثاق بكل منهما . **الحجة الثالثة** : أن الضامن في الأصل لم يوضع لتعدد محل الحق كما لم يوضع لنقله ، وإنما وضع ليحفظ صاحب الحق حقه من التوى والهلاك ، ويكون له محل يرجع إليه عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي ، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصل ويسرته والتمكن من مطالبته . والناس يستقبحون هذا ، ويعدون فاعله متعديا ، ولا يعذرونه بالمطالبة ، حتى إذا تعذر عليه مطالبة الأصل عذروه بمطالبة الضامن ، وكانوا عوناً له عليه ، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم ، بحيث لو

(١) أى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو ما ذهب إليه الزيدية .

طالب الضامن والمضمون عنه إلى جانبه والدرهم في كفه وهو متمكن من مطالبته لاستقبحوا ذلك غاية الاستقبح . وهذا القول في القوة كما ترى ، وهو رواية ابن القاسم في الكتاب عن مالك . ولا ينافي هذا قول النبي ﷺ : " الزعيم غارم " فإنه لا عموم له ^(١) ، ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال ، ولهذا لو أدى الأصيل لم يكن غارما ، ولحديث أبي قتادة ؓ في ضمان دين الميت لتعذر مطالبة الأصيل ^(٢) ، ولا يصح الاحتجاج بأن الضمان مشتق من الضم فافتضى لفظه ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى ؛ لوجهين : أحدهما : أن الضم من المضاعف ، والضمان من الضمين ، فمادتهما مختلفتان ومعناهما مختلفتان وإن تشابها لفظا ومعنى في بعض الأمور . الثاني : أنه لو كان مشتقا من الضم فالضم قدر مشترك بين ضم يطالب معه استقلالاً وبدلاً ، والأعم لا يستلزم الأخص ^(٣) .

وفيما ذكره ابن القيم كفاية في بيان قوة هذا القول ورجحان حجته .

(١) يقصد بذلك أن بعض الضامنين لا يغرمون ، وذلك يكون حينما يؤدي المضمون عنه ما عليه ، فلا يكون الضامن غارما في مثل هذه الحالة .

(٢) حيث إن أصل الأداء إنما كان على الميت ، فلما تعذرت مطالبته كان لابد من ضمان لكى يصل على النبي ﷺ ، إذن فالضامن بديل — إن صح التعبير — عن الأصيل (المضمون عنه) .

(٣) إعلام الموقعين : (٣ / ٣٠٩ ، ٣١٠) .

المبحث الثاني تعدد الضامين

المبحث الثاني

تعدد الضامين

قضية تعدد الكفلاء ليست قضية خلافية ، فكل المذاهب تجيز تعدد الضامين ، وبيان ذلك كما يأتي :

عند الحنفية :

يرى الحنفية أن تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب ؛ لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة : أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه ، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق ، وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة ، فكان المقتضي لجوازه موجوداً والمانع منتفياً ، فالقول بامتناعه قول بلا دليل (١) .

فإذا اشترى الرجلان عبداً بألف ، فالثمن دين عليهما لا محالة ، فإن كفّل كل واحد منهما عن صاحبه ، فما أدى أحدهما ، لم يرجع على شريكه ، حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة ؛ لأن كل واحد من الشريكين فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ، وذلك جائز (٢) .

عند المالكية :

يرى المالكية أنه إذا تحمل قوم بالحمالة ، فيعدم المطلوب [الأصيل] فيريد طالب الحق [المضمون له] أن يأخذ من وجد من

(١) انظر العناية شرح الهداية : (١٨٠/٧ ، ١٨١) .

(٢) راجع السابق : (٢٢٧/٧ — ٢٢٩) . وانظر الجوهرة النيرة : (٣١٥/١) . وغرر

الأحكام مع شرحه درر الحكام : (٣٠٦/٢) .

الحملاء بجميع الحق ، فقد سئل مالك : أرأيت إن تكفل لى ثلاثة رجال بمال لى على فلان ، فأعدم فلان الذى عليه الحق ، أكون لى أن آخذ من قدرت عليه من هؤلاء الكفلاء الثلاثة بجميع حقى ؟ قال مالك : لا تأخذ من قدرت عليه من هؤلاء الكفلاء إلا بثلاث الحق ؛ لأنهم كفلاء ثلاثة ، ووجه ذلك أنهم إذا تكفلوا بمائة فإنما تكفل كل واحد منهم بثلاث المائة فلا يلزمه سواها . قيل : فإن قال حين تكفلوا له : إن بعضهم كفيل عن بعض ؟ قال : قال مالك : إذا جعلهم كفلاء بعضهم ببعض ، أخذ من قدر عليه منهم بجميع الثمن . قلت : أرأيت إن غرم المال أحد الكفلاء ، ثم لقى الذى غرم ذلك أحد الكفيلين ، بم يرجع عليه ، أبالنصف أم بالثالث ؟ قال : أرى أن يرجع عليه بالنصف . قال : ولو أنهم حين تكفلوا له ، شرط عليهم أيكم شئت أن آخذه بحقى أخذته ، ولم يجعلهم كفلاء بعضهم عن بعض ، فأخذ من وجد منهم لم يكن لمن أخذ منه ، أن يرجع على صاحبه ؛ لأنهم لم يتكفلوا للغارم بشيء ، وإنما كان الشرط لصاحب الدين أيهم شاء أخذ بحقه فما داموا قد قبلوا الشرط فللمضمون له أن يأخذ من وجد منهم ، وإذا أراد الرجوع فليرجع على الأصل (المضمون عنه) ^(١) .

عند الشافعية :

جاء فى الأم : " (قال الشافعي) : وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلًا بنفسه ، ثم أخذ منه كفيلًا آخر بنفسه ولم يبرئ الأول فكلاهما كفيل بنفسه " ^(٢) .

(١) راجع المدونة : (١٠٣/٤ ، ١٠٤) . وكذلك المنتقى شرح الموطأ :

(٨٨ ، ٨٧/٦) .

(٢) الأم : (١٨٦/٧) .

يرى الشافعية أنه لو ضمن رجلان لرجل ألفا ، كان كل واحد منهما ضامنا لخمسمائة ولا يكون ضامنا لكل الألف ؛ لأن عقد الرجلين مع الرجل بمنزلة العقددين ، ومثله ما قال الماوردي ؛ لأن الضامنين كالعاقدين فذلك يتبعض ، وكذلك الرهن إذا كانا في عقد كان متبعضا كالضامنين ، فلو ضمن ثلاثة ألفا لا يلزم كل واحد إلا ثلث الألف إلا أن يقولوا : إن كل واحد ضامن جميعه ، ومثله لو ضمن عشرة عن زيد لعمره ألفا كانت بينهم على رءوسهم إلا أن يشرطوا ذلك متفاضلا فيجوز (١) .

عند الحنابلة :

أما الحنابلة فإنهم يرون أنه يصح ضمان الحق عن المدين الواحد اثنان فأكثر ، سواء ضمن كل واحد جميع الدين أو جزءا معلوما منه ؛ لأن ما جاز ثبوته في ذمة اثنين ، جاز ثبوته في ذمة أكثر منهما ، فإن قالوا : كل واحد منا ضامن لك الألف الذي عليه فقولهما ضمان اشتراك في انفراد ؛ لأنهما اشتركا في الضمان وكل واحد ضامن من الدين منفرد بضمانه ؛ وعلى ذلك يكون لرب الحق مطالبتهما معا بالألف ، وله مطالبة أحدهما به ؛ لثبوته في ذمة كل منهما كاملا ، فإن قضاها أحدهما لم يرجع القاضى بالألف إلا على المضمون عنه ؛ لأنه الأصل (٢) (٣) .

(١) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب : (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) .

(٢) ما دام هو الأصل فكيف استساع الحنابلة قولهم أن للمضمون له مطالبة الضامن أو المضمون عنه أيا شاء منهما ، فهل يصح التسوية بين الفرع والأصل ؟ .

(٣) راجع كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٦٤/٣ ، ٣٦٥) .

عند الظاهرية :

يرى الظاهرية عدم جواز اشتراط الضامن أن يأخذ حقه من أى الضامنين شاء ، ولا أن يشترط أن يأخذ من الملى عن المعسر ، أو من الحاضر عن الغائب ...، ولكنه يوافق الجمهور فى جواز تعدد الضامنين :

جاء فى المحلى : " ولا يجوز أن يشترط فى ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع ، ولا أن يشترط ذلك الضامن فى نفسه وفى المضمون عنه ، ولا أن يشترط أن يأخذ الملىء منهما عن المعسر ، والحاضر عن الغائب ، وهو قول ابن شبرمة ، وأبي سليمان . وأجاز هذا الشرط شريح ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعمرو بن دينار وسليمان بن موسى ، وهو قول سفيان الثوري ، وأبي حنيفة ، ومالك . برهان صحة قولنا - : قول النبي صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " (١) وهذا شرط لم يأت بإباحته نص فهو باطل . وأيضا : فإنه ضمان لم يستقر عليهما ، ولا على واحد منهما بعينه ، وإنما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه لا يدرى على أيهما يستقر فهو باطل ؛ لأن ما لم يصح على المرء بعينه حين عقده إياه ، فمن الباطل أن يصح عليه بعد ذلك فى حين لم يعقده ولا التزمه ، وهذا واضح لا خفاء به وبالله تعالى التوفيق " (٢) .

وجاء فيه : فإن ضمن اثنان فصاعدا حقا على إنسان فهو بينهم بالحصص ، فلو ابتاع اثنان بيعا أو تداينا دينا على أن كل واحد منهم ضامن عن الآخر ، فإن ما كان على كل واحد منهما قد

(١) سبق تخريجه : ص (١٢٧) .

(٢) المحلى : (١١٨/٨) مسألة (١٢٣٣) .

انتقل عنه واستقر على الآخر لا يجوز غير هذا أصلاً لما ذكرنا قبل . ولأن من الباطل المحال الممتنع أن يكون مال واحد على اثنين فصاعداً يكون كله على كل واحد منهما ، لأنه كان يصير الدرهم درهمين ولا بد ؛ أو يكون غير لازم لأحدهما بعينه ، ولا لهما جميعاً ، وهذا هوس لا يعقل . وبالله تعالى التوفيق (١) .

عند الزيدية :

أما الزيدية فتصح الكفالة عندهم مسلسلة : نحو أن يكون على الكفيل كفيل ، ثم على الكفيل كفيل ما تسلسلوا ، وأما الوجوب فلا يجب إلا الأول ، أما لو عرف الحاكم أن الأول يريد السفر وطلب الخصم كفيلاً عليه وجب له ذلك لئلا تلحقه مضرة وسواء كانت الكفالة بالمال أو بالوجه . وإذا مات الكفيل الأول برئ جميع الكفلاء ؛ وذلك لتعلق الحق به ، وإذا مات الثاني برئ من بعده . فلو عرف صاحب الدين المطل أو التمرد من الكفيل الأول وأراد كفيلاً آخر ، فيقدم أولاً إبراء الكفيل الأول من الكفالة ، ثم له أن يطلب كفيلاً آخر . وتصح أيضاً مشتركة نحو أن يضمن جماعة على واحد ، ولا يجب إلا واحد ، ما لم يخش فوات الأول حيث ترتبوا ، فيجب له كفيل آخر إن طلبه ، فيطلب من شاء في جميع الضمانات : إما الأصل (المضمون عنه) أو الضمين الأول أو من بعده أو الجميع (٢) .

جاء في البحر الزخار: " مسألة " ولو كفل جماعة بواحد وكل منهم على الآخر ، صحت . ويصح التكفيل على الكفيل ما تدارج ، فإن مات الأول برئوا جميعهم لتعلق الحق به . وإن مات

(١) راجع المحلى : (١١٨/٨) . مسألة (١٢٣٤) .

(٢) راجع التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٢/٤) .

الثاني برئ الثالث والرابع لتفرعهما ، ولا يجب على كفيل الوجه التكفيل بوجهه لكفايته في التوثيق بالوجه بخلاف كفيل المال ، إذ صار في ذمته كالأصل . ولو قال : إن لم أحضره يوم كذا ، فلا حق لي على الكفيل لزم ذلك " (١) .

عند الإمامية :

يجوز الإمامية تعدد الضامين ، فلو كفل الكفيل كفلا آخر ، وترامت الكفلاء ، جاز . ولكنهم يقولون بانتقال الحق من الأصل إلى الضامن انطلاقا من مذهبهم المعروف بعدم تفرقة بين الضمان والحوالة ، فإذا كان للمضمون له على رجلين مال ، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ، تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه ، ولو قضى أحدهما ما ضمنه برئ وبقي على الآخر ما ضمنه عنه ، ولو أبرأ الغريم أحدهما ، برئ مما ضمنه دون شريكه (٢) .

عند الإباضية :

يرى الإباضية أن حمالة الواحد لاثنتين جائزة والعكس وهو حمالة اثنتين لواحد ، وجاز أيضا حمالة واحد لثلاثة فصاعدا وعكس ذلك ، وحمالة اثنتين لمثلهما عن مثلها ، واثنتين عن ثلاثة فصاعدا وعكسه ، وكل عدد لمساويه أو لأقل أو لأكثر ، سواء كانت الشركة بين المتعدد الحامل (الضامن) أو المحمول له أو المحمول عنه أم لا ، والحاصل أنه سواء اتحد الحميل والمحمول له

(١) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : (٧٥/٦) .

(٢) انظر شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : (٩٢/٢) .

والمحمول عنه ، أم كانوا اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة وما فوق ذلك من الأعداد المتساوية فإنه جائز (١) .

فإن أعطى المحمول عنه المحمول له حميلين أو ثلاثة أو أكثر جاز أن يشترط عليهما : إن أعطي حميلين وعليهم إن أعطى ثلاثة أو أكثر التزام حتى وحاضر وموسر وسالم من مانع منهما أو منهم : مقابل الحي الميت ، ومقابل الحاضر الغائب ، ومقابل الموسر المعسر ، ومقابل السالم عن مانع من له مانع حادث كحكم وصم وجنون وحبس وما أشبه ذلك ، وله أن يشترط أيضا ما شاء من الشروط المحللة مثل أن يقول : إن ظهر أن فلانا منكم أو أحدكم لم يجزه أبوه رجعت عليكم أو إن حازه أبوه أو إن ظهر أن أباه فقير وإن مرض أو نحو ذلك من كل شرط حلال ، وأصل ذلك كله حديث : " المؤمنون على شروطهم " ، وله أن يطلبه بمنابه فقط ويطلب الآخر بمنابه أو وارثه أو ينتظره ، وهي على الرعوس إذا أطلقت ، فإن تحمل اثنان فمنا ب كل واحد النصف ، وإن تحمل ثلاثة فمنا ب كل واحد ثلث وهكذا ، ولو كان بعض من تحمل امرأة ، وإن قيدوا فعلى تقييدهم ، مثل أن يتحمل اثنان أحدهما ثلثين والآخر ثلثا إلا إن قال عند الحماله ، ألتمزم على الكل أو على كذا من أريد منكما أو منكم أو فلانا إن شئت ، أو فلانا وفلانا إن شئت أو نحو ذلك ، فإن قال ذلك فله أن يغرم أحدهما مثلا بالكل ولو حضروا وأيسروا كلهم ، ويفعل ما اشترط ، وله أن يشترط أن يلتزم من أراد ، وأن له أن يرجع إلى غيره بعد التزامه ، فإن لم يغرم الحاضر أو الموسر أو السالم حتى قدم الغائب أو أيسر المعسر أو سلم من كان غير سالم — غرم ذلك الحاضر أو الموسر أو السالم منابه فقط ولا يغرم مناب الغائب أو المعسر أو غير السالم ؛ لأنه لم يغرم ذلك

(١) راجع شرح النيل : (٤٤٣/٩ ، ٤٤٤) .

حتى صار الغائب حاضرا والمعسر موسرا وغير السالم سالما ،
والشرط إنما كان على الغرامة عن الغائب والمعسر وغير السالم .
ولا رجوع لحاضر أو موسر أو سالم أو غير السالم بمنابهم بعد
غرم عنهم قبل حضور من الغائب أو إيسار من المعسر أو سلامة
من غير السالم ؛ لأنهم ما داموا على غيبة وإعسار وعدم سلامة فقد
تحمل عنهم ؛ لأن الحمالة كانت على تلك الصفات ، وللحاضر أو
الموسر الرجوع إلى المحمول عنه (١) .

(١) انظر شرح النيل : (٤٤٩/٩-٤٥١ ، ٤٥٣-٤٥٤) .

الفصل الثانى

العلاقة بين الضامن و المضمون له فى القانون المدنى المصرى

المبحث الأول : حق المضمون له فى المطالبة

المبحث الثانى : تعدد الضامين

المبحث الأول حق المضمون له في المطالبة

المبحث الأول

حق المضمون له فى المطالبة

نصت المادة (٧٧٧) مدنى مصرى على أن : " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول (١) " (٢) .

كما نصت المادة (٧٨٨) مدنى مصرى على أنه :

" (١) لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .

(٢) و لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " (٣) .

قال الدكتور السنهورى فى بيان هذه المادة : ويخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين . والذى يقع فى العمل أن الدائن لا يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده ، وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده ، وإنما يرجع عليهما فى وقت واحد ، وبطالبيهما بوفاء الدين : المدين باعتباره مدينا أصليا والكفيل باعتباره كفيلا . وفى هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا ، فقد رجع الدائن على المدين والكفيل فى وقت واحد .

(١) وهو المضمون عنه .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٧) . وراجع الوافى (٥٩/٣) .

(٣) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٩) .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل ، وقبل أن يتثبت من جدوى الرجوع على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده ، ففي هذه الحالة يكون للكفيل الحق في دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين طبقاً لنص المادة (١/٧٨٨) مدني سالف الذكر ، ولم يكن في التقنين المدني السابق نص يماثل هذا النص ^(١) .

ولا شك أن هذا التقنين المدني الجديد قد ميز بين الدفع على المدين أولاً والدفع بالتجريد ، وكان التقنين المدني السابق يجعلهما دفعا واحداً ويسميه الدفع بالتجريد . والدفع بالتجريد في التقنين المدني الجديد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ من الكفيل ، ويشترع في التنفيذ على أمواله ، وحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر النص سالف الذكر ^(٢) .

ولا يخفى أسبقية الشريعة الإسلامية — في الراجح عندي — فيما ذهب إليه القانون المدني المصري من أن الأصل في وجوب المطالبة هو أن يطالب الأصل (المضمون عنه) ، وقد وافق القانون المدني المصري الفقه الإسلامي في ذلك عرضاً ، فليس الفقه — مع الأسف — من مصادره .

من الجدير بالذكر أن الراجح في الفقه الإسلامي — وهو وجوب مطالبة المضمون عنه أولاً — هو الإنصاف عينه ؛ لأن المذاهب التي قالت بتعدد محل الضمان : (الحنفية والشافعية

(١) الوسيط : (٩٨/١٠ ، ٩٩) .

(٢) راجع السابق : (١١٣/١٠) .

والحنابلة) قد سمت المضمون عنه الأصل — كما سبق ذكر ذلك في ثنايا البحث^(١) — فهل من المقبول في بدائه العقول أن يترك الأصل (وهو المضمون عنه) ويلجأ إلى الفرع (وهو الضامن) وسؤال النبي ﷺ: هل عليه دين؟ يعني أنه هو المعنى عينه بالسداد لا غيره، ولم يقل ﷺ: إن كان عليه دين فأين ضامنه؟ فلم يبدأ بالضامن، فلما وجد عليه الدين مع تعذر قضاء الدين من الأصل (المضمون عنه، وهو الميت) قبل أداء الفرع وهو الضامن (وهو أبو قتادة ؓ) فصلى عليه ﷺ بعد تعهده ﷺ بالسداد.

إذا سلمنا بهذا المعنى الذى لا يختلف عليه اثنان (وهو أنه لا يتم الرجوع إلى الفرع قبل الرجوع إلى الأصل) فإنه رد قاطع على الدكتور السنهورى ومن قال بقوله من رجال القانون اعتماداً منه على المادة (٦٤٤) من مجلة الأحكام العدلية^(٢)، والتي تنص على أن: "الطالب [المضمون له] يخير في المطالبة، إن شاء طالب الأصل [المضمون عنه] وإن شاء طالب الكفيل [الضامن]، ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر،

(١) فمثلاً يعتبر الحنفية الضامن فرع والأصيل أصل حيث يقول الكاسانى: "ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل، ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى، ولو أبرأ الطالب الكفيل، لا يرجع على الأصيل لأن الإبراء إسقاط وهو في حق الكفيل إسقاط المطالبة لا غير؛ ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل [لأن الكفيل فرع والمكفول عنه أصل، وبراءة الفرع ليست براءة للأصل، ولكن براءة الأصل براءة للفرع] بدائع الصنائع: (١٤/٦) كما يعتبر الحنابلة "الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله" كشف القناع (٣/٣٧٤). فهل يطالب الفرع قبل الأصل !!؟؟

(٢) وهو تقنين قد اعتمد — كما هو معلوم — على المذهب الحنفى.

وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، ويطالبهما معاً " (١) _
 فقد قال الدكتور السنهوري إن الكفيل كذلك جاء في الفقه الإسلامي
 متضامناً مع المدين الأصلي ، وللدائن أن يرجع على أيهما شاء _
 كما نصت هذه المادة المذكورة آنفاً _ انظر _ والكلام له _ في أن
 الكفالة هي جعلت أساساً للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي ،
 وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد في هذا الفقه ،
 فللدائن أن يطالب بالدين أياً شاء المدين الأصلي أو الكفيل فتمشت
 أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ،
 أما تاريخ الكفالة في الفقه الغربي فهو على العكس من
 ذلك ، إذ التضامن هو الذي وجد أولاً ، وكان أساساً للكفالة ، ثم
 تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في
 النهاية حق التجريد (٢) .

إن فالضمان ليس أساساً للتضامن السلبي في الفقه
 الإسلامي ، ولو كان هذا هو رأي الجمهور ، فليس رأي الجمهور
 هو الراجح في كل المسائل الخلافية ، وما ذهب إليه المالكية ومعهم
 ابن القيم الذي خالف مذهبه (الحنبلي) ليكفي في الرد على ذلك .

ولا يخفى أن ما ذهب إليه الدكتور السنهوري من أن
 الكفيل كان في الفقه الإسلامي متضامناً مع المدين الأصلي ... الخ
 _ بعيد كل البعد ؛ لأن المادة التي اعتمد عليها في حكمه بأن الكفالة
 قد جعلت _ على حد قوله _ أساساً للتضامن السلبي في الفقه
 الإسلامي _ جاءت في تقنين اعتمد على مذهب واحد من مذاهب

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١ / ٧٩٥) .

(٢) راجع الوسيط (١٠ / ٢٣) .

الفقه الإسلامى ، وهو المذهب الحنفى ، وليس هذا المذهب هو
الراجح لدى هذه الدراسة .

وعلى ذلك كله يمكن القول أنه لا متعلق للدكتور
السنهورى ولا لغيره فى ذلك ، والقانون الغربى — وكذلك المدنى
المصرى تبع له — هو الذى بدأ بالتضامن السلبى ، ثم رجع بعد ذلك
إلى اعتبار المضمون عنه هو الأصل فى المطالبة ، أما الفقه
الإسلامى فلم يكن كما وصفه بأن الكفالة (الضمان) كانت أساسا
للتضامن السلبى فيه ؛ لما سبق بيانه .

المبحث الثاني تعدد الضامين

المبحث الثاني

تعدد الضامنين

هذا وقد وافق القانون المدني المصري الفقه الإسلامي في هذه المسألة (تعدد الضامنين) في الجملة :

تنص المادة (٧٩٢) على ما يأتي :

" (١) 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 .

(٢) أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " (١) .

و في شرح ذلك يقول د. السنهوري : و ظاهر أنه إذا كان للدين كفيل واحد ، كما هو الغالب ، ورجع الدائن على الكفيل ، فإنه يطالبه بنفس الذي كفله . و لكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، ويخلص من النص سالف الذكر أنه لتحديد المقدار الذي يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، يجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول : تعدد الكفلاء بعقد واحد . الفرض الثاني : تعدد الكفلاء بعقود متوالية . و تفصيل كل من الفرضين كما يأتي :

الفرض الأول : تعدد الكفلاء بعقد واحد : إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالقانون المدني المصري يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد

(١) القانون المدني المصري : ص (١٩٠) .

اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلاً ، وكان الدين تسعمائة ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلاثمائة ، ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ، على هذا الوجه تقدم شروط أربعة :

أولاً : أن يتعدد الكفلاء : فإذا كان للدين كفيل واحد ، لم ينقسم الدين بينه وبين المدين . بل يرجع الدائن أولاً على المدين بكل الدين ، فإذا لم يتقاض منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل .

ثانياً : أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً : فإذا كفل كفيلاً كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر ، لم ينقسم أى الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن كل الدين الذي كفله .

ثالثاً : أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين : فإذا كفل كفيلاً كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً و لكنهما لم يكفلا نفس المدين ، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذي كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن الدين بكامله ، ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً ، فقد كفل ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين ، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما .

رابعاً : ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم : ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ، فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً في عقد

واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولاً عن كل الدين. أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما .

ولا أرى فرقاً واضحاً فى ذلك كله بين الفقه والقانون فى تلك التفصيلات .

(الفرض الثانى) تعدد الكفلاء بعقود متوالية : و إذا تعدد

الكفلاء ، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد ، ولو كانوا جميعاً كفيلان ديناً واحداً ومدينأ واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التى كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض . ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة ، فقد أصبح كل منهم مسئولاً عن كل الدين ، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضام . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فإنه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ، ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين (١) .

و تنص المادة : (٧٩٧) على ما يأتى :

" تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل " (٢) .

وفى شرح ذلك يقول د. السنهورى : وكفيل الكفيل ، ويسمى أيضاً بالمصدق ، هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن ، دون أن

(١) راجع الوسيط (٩٣/١٠-٩٦) .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص (١٩١) .

يكفل المدين . فكفيل الكفيل يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل ، لا التزاماً أصلياً هو التزام المدين . والتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل ، كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي . ولا تفرض كفالة الكفيل ، فإذا كفل المدين الأصلي كفيلاً أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان ، لم يفترض فى الكفيل الثانى أنه كفيل للكفيل الأول ، بل هو كفيل ثانى للمدين الأصلي .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلي ، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً ، ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلاً ؛ وعلى ذلك تسرى فى العلاقة ما بين الكفيل و كفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفيل ، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل ، فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل ^(١) .

ولا أرى فرقاً واضحاً فى ذلك كله بين القانون المدنى المصرى وبين الفقه الإسلامى فى تلك التفصيلات .

(١) راجع الوسيط : (١٣٧/١٠ ، ١٣٨) .

الفصل الثالث

العلاقة بين الضامن والمضمون عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: رجوع الضامن على المضمون عنه

المبحث الثاني: متى يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الثالث: بم يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

تمهيد

سوف يتناول الباحث في هذا الفصل : رجوع الضامن على المضمون عنه (أى بأخذ ما ضمنه عنه) وهل يرجع عليه بما أدى في كل حال ؟ أو أنه يرجع فقط في حال إذنه بالضمان عنه ؟ ومتى يرجع الضامن ، فله أن يرجع بعد الأداء سواء كان الدين حالا أم مؤجلا إن كان بإذنه - على خلاف - وبم يرجع ؟ فإنه يرجع بما أدى ، وبما التزم المضمون عنه برده ، وإذا بقي شيء يكون محض تبرع من الضامن : وذلك على تفصيل يأتي في المباحث الآتية :

المبحث الأول : رجوع الضامن على المضمون عنه

المبحث الثانى : متى يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الثالث : بم يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الأول

رجوع الضامن على المضمون عنه

المبحث الأول

رجوع الضامن على المضمون عنه

فى الحقيقة هناك خلاف بسيط فى هذه المسألة يكمن فيما إذا كان الضامن قد ضمن المضمون عنه بدون إذنه ، أما إذا كان قد ضمنه بإذنه ، فإنه يرجع عليه بما أداه بلا خلاف سوى الظاهرية على تفصيل يتضح بعرض أقوال المذاهب ، وبيانه كما يأتى :

عند الحنفية :

يفصل الكاسانى مذهب الحنفية فى بدائع الصنائع فيقول :
وأما رجوع الكفيل ، فجملة الكلام فى الرجوع فى موضعين :

أحدهما فى شرائط ولاية الرجوع .

والثانى فى بيان ما يرجع به ^(١) .

أما الشرائط فأنواع ^(٢) : منها أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ؛ لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ، ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء . وقال مالك - رحمه الله - : يرجع . والصحيح قول العامة ؛ لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع . ومنها أن يكون بإذن صحيح وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين ، حتى أنه لو كفل عن الصبى المحجور بإذنه فأدى لا يرجع ؛ لأن إذنه بالكفالة لم يصح . وأما العبد المحجور فأذنه بالكفالة صحيح فى حق نفسه ، حتى يرجع عليه بعد العتاق . ومنها إضافة الضمان إليه بأن يقول : اضمن

(١) سيأتى بيانه بإذن الله فى المبحث الثالث من هذا الفصل .

(٢) يقصد الإمام الكاسانى بذلك الأنواع التى يجوز للضامن الرجوع فيها على المضمون عنه بما أداه عنه للمضمون له .

عنى ، ولو قال : اضمن كذا ولم يضيف إلى نفسه ، لا يرجع ؛ لأنه إذا لم يضيف إليه فالكفالة لم تقع إقراضاً إياه فلا يرجع عليه . ومنها أداء المال ^(١) إلى الطالب (المضمون له) أو ما هو فى معنى الأداء إليه ، فلا يملك الرجوع قبل الأداء ؛ لأن معنى الإقراض والتملك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله . ومنها أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله ^(٢) فأما إذا كان فلا يرجع ؛ لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً ^(٣) ، إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً ، فلا يفيد فيسقطان جميعاً . ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل ؛ لأن الهبة فى معنى الأداء لأنه لما وهب منه فقد ملك ما فى ذمة الأصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء ، وإذا وهب الدين من الأصيل برئ الكفيل ؛ لأن هذا وأداء المال سواء ؛ لأنه لما وهبه منه ، فقد ملك ما فى ذمته كما إذا أدى ، ومتى برئ الأصيل برئ الكفيل ؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل . ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل ، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل ، ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى ، ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل لأن الإبراء إسقاط وهو فى حق الكفيل إسقاط المطالبة لا غير ؛ ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل ، فلم يكن فيه معنى تملك الدين أصلاً فلا يرجع ، ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز ، حتى لو أداه الكفيل بعد

(١) يعنى بذلك أداء المال بعد تحقق الإذن من المضمون عنه ، أو بإضافة الضمان إليه بأن يقول : اضمن عنى .

(٢) يعنى بذلك أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله بعد تحقق الإذن من المضمون عنه ، أو بإضافة الضمان إليه .

(٣) وهى ما تسمى بالمقاصة ، وسيأتى بيانه تفصيلاً فى الفصل الخامس من هذا الباب .

ذلك لا يرجع عليه ؛ لأن سبب وجوب الحق له على الأصل وهو العقد بإذنه موجود ، والإبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالإبراء عن الأجرة قبل مضى مدة الإجارة ، ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الأصل لما كفل عنه ، ودفع إلى الكفيل ، ينظر إن دفعه إليه على وجه القضاء يجوز ؛ لأن ولاية الرجوع على الأصل إن لم تكن ثابتة له فى الحال لكنها تثبت بعد الأداء ، فأشبهه الدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل حلول الأجل أنه يقبل منه ويكون قضاء ، كذا هذا وبرئ الأصل من دين الكفيل ، ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له ، وله أن يطالب أيهما شاء ، فإن أخذ من الأصل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى ؛ لأنه تبين أنه لم يكن قضاء ، ولو قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال يرجع على الأصل بالإجماع ؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء . ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة ، فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة ، فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو : إما أن يكون قد كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد ، أو بعده ، أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر ، أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً ، فإن لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً ، لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى ؛ لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً ؛ لأنه لم يكفل عنه ، ولكنه يرجع على الأصل ؛ لأنه كفيل عنه بأمره (١) .

عند المالكية : يرى مالك أن الإذن من المضمون عنه

أو عدمه غير معتبر فى مسألة الرجوع ؛ ولذلك يجيز رجوع

(١) راجع بدائع الصنائع بتصرف : (١٣/٦-١٥) وراجع العناية شرح الهداية :

(١٨٨/٧-١٩١) .

الضامن على المضمون عنه حتى وإن كان صبيا ، جاء في المدونة ما نصه " تحمل الرجل بحق عن صبي فدفعه [أى الحق] هل يرجع على الصبي ؟ قلت : أرأيت الصبي يدعى رجل قبله حقا ، فيتكفل به رجل فيقضى بذلك الحق على الصبي فأخذه الطالب من الكفيل ، أ يكون للحميل أن يرجع بذلك على الصبي أم لا فى قول مالك ؟ قال : يرجع به فى مال الصبي ؛ لأن مالكا قال : لو أن رجلا أدى عن رجل ديننا كان عليه بغير أمره ، أن له أن يرجع بذلك على الذى كان عليه المال " (١) .

وكذلك المالكية يرون أن للضامن أن يرجع على المدين بما أدى عنه ؛ لأنه كالمسلف ، يرجع بمثل ما أدى ، وذلك إن ثبت الدفع منه لرب الدين (المضمون له) ببينة أو إقرار رب الدين (٢) .

عند الشافعية :

أما الشافعية فإنهم يرون أن الإذن معتبر ، فلا يجوز للضامن الرجوع بما أدى على المضمون عنه إذا لم يكن قد أذن له فى الضمان ؛ لأن الغرم بالضمان ، " والزعيم غارم " ولأنه لما تبرع بالضمان بدون إذن المضمون عنه لم يكن له حق فى الرجوع عليه بما أدى ؛ ولأنه لو كان له الرجوع لما صلى النبي ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة ، إلا إن أدى بشرط الرجوع ، فيرجع كغير الضامن ، ولو أدى الولي دين محجور بنية الرجوع أو ضمنه عنه كذلك رجع ، والضامن بالإذن يرجع ، ولو أدى بلا إذن ؛ لأنه أذن فى سبب الأداء [وهو الضمان] (٣) .

(١) المدونة : (٩٩/٤) .

(٢) راجع الشرح الصغير للدريز : (٤٣٦/٣) وشرح مختصر خليل للخرشي (٢٧٧-٢٦/٦) .

(٣) راجع روض الطالب : (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) . وراجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤٦٣/٤ ، ٤٦٤) .

عند الحنابلة :

يرى الحنابلة أن الضامن لو قضى الدين لرب الدين [أى للمضمون له] ولم ينو رجوعا على المضمون عنه بما قضاه عنه لم يرجع ؛ لأنه متطوع سواء ضمن بإذنه أو لا ، وإن نوى الرجوع رجع على المضمون عنه ، سواء كان الضمان أو القضاء بإذن المضمون عنه أم لا ؛ لأنه قضاء مبرئ من دين واجب ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه . ولو لم يأذن المضمون عنه فى ضمان ولا قضاء ، وأما قضاء على وأبى قتادة عن الميت فكان تبرعا لقصد براءة ذمته ليصلى عليه النبي ﷺ مع علمهما أنه لم يترك وفاء ، والكلام فيمن نوى الرجوع لا من تبرع (١) .

عند الظاهرية :

يرى الظاهرية أنه : " لا يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا ، سواء رغب إليه فى أن يضمه عنه ، أو لم يرغب إليه فى ذلك ، إلا فى وجه واحد ، وهو : أن يقول الذى عليه الحق : اضمن عني ما لهذا على ، فإذا أديت عني فهو دين لك على ، فها هنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح " (٢) .

عند الزيدية :

أما الزيدية فإنهم يرون أن الضامن له الرجوع بما سلمه عن الأصل سواء قال له : اضمن هذا عني [بالتصريح بعنى] أم لا فإذا قال رجل لغيره : سلم لفلان كذا سواء قال عني أو لا فسلمه ، فإنه يرجع

(١) راجع شرح منتهى الإرادات : (١٢٨/٢ ، ١٢٩) . وراجع كشف القناع : (٣٧١/٣) .

(٢) المحلى : (١١١/٨) م (١٢٢٩) .

المأمور بما سلمه على من أمره بالتسليم مطلقا سواء كان من سلم ضامنا أم لا ، وسواء كانت الكفالة صحيحة أم فاسدة ، فإنه يرجع على من أمره ولو أمر بالضمانة في المال لا الوجه ، وسلم للمضمون له بأمر المضمون عنه ، فإنه يرجع على المضمون عنه بما سلم ؛ لكونه مأمورا بالضمانة أما إذا كان الأمر بالضمانة متبرعا ، فإنه لا يرجع على المضمون عنه بما سلم عنه ؛ لعدم الأمر بها من المضمون عنه (١) .

عند الإمامية :

ذهب الإمامية إلى أن للضامن أن يرجع على المضمون عنه ، بما أداه إن ضمن بإذنه ، ولو أدى بغير إذنه ، وأنه لا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه (٢) .

جاء في الروضة البهية : أن الضامن لا يحق له الرجوع على المضمون عنه مع عدم إذنه في الضمان ، وإن أذن في الأداء ؛ لأنه متبرع ، والضمان هو الناقل للمال من الذمة (٣) .

عند الإباضية :

أما الإباضية فإنهم يرون أن له الرجوع على المحمول عنه بجميع ما أعطى ، إذا عقد معه عقد الضمان على أن يرجع عليه أما إذا لم يعقد معه عقد الضمان على أن يرجع عليه لم يكن له الرجوع ؛ لأنه لم يعقد معه أن يحمل عنه على أن يرجع عليه ، بل تبرع بما يبرئه ، فكان من قبيل التبرع (٤) .

(١) راجع التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٩/٤ ، ١٥٠) .

(٢) راجع شرائع الإسلام : (٩٠/٢) .

(٣) انظر الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١٢١/٤ ، ١٥٣ ، ١٥٤) .

(٤) راجع شرح النيل : (٤٥٢/٩ - ٤٥٤) .

الترجيح:

مما سبق عرضه ظهر جليا أن الحنفية والشافعية يشترطون إذن المضمون عنه - على التفصيل السابق - وقد وافقهم فى اعتبار الإذن الزيدية والإمامية ، أما المالكية فقد أجازوا للضامن الرجوع سواء أذن المضمون عنه بالضمان أم لم يأذن ، أما الحنابلة فمرد الأمر عندهم إلى النية فإن نوى الرجوع رجع على المضمون عنه ، سواء كان الضمان أو القضاء بإذن المضمون عنه أم لا ، وإن لم ينو رجوعا على المضمون عنه بما قضاه عنه لم يرجع ؛ لأنه متطوع سواء ضمن بإذنه أم لا ، أما الظاهرية فإنهم لا يرون جواز الرجوع مطلقا سواء أذن له أم لم يأذن ، إلا أن يقول الذى عليه الحق : اضمن عنى ما لهذا على ، فإذا أدبت عنى فهو دين لك على ، فهاهنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنهم يعتبرون ذلك قرضا وليس ضمانا ، وقد استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح عندهم ؛ وذلك يرجع إلى قولهم بانتقال المضمون تماما من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ، أما الإباضية فإنهم يرون أنه لا بد للضامن حتى يتسنى له الرجوع على المضمون عنه من أن ينص صراحة على ذلك فى عقد الضمان . والراجح هو قول الحنابلة بأن مرد ذلك إلى النية : سواء كان الضمان أو القضاء بإذن المضمون عنه أم لا ، وأضيف إلى ذلك التصريح بتلك النية ؛ لأن ما فى النية كامن فى النفس ، لا يمكن الاطلاع عليه ؛ فإذا صرح بذلك فكأنما أقرضه ، فهو صاحب حق ، يجوز له أخذ حقه من المضمون عنه ، وما فعله أبو قتادة ؓ كان من قبيل التبرع ، فلم يكن ينتظر ﷺ له ردا ، بل ضمن القضاء عنه لكى صلى عليه النبي ﷺ ، فمن نوى التبرع لم يكن له أن يرجع على المضمون عنه بما أدى .

المبحث الثاني

متى يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الثاني

متى يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

هذه المسألة ليست مسألة خلافية ، فكل المذاهب متفقة على أن الضامن ليس له أن يرجع بما أدى قبل الأداء ؛ لأن موجب الرجوع (وهو الأداء) لما يتوفر بعد ، فإذا توفر موجب الرجوع كان له أن يرجع على المضمون عنه بما أدى — على ما سبق تفصيله في المبحث السابق ، وذلك على التفصيل الآتي :

أما عند الحنفية :

فإنهم يرون أنه ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ؛ لأن الموجب للمطالبة هو التملك ، وهو لا يملكه قبل الأداء ، فانتفى الموجب ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء ؛ لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما : أى بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع ، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة . فإذا لزم الكفيل فإن له أن يلزم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل ؛ لأنه هو الذى أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه ، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره . وقال الشافعي (رحمه الله) : ليس له ذلك ؛ لأنه لا يتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء . وقلنا [أى الحنفية] هو مورط فعليه الخلاص (١) .

وإذا حل الدين المؤجل على الكفيل بموته ، فإنه لا يحل على الأصيل عندهم ، فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره إلا

(١) راجع العناية شرح الهداية : (١٩١/٧ ، ١٩٢) .

إلى أجله ، كما لا يحل المؤجل على الكفيل اتفاقا ، إذا حل على الأصيل بموته (١) .

وعقب ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار قائلا : قد أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل ، وعمله بأن الأجل يسقط بموت من له الأجل . وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب إلا عند حلول الأجل (٢) .

عند المالكية :

يرى المالكية أن الدين يُعجل بموت الضامن قبل الأجل ، من تركته إن كان له تركة ، ولوارث الضامن أن يرجع على الغريم [المضمون عنه] بعد الأجل أو بعد موت الغريم على تركته إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط (٣) .

قال مالك : إذا مات الكفيل قبل محل الأجل كان لرب الحق [المضمون له] أن يأخذ حقه من مال الكفيل ، ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذي عليه الحق شيئا حتى يحل أجل المال . فإن مات الذي عليه الحق [المضمون عنه] قبل محل الأجل ، كان للطالب [المضمون له] أن يأخذ حقه من ماله ، فإن لم يكن له مال ، لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الأجل (٤) .

(١) انظر الدر المختار : (٣١٩/٥) .

(٢) راجع حاشية ابن عابدين : (٣١٩/٥ ، ٣٢٠) .

(٣) راجع الشرح الصغير للرددير : (٤٤١/٣) وعليه حاشية الصاوي .

(٤) انظر المدونة : (١٠٠/٤) .

عند الشافعية :

يرى الشافعي ^(١) أنه إذا تكفل الرجل عن الرجل بالدين ، فمات الكفيل قبل أن يحل الدين ، فللمكفول له أن يأخذ الكفيل بما تكفل له به من تركته ، فإذا قبض ماله برئ الذي عليه الدين والكفيل ولم يكن لورثة الكفيل أن يرجعوا على المكفول عنه بما دفعوا عنه حتى يحل الدين ، وهكذا لو مات الذي عليه الحق [الأصيل] كان للذي له الحق [المضمون له] أن يأخذه من ماله ، فإن عجز عنه وقتها لم يكن له أخذه حتى يحل الدين ^(٢) .

عند الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الضامن إن قضى الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه حتى يحل أجله ؛ لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ؛ ولأنه متبرع بالتعجيل فلم يرجع قبل الأجل ، كما لو قضاها أكثر من الدين ^(٣) .

عند الظاهرية :

أما الظاهرية فإنهم يرون أنه لا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشيء مما عليه من الحق مما ضمن عنه أصلا : سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك ، إلا في وجه واحد ، وهو : أن يقول الذي عليه الحق : اضمن عني ما لهذا على فإذا أديت عني فهو دين لك على : فهاهنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح ^(٤) .

(١) قول الشافعية هو قول الإمام الشافعي .

(٢) انظر الأم : (٢٦٣/٣) .

(٣) راجع كشف القناع : (٣٧٤/٣) .

(٤) انظر المحلى : (١١١/٨) م (١٢٢٩) .

عند الزيدية :

يرى الزيدية ما يراه أصحاب المذاهب السابقة من أن الضامن له حق الرجوع على المضمون عنه بما أدى عنه من الضمان ، وذلك لا يكون إلا بعد الأداء ^(١) .

عند الإمامية :

جاء في الروضة البهية : " إن كان الدين حالا رجع مع الأداء مطلقا ، وإن كان مؤجلا فلا رجوع عليه إلا بعد حلوله وأدائه مطلقا " ^(٢) .

عند الإباضية :

وكذلك الإباضية يرون أن الحميل أن يرجع على المحمول عنه إن غرم للمحمول له من عنده ما تحمله ، وأما قبل أن يغرم فلا يرجع عليه بشيء ، وكذا يرجع الحميل على حميل آخر إن غرم للمحمول له ما تحمله ^(٣) .

أما في حالة موت الحميل أو المحمول عنه ففيه تفصيل بيانه كما يأتي :

أنه إن مات المحمول عليه (المضمون عنه) قبل حلول الدين أخذه ربه (وهو المضمون له) من تركته وحل موعده : قيل بموته ، والصحيح أنه لا يحل بموته ؛ لأن للأجل قسطا من الثمن . وحالة الحميل باقية على القولين ، إن شاء أخذ من الوارث في

(١) انظر التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٥٠، ١٤٩/٤) .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١٢٢/٤) .

(٣) شرح النيل : (٤٤٨، ٤٤٧/٩) .

حينه على القول الأول ، وإن شاء أخذ من الحميل إذا حل الأجل ، وإذا حل الأجل على القول الثاني أخذ من أيهما شاء ، وقيل : لا رجوع على المحمول عنه ولا على وارثه إن مات . وللحميل — إن لم يأخذ المحمول له من التركة — أن يقول للورثة : اعزلوا مقدار ما تحملت به إلى أن يتم الأجل فأعطى فأخذ (١) .

وكما هو واضح من العرض السابق أن المذاهب الثمانية متفقة على أن الضامن ليس له الرجوع على المضمون عنه قبل أن يؤدي ما ضمنه عنه ، فإذا أدى ما ضمنه جاز له وقتها أن يرجع عليه بما أداه .

(١) راجع شرح النيل : (٤٧١/٩-٤٧٣) .

المبحث الثالث

بم يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الثالث

بم يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

عند الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة ، فيرجع عليه بالصاح الجياد ؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل ، فيرجع بالمؤدى وهو الصاح الجياد ، وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر ، فيرجع عليه بما أقرضه ، وكذلك لو أعطى بالدراهم دنائير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى ؛ لما ذكرنا . بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف ؛ لأنه بأداء الخمسمائة لم يملك ما في ذمة الأصيل ، وهو الألف ؛ لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تمليكاً ههنا ؛ لأنه يؤدى إلى الربا فيقع إسقاطاً لبعض الحق والساقط لا يحتل الرجوع به ، وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنائير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل جميعاً وبرئاً جميعاً ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنائير ، ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب [أى المضمون عنه] بدينارين لأن فى الفصل الأول إيقاع الصلح على ثلاثة دنائير تصرف فى نفس الحق بإسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأان جميعاً ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنائير ؛ لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه . (وأما) فى الفصل الثانى فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرونا بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين ،

وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصل ، فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الأصل فيأخذهما الطالب منه (١) .

أما إذا وهب الطالب المال الكفيل فقبله رجع به الكفيل على الذى عليه الأصل [المضمون عنه] ؛ وذلك لأن الهبة عقد تمليك ، بدليل أنه لو صادف عينا لمالك أفاد الملك ، فقد ملكه ما فى ذمته بالهبة ، فصار كما لو ملكه بالأداء ، ولو ملكه بالأداء لرجع على صاحب الأصل (٢) .

عند المالكية :

أما المالكية فإنهم يرون أن للضامن أن يرجع على المدين بما أدى عنه ، ولو مقوما [أى بقيمة ما أدى] ؛ لأنه كالمسلف يرجع بمثل ما أدى ، حتى فى المقوم لا بقيمته حيث كان من جنس الدين — إن ثبت الدفع — منه لرب الدين ببينة أو إقرار رب الدين [لمضمون له] (٣) .

أما إذا صالح الضامن رب الدين على المدين رجع بالأقل من الدين ، ومن قيمة ما صالح به ، حيث كان مقوما عن عين ؛ كما لو صالح بثوب أو عبد عن دنانير أو دراهم ؛ فإن صالح عنها بمثل رجع بالأقل من الدين أو مثل المثل ، فإن صالح بأجود أو أدنى حيث جاز رجع بالأدنى . ولو صالح بأقل من الدين رجع به وبأكثر رجع بالدين . ولو صالح بمقوم عن مقوم غير جنسه رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به ، بناء على القول بجواز ذلك ، ويظهر من كلامهم أنه الراجح (٤) .

(١) راجع بدائع الصنائع : (١٥/٦)

(٢) راجع الفروق للكرابيسى : (٢٤٦/٢) .

(٣) انظر الشرح الصغير للرددير عليه حاشية الصاوى : (٤٣٦/٣) .

(٤) راجع السابق نفسه : (٣٣٧/٣ ، ٣٣٨) .

بينما يرى الإمام مالك أن الرجل إن تكفل بألف درهم هاشمية ، فرضى صاحب الحق بألف درهم دمشقية فقضى ذلك ، فإنه يرجع على الأصيل بألف درهم دمشقية ؛ لأنه كذا أدى (١) .

عند الشافعية :

يرى الشافعية أن الضامن يرجع فى المثل بالمثل ، والمتقوم حكمه حكم القرض ، فيرجع بالمثل الصورى - على الأصح - فالأداء فى ضمنه إقراض المؤدى عنه ، فإن كان المضمون مثليا رجع بمثله ، وإن كان متقوما رجع بمثله أو بقيمته : فيه وجهان كالقرض (٢) .

عند الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن الضامن - كمن أدى عن غيره دينا واجبا بنية الرجوع - يرجع بأقل الأمرين مما قضى به الدين لربه [أى رب الدين] ؛ لأنه إن كان الأقل هو الدين ، فالزائد لم يكن واجبا عليه فهو متبرع بأدائه ، وإن كان المقضى أقل إنما يرجع بما غرم ؛ ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء ؛ لأن إبراء الضامن عندهم إبراء للأصيل بخلاف الحنفية كما سبق ذكره عند الحنفية من كلام الكاسانى (٣) .

وجدير بالذكر أن للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه قبل الأداء إذا طوّل بالدين ، إن كان ضمن بإذنه ؛ لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فلزمه تخليصها ، كما لو استعار عبده فرهه بإذنه فإن عليه تخليصه إذا طلبه ربه [سيده] ، فإن كان

(١) راجع المدونة : (١٠٨/٤) .

(٢) راجع أسنى المطالب شرح روض الطالب : (٢٤٨/٢) .

(٣) راجع كشف القناع : (٣٧١/٣ ، ٣٧٢) .

ضمنه بغير إذنه فلا يلزمه تخليصه ، فهو الذى أدخل الضرر على نفسه ، وإن أذن له ولم يطالبه رب الحق فلا ضرر عليه يزيله ، لكن إن أدى الضامن الدين الذى ضمنه بنية الرجوع فله المطالبة على المضمون عنه بما أدى عنه ؛ لأن رجوعه فى هذه الحالة من حقه (١) .

عند الظاهرية :

يعرض مذهبهم ابن حزم كما جاء فى المحلى ، فيقول : " فمن كان له على آخر حق مال من بيع ، أو من غير بيع من أى وجه كان - حالا أو إلى أجل - سواء كان الذى عليه الحق حيا أو ميتا ، فضمن له ذلك الحق إنسان لا شئ عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذى له الحق : فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال - ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشئ من ذلك الحق - انتصف أو لم ينتصف - ولا بحال من الأحوال - ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشئ مما ضمن عنه أصلا - سواء رغب إليه فى أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه فى ذلك - إلا فى وجه واحد ، وهو : أن يقول الذى عليه الحق : اضمن عني ما لهذا على فإذا أديت عني فهو دين لك على : فها هنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح " (٢) .

وكما هو واضح لم يفصل ابن حزم ما يرجع به الضامن فى تلك الحالة الوحيدة التى يرجع فيها الضامن على المضمون

(١) راجع كشف القناع : (٣/٣٧٢) .

(٢) المحلى : (٨/١١١) م (١٢٢٩) .

عنه ، إنما ذكر أنه يرجع بما أدى فقط ، إذن فهو يرى أنه يرجع بما أدى لا بما ضمن .

عند الزيدية :

يرى الزيدية أنه إذا قال رجل لغيره سلم لفلان كذا سواء قال عنى أم لا فسلمه ، فإنه يرجع المأمور بما سلمه على من أمره بالتسليم مطلقا : سواء كان كفيلا أم لا ، وسواء كانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة ، فإنه يرجع على من أمره . وإذا قال رجل لغيره اقض ديني فقضى به عرضا ^(١) أقل من الدين ، فإنه يرجع على الأمر بجميع الدين ، ولو لم يكن قيمة العرض أقل ؛ لأنه بمعنى البيع ^(٢) .

عند الإمامية :

يرى الإمامية أن المضمون له إذا رضى من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه من بعضه ، لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه . ولو دفع عوضا عن مال الضمان ، رجع بأقل الأمرين ^(٣) .

فلو أذن المضمون عنه للضامن فى الضمان رجع عليه بأقل الأمرين مما أداه ، فإن أدى أزيد منه كان متبرعا بالزائد ، وإن أدى أقل لم يرجع بغيره ، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء ،

(١) العَرَض بالتحريك ، هو ماعدا النقود ، والحيوانات ، والمكيلات والموزونات ، كالمتاع والقماش وغير ذلك . راجع القاموس الفقهي : ص (٢٤٧) .

(٢) راجع التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٩/٤ ، ١٥٠) .

(٣) راجع شرائع الإسلام : (٩٢/٢ ، ٩٣) .

ولو وهبه بعدما أدى الجميع البعض ، أو الجميع جاز رجوعه به ؛ لأن الهبة تملك (١) .

عند الإباضية :

يرى الإباضية أن الحميل إذا غرم بالكل فإنه يدرك ما غرمه به على المحمول عنه ، والرجوع على المحمول عنه ؛ لأنه غرم بسبب عقده معه الغرم عنه ، ولو سبقه المحمول عنه بالغرم حتى يعلم أن المحمول عنه قد غرم فغرم بعد ذلك ولو بنسيان ، فإنه لا رجوع له عليه حينئذ ؛ لعلمه ببراءة ذمة المحمول عنه حينئذ ، فلم تبقى حمالة ، والحمالة إنما عقدت بما شغلت به ذمته فما لم يصله براءتها استصحب حكم الأصل ، ونظير ذلك أنك لو استأجرت إنسانا أن يصل إلى موضع كذا يحمل معه كذا أو يأتي منه بكذا أو يكتب كذا أو يخطط كذا أو يعمل عملا ما من الأعمال تذكره له فلم تحتج إلى ذلك أو بطل ولم تذكر له أن ذلك الذي استأجرتك عليه غير محتاج إليه أو باطل ففعله أو بعضه أو شرع في مقدمته فإن له الأجرة على عمله كله إن عمله ، وعلى بعضه إن عمل بعضه ، وكذا شروعه . أو استأجره أن يأتيه بجمل من موضع كذا ثم ظهر له أن الجمل ليس فيه أو مات فلم يخبره حتى ذهب إليه فعليه أجرة ذهابه إليه (٢) .

وكذا إن غرم الحميل أولا بالبعض ثم المحمول عنه ببعض بحيث يزيد على حقه ، فإن الحميل يرجع على المحمول عنه بما أعطى ، والمحمول عنه يرجع بالزائد على المحمول له ، ويرد الحميل للمحمول عنه ما غرمه به بلا تغريم : يعني إن كان تغريمه

(١) راجع الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١٢١/٤) .

(٢) انظر شرح النيل : (٤٥٤/٩ - ٤٥٦) .

أو غرمه بنفسه قبل أن يغرم الحميل للمحمول له ؛ لأنه لا حق للحميل على المحمول عنه ، ولا سبيل له إليه على المشهور إلا بعد أن يعطي للمحمول له ما تحمل به ، فبعد ذلك يرجع للمحمول عنه بما أعطى عنه ، فإذا أخذ منه قبل الإعطاء فإنه يرده إليه ، ثم يعطي من ماله ثم يرجع على المحمول عنه ^(١) .

الراجع :

أن الضامن يرجع على المضمون عنه بما أدى لا بما ضمن إلا أن يكون المضمون له قد وهب له ما ضمنه ؛ لأن الهبة من عقود التملك ، فإذا وهبه المضمون له الدين فكأنه ملكه إياه ؛ وعليه فمن حقه أن يعود على المضمون عنه بما ضمن ، فإن صالح الضامن المضمون له على بعض المضمون به فإنه لا يعود على المضمون عنه إلا بما صالح عليه ؛ لأن الضمان من عقود التبرع ، والإحسان فيه واضح ، وليس من الإحسان أن يصلح على حد أقل ، ثم يرجع بالأكثر ، وإلى ذلك ذهب عامة الفقهاء كما سبق بيانه في الصفحات السابقة ، وهو ما يتناسب وروح الشريعة الغراء من التيسير والتسامح والحث على العطاء والجود .

(١) راجع شرح النيل : (٤٥٦/٩ - ٤٥٨) .

الفصل الرابع

العلاقة بين الضامن والمضمون عنه فى القانون

الفصل الرابع

العلاقة بين الضامن والمضمون عنه فى القانون

يقول الدكتور عبد التواب : " ولم يكن هناك ضرورة وفقاً لرأى فى الفقه - النص صراحة فى المادة : (٣٢٣) الفقرة الثانية مدنى على كون المدين غيراً عن الكفالة ، و على جواز انعقادها و لو بغير المدين أو رغم إرادته - اكتفاء بالقواعد العامة فى الصدد . إلا اللهم إذا كان المشرع يبغي التأكيد على خروج حكمه فى المادة السابقة على أحكام الشريعة الإسلامية ، و التى تمنع رجوع الكفيل على المدين إذا كانت الكفالة بغير علمه ولا إرادته و هو ما لم يأخذ به مشرعنا الوضعى " (١) .

وليس الأمر كما قال الدكتور عبد التواب ؛ لأن رأى القائل بمنع رجوع الكفيل على المدين إذا كانت الكفالة بغير علمه ولا إرادته هو قول الحنفية والشافعية فإنهم يشترطون إذن المضمون عنه - على التفصيل السابق - وقد وافقهم فى اعتبار الإذن الزيدية والإمامية ، ولا يصح هذا التعميم ؛ لأن المالكية مثلاً قد أجازوا للضامن الرجوع سواء أذن المضمون عنه بالضمان أم لم يأذن ، أما الحنابلة فمرد الأمر عندهم النية فإن نوى الرجوع رجع على المضمون عنه ، سواء كان الضمان أو القضاء بإذن المضمون عنه أم لا ، وإن لم ينو رجوعاً على المضمون عنه بما قضاه عنه لم يرجع ؛ لأنه متطوع سواء ضمن بإذنه أم لا ... والراجح هو قول الحنابلة كما سبق تفصيل ذلك فى المبحث الأول من هذا الفصل .

(١) أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين : (١١٨/١) .

هذا وقد تناولت المواد : من (٧٩٨) حتى المادة (٨٠١) موضوع هذا الفصل الذى بين أيدينا " رجوع الضامن على المضمون عنه " وبيانها كما يأتى :

تنص المادة (٧٩٨) على ما يأتى : " ١ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه .

٢ — فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه " .

وتنص المادة (٧٩٩) على ما يأتى : " إذا وفى الكفيل الدين . كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين " .

كما تنص المادة (٨٠٠) على ما يأتى : " ١ — للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

٢ — ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده .

٣ — ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

كما تنص المادة (٨٠١) ^(١) على أنه " إذا تعدد المدينون فى دين واحد ، وكانوا متضامنين ، فلكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين " ^(٢) .

ويشرح الدكتور السنهورى تلك المواد تفصيلا بما يمكن إجماله فيما يأتى :

إذا وفى الكفيل دين المدين لما بينهما من عقد الكفالة فله الحق فى الرجوع على المدين ، ولكن تختلف حسب الحالة والشرط ، فهناك ثلاث حالات ، وقد نظمت ذلك المواد : من (٧٩٨) حتى المادة (٨٠١) من القانون المدنى المصرى :

الحالة الأولى: حالة رجوع الكفيل على المدين

بالدعوى الشخصية : طبقا لنص المادة : (٧٩٨) والمادة (٨٠٠) ومفادها أن الكفيل إذا وفى ديناً عن المدين يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية ، وهذا يقتضى البحث فى عدة نقاط :

النقطة الأولى: من الكفيل الذى يرجع على المدين

بالدعوى الشخصية ؟ وقد تناولته المادة (١/٨٠٠) مدنى مصرى :

١ — للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه " : ويشترك فى ذلك الكفيل العادى والمتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مدينا متضامنا أصليا ، والكفيل غير المأجور والمأجور ... سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه : أى برضاه الصريح أو الضمنى أو بغير ذلك . أما إذا عقدت بعلم المدين بالرغم من معارضته ، فلا ينطبق عليها نص

(١) قد سبق ذكر شرح الدكتور السنهورى هذه المادة . راجع ص : (٣٨٣) .

(٢) القانون المدنى المصرى ص : (١٩١ ، ١٩٢) .

المادة (١/٨٠٠) وإنما ينطبق عليه قاعدة الإثراء بلا سبب ، وله الحق فى الرجوع عليه من تلك القاعدة ؛ وذلك لأن الكفيل قد افتقر بمقدار ما دفع والمدين اغتنى أيضا بهذا المقدار ؛ لأن الدين كان فى ذمته وقد برئت ذمته بذلك . وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين فلا يرجع عليه بالدعوى الشخصية وإنما بدعوى الإثراء بلا سبب بمقدار ما دفع ، أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين والدائن فله الحق فى الرجوع بالدعوى الشخصية .

وإذا كان القانون يبيح أن يكون الكفيل مأجورا فإن المرجح فى الفقه الإسلامى أنه لا يجوز أخذ أجره على الكفالة ؛ لأن الضامن غارم كما قال النبى ﷺ : " الزعيم غارم " ولا معنى لهذا الغرم إذا كان سيحصل أجرا على الكفالة . كما سيأتى بيانه بإذن الله تعالى فى الفصل الأول من الباب الثالث (الأخير) .

النقطة الثانية : الأساس القانونى الذى تقوم عليه

الدعوى الشخصية . فيما عدا الفرضين اللذين لا تنطبق فيهما

شروط الدعوى الشخصية : وهما فى حالة عقد الكفالة رغم معارضة المدين والأخرى فى حالة عقدتها لمصلحة الدائن أو الكفيل ، حيث يوجد خلاف بين الفقه — إن صح التعبير — الفرنسى وبين غالبية فقهاء القانون المصريين ، والذى يهمننا هو ما قاله غالبية القانونيين المصريين ، فإنهم يعتبرون الدعوى الشخصية هنا دعوى كفالة وليست دعوى وكالة ، فإذا سلمنا جدلا أن العلاقة بين الكفيل والمدين هى كالوكالة — كما قال القانونيون الفرنسيون — وجب التسليم بكل ما يترتب على الوكالة من آثار ، فللمدين مثلا الحق فى أن يعزل الكفيل فى أى وقت يشاء ... وغير ذلك .

وبالطبع فإن وجهة نظر غالبية أهل القانون المصريين هى الصواب ، فليست تلك الدعوى دعوى وكالة وإنما هى دعوى كفالة ، وليس لها أى علاقة بالوكالة على الإطلاق ، والقانون يوافق الفقه الإسلامى فى ذلك (أى فى اعتبارها دعوى كفالة) .

النقطة الثالثة : الشروط الواجب توافرها لرجوع

الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية :

١ — قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين : فلا بد أن يكون الكفيل — لكى يرجع بالدعوى الشخصية — أن يكون قد وفى الدين عن المدين سواء بطريق الدفع أو بمقابل آخر أو بطريق التجديد والإنابة الكاملة أو باتحاد الذمة كأن يرث الدائن فينتقل الدين إليه بالإرث ، أما إذا سقط الدين بالمدة أو خلاف ذلك فلا يرجع عليه فى هذه الحالات وغيرها .

والدين لا يسقط فى الفقه الإسلامى بالمدة كما هو الحال فى القانون ، وهذا من أوجه القصور فى القانون الوضعى ؛ إذ يؤدي إلى ضياع الحقوق ، فلا ينبغى أن يسقط الحق مهما طال الوقت أو المدة ، وظهر صاحب الحق بعد فقده ، أو ظهر وارث بعد خفائه ، وغير ذلك مما ليس محله هنا فى هذا البحث .

١ — وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله ، فإذا تعجل الكفيل بالوفاء قبل حلول الأجل فلا يحق له الرجوع قبل حلول الأجل كما لا يحق له الرجوع عليه إذا وفى قبل حلول الأجل ووجد سبب لانقضاء الدين عن المدين .

٣ — إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضته وذلك خشية أن يكون المدين قد أداه أو لديه أسباب تبطل الدين أو تقضيه

دون وفاء ، فلا بد من إخطاره : سواء على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ، وعلى الكفيل إثبات أنه أخطره شفويا ، ومعنى ذلك أن الكفيل لا يفقد حقه فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إلا إذا أثبت المدين أنه وفاه قبل أو بعد وفاء الكفيل ، أو أن هناك سببا يبطل الدين ، أو انقضى بسبب يرجع للمدين كمقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم ، وأثبت المدين ذلك ، أما فى حالة عدم مقدرة المدين على الإثبات فانعدم فالكفيل له الحق فى الرجوع عليه بالدعوى الشخصية رغم عدم إخطار المدين وبالقدر الذى أفاد منه المدين من الوفاء ، فالهدف من إخطار المدين عدم المجازفة بالوفاء الذى أداه الكفيل ، أما إذا أخطره الكفيل واعترض على الوفاء ، فلا يحق للكفيل الوفاء ، وكان عليه أن يدخله فى الدعوى ليبدى ما لديه من اعتراضات على أداء الدين من الكفيل أو منه ، أما إذا لم يعارضه المدين بأن يفى الدين حتى وإن أداه بعد ذلك المدين أو لديه أسباب ، فلا يعتد بها ، وللکفيل الرجوع عليه بالدعوى الشخصية كما هو موضح بنص المادة (٢/٧٩٨) مدنى مصرى : " فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه " .

وهذا فى مجمله لا يخالف الفقه الإسلامى اللهم إلا فى وجوب إخطار المدين قبل الوفاء ، فإن الفقهاء — فيما أعلم — لم يوجبوا ذلك ، ولكن القواعد العامة للشريعة تؤيده خاصة فى عصرنا هذا الذى خربت فيه الذمم إلا من رحم ربى ، فربما يكون المدين قد أدى الدين أو جد عنده سبب للبطلان ... ثم يقبل الدائن من الكفيل بعد أخذه الدين من المدين ؛ وما هذا إلا لخراب ذمته وهذا فى واقعنا للأسف كثير .

النقطة الرابعة : ما الذى يرجع به الكفيل على**المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا :**

نظمت ذلك المادة : (٢/٨٠٠ ، ٣) مدنى مصرى " ٢ — ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأسمى بالإجراءات التى اتخذت ضده . ٣ — ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " . فللكفيل — حسب ما ورد فى هاتين الفقرتين من تلك المادة — المطالبة بأصل الدين الذى دفع للدائن سواء كان مضافا إليه فوائد اتفاقية بين الدائن والمدين ، أو مصاريف أنفقتها الدائن فى مطالبة حقه ، فهى تدخل فى أصل الدين ، وكل ما دفعه الكفيل لإبراء ذمة المدين (المكفول) ويضاف إليه الفوائد القانونية لأصل الدين من تاريخ الدفع كما نظمتها المادة (٣/٨٠٠) ولا ينقضى الحق فى المطالبة القانونية بالتقادم بالنسبة للفوائد إلا بمضى خمس سنوات . أما عن المصروفات وتتضمن كل ما أنفقه الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه ، وكل ما حكم عليه من مصروفات للدائن ، وتشمل كل ما أنفقه الكفيل فى إرشاد الدائن لأموال المدين لتجريدها ومصروفات رفع الدعوى ... وأما عن التعويض فلم تنص المادة (٨٠٠) على حق الكفيل فى مطالبة المدين بالتعويض ، وإنما ينطبق عليه نصوص القواعد العامة : كأن يكون المدين سىء النية ، أو يكون الكفيل قد اضطر إلى بيع ممتلكاته بثمان بخص للوفاء عن المدين ، وبذلك يكون قد تكبد أضرارا فيحتاج إلى تعويض .

أما بالنسبة لأصل الدين فلا خلاف بين القانون الوضعى المدنى المصرى وبين الفقه الإسلامى فى أن للكفيل الحق فى الرجوع على المكفول — فى نطاق ما سبق شرحه — أما ما تكبده

من مصروفات دون تكلف منه ضد المدين أو تعنت فإن المدين يتحملها ، فمن حق الكفيل الرجوع بها على المكفول ، لكن الذى يخالف القانون فيه الفقه الإسلامى مسألة الفوائد الاتفاقية أو القانونية فكلاهما من الربا الحرام - كما سيأتى تفصيل الكلام فيه فى الفصل الأول من الباب الأخير - ولا يشفع للفوائد الاتفاقية أنها تكون بالاتفاق بين الدائن والمدين ، فإن الرضا فى المعاملات الربوية لا يحلها ، كما أن التراضى بين الزانى والزانية لا يحل الزنا ، فالرضا فى هذا وغيره مهدر لا قيمة له ولا اعتبار ، وكذلك لو أجزى فى شرع الله - إذا افترضنا جدلاً أنها ليست من الربا - أخذ الفوائد على ما يؤديه الضامن لما كان الضمان من عقود التبرع ، وهو (أى التبرع) مما تحض عليه شريعة الله وتحث الناس عليه لا أن يستغل المضمون عنه بتكبيده - إضافة إلى الدين الأصلى - فوائد اتفاقية وقانونية وهى عين الربا وما أنزل الله بها من سلطان . أما مسألة التعويض التى تحكمها نصوص القواعد العامة : كأن يكون المدين سىء النية ، أو يكون الكفيل قد اضطر إلى بيع ممتلكاته بثمن بخس للوفاء عن المدين ... فإنه إذا ثبت ذلك على المضمون عنه فإن الشريعة تحمله تبعات المضار التى لحقت بالضامن انطلاقاً من قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " (١) .

النقطة الخامسة : ما يرجع به الكفيل على المدين فى

الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين : إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين الذى ضمنه أو قام بتجزئته مع الدائن فله حق مطالبة المدين بما وفاه وفوائده ومصاريفه . وفى حالة مطالبة الدائن المدين لا يقوم أحد عن أحد وإنما يتزاحموا معا ، ويقسم عليهم ما بقى من أموال المدين بخلاف دعوى الحلول .

(١) أصل هذه القاعدة الفقهية هو حديث رواه ابن ماجه فى سننه من حديث ابن عباس ؓ . وقد سبق تخريجه ص: (١٧٥) .

الحالة الثانية : رجوع الكفيل بدعوى الحلول :

ينظم ذلك المادة (٧٩٩) مدنى مصرى وتنص على أنه : " إذا وفى الكفيل الدين . كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين " وهذا يقتضى البحث فى عدة نقاط :

النقطة الأولى : أن أى كفيل يرجع على المدين بدعوى

الحلول :

فكل كفيل يرجع على المدين بدعوى الحلول يستوى فى ذلك الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن أو الاثنين معا ، ولمصلحة الكفيل والمدين ، أو لمصلحة الدائن والكفيل ويستوى فى ذلك الكفيل المأجور وغير المأجور ، وكذلك الكفيل غير المتضامن مع المدين والمتضامن ، سواء عقدت الكفالة بعلمه أو بغير علمه ورغم معارضته طالما لمصلحة المدين . والأصل فى ذلك ما نصت عليه المادة : (٣٢٦) مدنى مصرى ، ونصها : " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : " أ - إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين ، أو ملزما بوفائه عنه " (١) . إذن فالكفيل له الحق فى أن يحل محل الدائن بالدين الذى وفاه عن المدين بكل ما له من حقوق قبله . وله الحق فى الحلول دون أن يطلب الكفيل ذلك .

النقطة الثانية : الشروط الواجب توافرها لرجوع

الكفيل على المدين بدعوى الحلول : فلا بد من توفر شرطين :

(١) القانون المدنى المصرى : ص (٧٤) راجع بقية الأحوال فى الموضع نفسه ، وهى ليست داخلة معنا فى موضوعنا .

الشرط الأول : — قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين:

أن يقوم الكفيل بأداء الدين عن المدين بكافة طرق الأداء الموضحة فى الدعوى الشخصية : بأن يكون دفعه نقدا ، أو بالمقاصة ، أو بالتجديد ، أو أن يرث الدائن ، أو فى حالة رجوع الدائن على الكفيل والمدين . واستيفاء حقه من أموال الكفيل والمدين ، فللكفيل أن يحل محل الدائن ؛ لأنه قد وفى الدين ، ومن وفى حل محل الدائن .

الشرط الثانى : — وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله :

فإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل ، ووجدت أسباب انقضى بها الدين قبل حلول الأجل وبعد وفاء الكفيل ، فليس له حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول ، إذ لا بد أن يكون عند حلول الأجل ؛ لأن فى غير ذلك مخاطرة من الكفيل فى عدم رجوعه على المدين بدعوى الحلول ، ويؤدى ذلك إلى ضياع الحق .

النقطة الثالثة : ما يرجع به الكفيل على المدين فى

دعوى الحلول إذا وفى الدين كاملا : يحل الكفيل محل الدائن بما وفاه بالشروط المتفق عليها بين الدائن والمدين ، فإذا كان الدين قد أوشك على السقوط بمضى المدة حل الكفيل بالحالة التى عليها ، وقد يكون الدائن قد رفع دعوى ضد المدين فيحل محله الكفيل بما له من توابع وحقوق ، فتنتقل بكل ما لها من حقوق والتزامات دون المطالبة بها من الكفيل حيث إنه تابع فى ذلك فهو بعد الدائن فيها ، وكذلك ينتقل الدين للكفيل بما له من دفع لمصلحة المدين فى مصدر الحق كأن يكون عقدا باطلا أو قابلا للإبطال أو أن يكون الحق قد انقضى بالوفاء أو بالإبراء أو التجديد أو... فإذا كان ذلك جاز للمدين أن يدفع بكل هذه الدفعات قبل الكفيل ماعدا الدفعات المتعلقة بشخص الدائن وانتقلت للكفيل ، فليس للمدين الدفع بها أمام الكفيل كنقص فى الأهلية ؛ وعلى ذلك يرجع الكفيل على المدين فى

دعوى الحلول بكل ما دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمة المدين ، فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله إذا كان قد وفاه بأكمله ، وإلا فالقدر الذى وفاه ، وكذلك فوائده إذا كان له فوائد ، والمصروفات التى تكبدها فى مواجهة الدائن ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين ، ولا يحق للكفيل الرجوع على المدين فى دعوى الحلول بالفوائد القانونية من يوم الدفع ولا المصروفات القضائية ولا التعويض ولا مصاريف المطالبة ولا رفع الدعاوى بخلاف الدعوى الشخصية .

النقطة الرابعة : ما يرجع به الكفيل على المدين فى

دعوى الحلول إذا وفى جزءاً من الدين : فى هذه الحالة يقدم الدائن على الكفيل فى استيفاء حقه من المدين ، ويحل الكفيل محل الدائن فى الجزء الذى وفاه ما لم يتفق الدائن والكفيل على غير ذلك ، فهذه ميزة ميز بها القانون الدائن ، وقدمه على الكفيل كما هو واضح من نص المادة (٣٣٠) والمادة (٧٩٩) مدنى مصرى ، حيث يتأخر الكفيل عن الدائن فى استيفاء حقه .

موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية :

فالفارق أن دعوى الحلول تنتقل إلى الكفيل بكل ما للدين من حقوق وامتيازات والتزامات بخلاف الدعوى الشخصية ، ولا يشترط فى دعوى الحلول إخطار المدين قبل الوفاء . ولكن الدعوى الشخصية لها ميزات : أنه للكفيل الحق فى المطالبة بالفوائد والمصاريف القانونية ، وذلك من تاريخ دفع الدين ، ولا يبدأ سريان التقادم [أى مرور المدة التى يسقط بمرورها المطالبة بالحق] إلا من تاريخ دفع الدين ، أما فى دعوى الحلول فيحل الكفيل محل الدائن بنفس حق الدائن ، وقد سرى هذا التقادم منذ بداية الدين بين

المدين والدائن . وأن الكفيل يتأخر فى دعوى الحلول عن الدائن ، أما فى الدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم عليه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء (١) .

وما يعتبره القانونيون ميزة مثل الفوائد مثلا تعتبره الشريعة عيبا عظيما ، ولكن واضعى القانون المدنى المصرى وغيره فيما عدا الأحوال الشخصية — كما هو معروف — لم يلتفتوا إلى أحكام الشريعة وإلى اعتبارها المصدر الأوحد للتشريع ولا حتى أحد المصادر ؛ وعليه فهم يعتبرون ذلك ميزة وإن كان ربا قد حرمه الله عز وجل ، وإنا لله وإنا إليه راجعون .

(١) راجع شرح العلاقة بين الكفيل والمدين فى القانون المدنى المصرى من مادة (٧٩٨) إلى المادة (٨٠١) فى الوسيط (١٠/١٥٥-٢١٢) .

الفصل الخامس

انقضاء الضمان في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : انقضاء الضمان الشخصي في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : انقضاء الضمان المالي في الفقه الإسلامي

تمهيد

من المعلوم أن الضمان عقد تبرع يلتزم حياله المضمون عنه بأداء المال إذا كان الضمان ماليا ، أو بتسليم نفسه إذا الضمان شخصا ، وفى حقيقة الأمر يجب أن يكون ملتزما بدون عقد الضمان ، فالمرء مرهون بدينه ، فإذا لم يقم المضمون عنه بما وجب عليه كان لزاما على الضامن أن يوفى دينه إذا كان الضمان ماليا ، أو يسلمه إذا كان الضمان شخصا ، وقد انتهينا إلى أن مطالبة المضمون له يجب أن تبدأ بالأصيل ثم الضامن ، باعتبار أن المطالب - فى الضمان الشخصى والمالى - أصالة هو المضمون عنه ، وهناك أمور ينقضى بها هذا الالتزام ، وبذلك ينتهى الضمان وينقضى ، وقد عرض أصحاب المذاهب فى الفقه الإسلامى تلك القضية [انقضاء الضمان فى الفقه الإسلامى] متناثرة فى مواضع متعددة من كتبهم ، ومنهم من توسع فيها ، ومنهم من ضيق فى الكلام عنها ، وتلك الأمور التى ينقضى بها الضمان تختلف فى الضمان الشخصى عنها فى الضمان المالى ، فالأول [الضمان الشخصى] ينتهى بما يأتى :

أولا - تسليم المضمون عنه : سواء كان هو الذى سلم نفسه أم الضامن هو الذى سلمه .

ثانيا : الإبراء .

ثالثا - موت المضمون عنه .

رابعا - موت الضامن .

وأما الثانى [الضمان المالى] فإنه ينقضى بما يأتى :

أولا - الأداء أو ما هو فى معنى الأداء [مثل الهبة والصدقة] .

ثانيا . الإبراء أو ما في معنى الإبراء] مثل الحوالة ، والصالح بأداء بعض الحق وإسقاط الباقي أو بمعاوضة (.

ثالثا . اتحاد الذمة^(١) والمقاصة^(٢) .

رابعا . فسخ الدين المضمون أو إبطاله] إذا كان الضمان في عقد بيع بضمان ما في ذمة المشتري ، أو بتسليم المبيع ، أو عقد إجارة^(٣)] وموت المدين مفلسا ولم يكن ثمة كفيل أو رهن^(٤) .

(١) اتحاد الذمة : يكون بالميراث ، فإذا كان زيد مدينا لأخيه الشقيق بكر بمبلغ ألف دينار مثلا ، ثم مات بكر الدائن ، وليس له وارث إلا أخوه زيد ، فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين ، وبذلك يكون زيد مدينا ودائنا لحلوله محل الدائن المورث ، فإذا طالب بالدين ، فهو إنما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه ، وذلك لاتحاد الذمة ، فيسقط الدين وينقضي لعدم الفائدة في المطالبة . الموسوعة الفقهية : (١٤٠/٢١) .

(٢) المقاصة إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه ، وذلك بأن تشغل ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء ، فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار ، فإن تفاوتتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة ، فنكون المقاصة في القدر المشترك ، ويبقى أحدهما مدينا للآخر بما زاد . الموسوعة الفقهية : (١٣٩/٢١، ١٤٠) .

(٣) ومن أمثلة ذلك هلاك العين المنتفع بها ، وفوات المنفعة المقصودة منها في إجارة الأعيان ، حيث تسقط الأجرة عن المدة المتبقية ، وتبرأ ذمة المستأجر منها ، وإن كان قد عجل شيئا منها ، فله استرداد ما عجله زائدا على أجرة المدة السابقة على هلاك العين . السابق نفسه (١٤٠/٢١) .

(٤) وذلك عند الحنفية الذاهبين إلى سقوط الدين في أحكام الدنيا عن المدين إذا مات مفلسا ، ولم يكن هناك كفيل بالدين ، أو رهن قبل الموت . قال ابن عابدين : " إن الدين يسقط عن الميت المفلس ، إلا إذا كان له كفيل حال حياته أو رهن " . حاشية بن عابدين : (٣١٢/٥) . ومن هنا لم تصح عندهم كفالة دين الميت المفلس بعد وفاته . وخالفهم في ذلك سائر الفقهاء للأحاديث الدالة على بقاء الدين عليه بعد موته . راجع الكلام عن الضمان عن الميت . ص : (٢٦٢) وما بعدها من هذا البحث .

خامسا- بطلان الضمان .

ويشترك الضمان الشخصى مع المالى فى ذلك إذا كان المضمون بنفسه مطلوبا من أجل سداد شىء مالى فى ذمته للمضمون له .

وبيان ذلك يأتى فى مبحثين اثنين :

المبحث الأول : انتضاء الضمان الشخصى فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : انتضاء الضمان المالى فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

انقضاء الضمان الشخصي في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

انقضاء الضمان الشخصى فى الفقه الإسلامى

عند الحنفية :

أما انقضاء كفالة النفس [الضمان الشخصى] بالنسبة للكفيل فإنه يتم - كما يقول الكاسانى - بثلاثة أمور يبينها ، فيقول : " وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء : إحداها تسليم النفس إلى الطالب : وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه فى موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضى ؛ لأن التسليم فى مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد ، وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضى ، فإذا حصل المقصود ينتهى حكمه فيخرج عن الكفالة . ولو سلمه فى صحراء أو برية لا يخرج لأنه لم يحصل المقصود ولو سلم فى السوق أو فى المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم فى مجلس القاضى أما إذا أطلق فظاهر لأنه يتقيد بمكان يقدر على إحضاره مجلس القاضى بدلالة الغرض وكذا إذا قيد لأن التسليم فى هذه الأمكنة تسليم فى مجلس القاضى بواسطة . والثانى الإبراء : إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة ؛ لأن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس . وقد أسقط المطالبة عنه بالإبراء فينتهى الحق ضرورة ، ولا يكون هذا الإبراء للأصيل ؛ لأنه أسقط المطالبة عنه دون الأصيل . ولو أبرأ الأصيل برئاً جميعاً ؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل ، وقد بطل الضمان بالإبراء ، فينتهى حكم الكفالة . والثالث موت المكفول بنفسه ؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل ، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل ، والله عز وجل أعلم " (١) .

(١) بدائع الصنائع : (١١/٦ ، ١٢) . وانظر تفصيل ذلك أيضاً فى العناية شرح

الهداية : (١٦٨/٧ - ١٧١) .

ويضيف السرخسي أمرا رابعا وهو موت الضامن ، فإن مات الكفيل بطلت الكفالة ؛ لأن تسليم الكفيل المطلوب [المكفول] بعد موت الكفيل لا يتحقق منه ، ولا تتوجه المطالبة بالتسليم على ورثته ؛ لأنهم لم يكفلوا له بشيء ، وإنما يخلفونه فيما له لا فيما عليه : ألا ترى أن من عليه القصاص إذا مات لا يخلفه وارثه فيما عليه ، وكذلك لا يبقى باعتبار تركته بعد موته لأنه إنما يبقى باعتبار التركة بعد الموت ما يمكن استيفاؤه من التركة ، والكفالة بالنفس لا يمكن استيفاؤها من المال ؛ فلهذا لا يبقى باعتبار التركة ^(١) .

أما انقضاء كفالة النفس [الضمان الشخصي] بالنسبة للمكفول ، فعنها يقول السرخسي : ولو كفل مسلم بنفس مرتد في دين عليه ، فلحق بدار الحرب ، أو ارتد بعد الكفالة ، ولحق كان الكفيل على كفالته ، فإن كانت امرأة فسيبت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال ؛ لأنها حين سيبت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الإحضار . وتوضيحه أنها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت ، وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ، ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين ، فإذا أداه رجع به فيما تركت في دار الإسلام ؛ لأنه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها ، فإن لم تكن قد تركت شيئا ، وأدى الكفيل ذلك ثم عثقت يوما ، لم يتبعها من ذلك بشيء ؛ لأن السبي أبطل عنها كل دين ، فإن نفس المسي تتبدل بالاسترقاق من صفة المالكية إلى المملوكية ، والدين لا يجب على المملوك إلا شاعلا لماليتة ، وهذا الدين حين وجب لم يكن شاعلا لشيء سوى الذمة ، وقد تعذر إيقاؤه بتلك الصفة ؛ فلهذا سقط عنها ^(٢) .

(١) راجع المبسوط : (١٦٥/١٩) .

(٢) راجع السابق نفسه : (٣٣، ٣٢/٢٠) .

عند المالكية :

يرى مالك (رحمه الله) أن الضامن إن تكفل لرجل
برجل إلى أجل ، فأتى به إلى ذلك الأجل ، لا يكون عليه شيء ^(١) .

ويوافقه المالكية في أن الضامن يبرأ بتسليم المضمون ،
فإن تكفل برجل أو بنفسه أو بوجهه أو بعينه إلى أجل ، ولم يذكر
مالا ، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل مليا أو معدما برئ ^(٢) .

جاء في الشرح الكبير : أن الضامن يبرأ بتسليمه
المضمون للمضمون له في مكان يقدر على خلاصه منه ، وإن
[كان ذلك] بسجن : بأن يقول له : صاحبك في السجن ، فعليك به ،
أو بتسليمه نفسه [أي المضمون] للمضمون له إن أمره الضامن
بالتسليم ؛ لأنه يصير بأمره كوكيله ، فإن لم يأمره به أو سلمه أجنبى
بغير أمره لم يبرأ ^(٣) .

عند الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن الكفيل يبرأ بتسليم المكفول بنفسه
أو تسليم وكيله في مكان التسليم المتعين ، وإن لم يطالبه به بلا حائل
بينه وبين المكفول له ^(٤) .

هذا ولو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له
في تركته ، فإن مات المكفول له ، فلا [أى لا تبطل الكفالة] ويبقى
الحق لورثته ^(٥) .

(١) راجع المدونة : (٩٦/٤) .

(٢) انظر التاج والإكليل : (٥٨/٧) .

(٣) راجع الشرح الكبير : (٣٤٤/٣ ، ٣٤٥) . و عليه حاشية الدسوقي .

(٤) راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : (٤٤٩/٤ ، ٤٥٠) .

(٥) راجع السابق نفسه : (٤٥٣/٤) .

ولو تكفل ببدن ميت صح ، أو [ببدن] حي فمات ، بطلت الكفالة (١) .

عند الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أنه لو تكفل اثنان بواحد ، صح . وأيهم قضى الدين برئ الآخران ؛ وإن سلم المكفول به نفسه ، برئ كفيلاه ؛ لأنه أتى بما يلزم الكفيلين ، وهو إحضار نفسه ، فبرئت ذمتها ، كما لو قضى الدين . وإن أحضر أحد الكفيلين ، لم يبرأ الآخر ؛ لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تتحل الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما ، أو انفك أحد الرهنيين من قضاء الحق . وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه ؛ لأنه أصل لهما ، فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه ، برئ فرعاه ، وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر ، فلم يبرأ ببراءته . ولذلك لو أبرئ المكفول به برئ كفيلاه . ولو أبرئ أحد الكفيلين برئ وحده ، دون صاحبه (٢) .

فإن مات ، برئ المتكفل ، وبيانه أنه إذا مات المكفول به ، سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء . وبهذا قال شريح والشعبي (٣) وحماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه . وحكى

(١) المنثور في القواعد الفقهية : (٣٧٣/٣) .

(٢) راجع المغنى : (١٠٣/٧ ، ١٠٤) . والإنصاف : (٢١٧/٥ ، ٢١٨) . مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى : (٣٢٢ ، ٢٢١/٣) .

(٣) عامر بن سراحيل الشعبي ، أبو عمرو ، ثقة مشهور ، فقيه فاضل ، قال مكحول : ما رأيت أفقه منه ، ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان ؓ (ببيع عثمان ؓ بالخلافة سنة (٢٤) هـ) توفى عامر سنة (١٠٤) هـ . انظر طبقات الشيرازي (ص ٨٢) والتقريب (٣٨٧/١) وأسد الغابة : (٤٨٩/٣) .

ذلك عن ابن شريح ؛ لأن الكفيل وثيقة بحق ، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره ، فلزم كفيله ما عليه ، كما لو غاب . ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به ، فبرئ الكفيل ، كما لو برئ من الدين (١) .

عند الزيدية :

تسقط الكفالة بعد ثبوتها — عند الزيدية — بوجوه ستة :
 اثنان يختصان بكفالة الوجه ، وأربعة تعم كفالة المال والوجه . أما الأول (كفالة الوجه) (٢) : [فالوجه الأول] هو إذا مات المكفول بوجهه سقطت الكفالة بموته ، وبرئ الكفيل . وكذا إذا مات الكفيل . فإذا فر المكفول به فعلى الكفيل إحضاره ، وإلا حبس حيث يمكنه إحضاره ولو بعد مكانه ، أو دخل دار الحرب ، أو كان فى يد ظالم أو فى حبسه فإنه يتخلص منه بما أمكنه ، فإن لم يمكنه قط أو لم يعلم موضعه خلى الكفيل ، وإذا أمكنه التسليم بعد ذلك لزمه .
 والثانى [الآخر] تسليمه نفسه حيث يمكن خصمه الاستيفاء منه ولو فى غير موضع التكفيل ، فإذا سلم المكفول به نفسه إلى المكفول له برئ الكفيل ، بشرط أن يقول : سلمت نفسى عن الكفيل لجواز أنه سلم نفسه لغرض آخر .

هذا وقد نقل الإجماع صاحب البحر الزخار على أن الضمان الشخصى [كفالة النفس] يسقط بموت المكفول به ، وذلك لتعذر إحضاره (٣) .

(١) راجع المغنى : (١٠٥/٧) . ومطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى :

(٣١٨/٣ ، ٣١٩) . والفروع : (٢٥٠/٤ ، ٢٥١) . والإنصاف : (٢١٥/٥) .

(٢) سيأتى ذكر الآخر [الضمان المالى] فى المبحث الثانى [الأخير من هذا الفصل] .

(٣) انظر البحر الزخار : (٧٣/٦) .

عند الإمامية :

يرى الإمامية أنه إذا تكفل رجلان برجل ، فسلمه أحدهما ، لم يبرأ الآخر ، ولو قيل بالبراءة كان حسنا ، ولو تكفل لرجلين برجل ، ثم سلمه إلى أحدهما ، لم يبرأ من الآخر ، فإذا مات المكفول ، برئ الكفيل . وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه (١) .

عند الإباضية :

يرى الإباضية أن من كفل لأحد بنفس رجل إلى أجل فمات الرجل أو غاب ، فليس عليه إلا نفسه ؛ إذ لا قدرة له على إحيائه وإحضاره (٢) .

ومعلوم أنه لا يلحق وارث الضامن [الذى برئ بموت المضمون عنه] شئ بعد ذلك إذا مات الضامن ، وإن مات المضمون عنه بعد موت الضامن فقد برئ وارث الضامن أيضا (٣) .

الراجع :

كما هو معلوم - مما سبق عرضه - أن المذاهب الإسلامية قد اختلفت فى هذه المسألة توسيعا وتضييقا ، والذى ترتاح له النفس أن الضمان الشخصى ينتهى بما يأتى :

١ - تسليم النفس إلى الطالب : وذلك بالوضع المتفق عليه ، والذى يمكنه من أخذ حقه منه .

(١) راجع شرائع الإسلام : (٩٨/٢) .

(٢) راجع شرح النيل و شفاء العليل : (٤٧٦/٩) .

(٣) انظر السابق : (٥٥٥/١٣) .

٢- الإبراء : بأن يبرئ المضمون له الضامن من إحضار المضمون عنه ، فيسقط الضمان في حق الضامن ، وتبقى المطالبة في حق المضمون نفسه ، فلا يبرأ ، فإن أبرأ الطالب المضمون عنه كان إبراء له وللضامن .

٣- موت المكفول بنفسه : فإن الضامن يبرأ من الضمان ما لم يكن الضمان متعلقا بمال في ذمة المضمون ، فإذا كان متعلقا بمال ، فإن الضامن - في الراجح عندي - لا يبرأ ؛ لأنه يجب على الضامن غرم ما عليه إذا مات مفلسا. أما إذا ترك مالا فعلى ورثته سداد ، ولا يعفى الكفيل من الكفالة ؛ لأن " الزعيم غارم " ، وحيث إن الضامن وثيقة بحق ، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين [وذلك بموته كما هو الحال معنا] استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره ، فلزم ضامنه وهذا قول الحكم ومالك والليث وحكى ذلك عن ابن شريح ، ومما ينقضى به الضمان الشخصي .

٤- الأجل ، فإن تكفل ضامن لرجل برجل إلى أجل ، فأتى به إلى ذلك الأجل ، ولم يأت الطالب في الأجل المضروب لم يكن على الضامن شيء ، وإن لم يستلمه الطالب ؛ لأنه قد اشترط في الضمان بداية أن يكون إلى أجل معين ، وضرب موعدا للتسليم ، وكان التخلف من صاحب الحق (المضمون له) فيتحمل نتيجة غيابه . فهو كذلك مما ينقضى به الضمان الشخصي .

٥- موت الضامن : فإن كان مما له علاقة بالمال بقى الضمان في حق الورثة ؛ لأن الغنم بالغرم ، وقد قال النبي ﷺ : " الزعيم غارم " ولكنه ينتهى في حق الضامن بالموت ، وإن كان ضمان نفس انقضى الضمان تماما بلا خلاف أعلمه .

٦- الأسر والسبى على تفصيل : فلو ضمن ضامن نفس مرتد فى دين عليه ، فالحق بدار الحرب ، أو ارتد بعد الضمان ولحق بدار الحرب كان الضامن على ضمانه إذا كان قد ترك مالا يستوفى منه ، فإن لم يكن قد ترك مالا ، وقد وقع اليأس من عودته ينتهى الضمان ، ولا يكلف الضامن بإحضاره على كل تقدير (أعنى سواء كان فى ذمته مالا أم لا) ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ ^(١) فإن كانت امرأة فسببت بطل الضمان عنها نفسا لا مالا ؛ لأنها حين سببت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الضامن ما التزم من إحضارها . ولكن الضامن مأخوذ بقضاء ذلك الدين ، فإذا أداه رجع به فيما تركت فى دار الإسلام ؛ لأنه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها ، إن كانت خلفت شيئا قبل السبى ، فإن لم تكن قد تركت شيئا لم يرجع بشيء ، وهذا خلاصة ما أنتهى إليه مما ذهب إليه أصحاب المذاهب الثمانية فى الفقه الإسلامى .

(١) سورة البقرة : من الآية (٢٨٦) .

المبحث الثاني

انقضاء الضمان المالي في الفقه الإسلامي

المبحث الثانى

انقضاء الضمان المالى فى الفقه الإسلامى

عند الحنفية :

يرى الحنفية أن الكفيل بالمال يخرج عن الكفالة بأحد أمرين يتفرع تحتها أمور أخرى ، وبيانه كما يأتى :

أحدهما : أداء المال إلى الطالب ، أو ما هو فى معنى الأداء : سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل ؛ لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء ، فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال الكفيل أو الأصيل ؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء ، وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل ؛ لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة .

والثانى : الإبراء وما هو فى معناه : فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة ، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل ، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل إنما عليه حق المطالبة ، فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته ، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة ؛ لأن المطالبة بالدين ، فأما إبراء الكفيل فإبراءه عن المطالبة لا عن الدين ، إذ لا دين عليه ، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل ، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة ؛ لأن حكم الكفالة حق المطالبة من الكفيل فإذا سقط تنتهى إلا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد [أى على الكفيل بالإبراء] وكذا الهبة منه أو التصدق عليه ، وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد [أى على

الأصيل بالإبراء [والهبة منه والتصدق عليه ، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لأن البراءة فيها معنى التملك والتمليك لا يحتل التعليق بالشرط . ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة [أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف] وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله ؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعا عند عامة مشايخنا ، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة ، وإبراء الكفيل والأصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا ، وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة ؛ لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا . وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى ؛ لأن الصلح على جنس المدعى إسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الإبراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الإبراء ، وكل ذلك يخرج عن الكفالة ، غير أن في حالين يبرأ الكفيل والأصيل جميعا وفي حال يبرأ الكفيل دون الأصيل . أما الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والأصيل جميعا : إحداهما أن يقول الكفيل للطالب : صالحتك من الألف على خمسمائة على أنى والمكفول عنه بريئان من الخمسمائة الباقية ، ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار : إن شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الأصيل ، وإن شاء أخذها من الأصيل ، والثانية أن يقول : صالحتك على خمسمائة مطلقا عن شرط البراءة أصلا ، فالدين واحد فإذا سقط عن الأصيل سقطت المطالبة عن الكفيل . وأما الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الأصيل فهي أن يقول الكفيل للطالب

صالحتك على أنى برئ من الخمسمائة ، والطالب بالخيار : إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل ، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الأصيل خمسمائة ، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح بأمره (١) .

وقد جاء فى المبسوط : أن الطالب إذا قال للكفيل : قد برئت إلى من المال الذى كفلت به من فلان ؛ فهذا إقرار بالقبض والكفيل أن يرجع به على المكفول عنه ؛ لأن الإبراء متعد من المطلوب إلى الطالب ، وكذلك الحوالة ، وإذا قال : أبرأتك لم يكن هذا إقرارا بالقبض ، وللطالب أن يأخذ الذى عليه الأصل ؛ لأنه أضاف الفعل إلى نفسه متعديا إلى المطلوب ، وذلك إنما يكون بإسقاط الدين عنه . ولو قال : برئت من المال ولم يقل : إلى فهذا إقرار بالقبض في قول أبي يوسف - رحمه الله - لأنه وصفه بالبراءة فينصرف إلى ذلك السبب المعهود ، والسبب المعهود الإيفاء وعند محمد - رحمه الله - هو بمنزلة قوله : أبرأتك [أى لم يكن هذا إقرارا بالقبض] لأنه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الأدنى أولى [والأدنى أنه ليس إقرارا بالقبض] ألا ترى أن الحاجة إلى الرجوع على الأصيل لا تثبت بالشك . والتحليل بمنزلة الإبراء [مثل أن يقول أنت فى حل من مالى الذى عندك إذا كان الأصيل ، أو الذى ضمننت إذا كان الكفيل] فالمال الذى يراد به الدين يوصف بالتحليل وذلك بمنزلة الموضوع من الديون ، فمتى حله أسقط حقه عن ذلك أصلا ، فكأنه قال : لا حق لى فى مالك ، ولو قال له هكذا

(١) راجع بدائع الصنائع : (١١/٦ ، ١٢) .

[يعنى لا حق لى فى مالك] كان إبراء مطلقا ، فهذا [يعنى التحليل من الدين] كذلك ^(١) .

هذا ويبطل المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء ، فإذا كفّل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه ، فاستحق المبيع من يده ؛ برئ الكفيل من المال ؛ لأنه باستحقاق المبيع انفسخ البيع ، وبرئ الأصل من الثمن ، وبراءة الأصل منه توجب براءة الكفيل ؛ لأن الكفيل يلتزم المطالبة التى هى على الأصل ، ولا تبقى المطالبة على الأصل بعد استحقاق المبيع ، فكذاك على الكفيل ، وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بإقالة ^(٢) أو بخيار شرط أو خيار رؤية أو بفساد البيع ؛ لأن الأصل يبرأ عن الثمن بهذه الأسباب ^(٣) .

وعن انفساخ الكفالة يقول السرخسى : " وإن كفّل المولى [السيد] عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسحا للكفالة ، وذلك لا يسقط الدين عن الأصل . ألا ترى أن قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصل ، فكذاك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصل ، وهذا بخلاف الهبة من الكفيل ؛ لأن الهبة تمليك فلا يمكن تصحيحه إلا بتحويل الدين إلى ذمة الكفيل ؛ فلهذا يسقط عن الأصل ، فأما الإبراء فإسقاط محض ، وإسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح ، فكان إبراء الكفيل إسقاطا للمطالبة عنه ، فيبقى المال على الأصل بحاله ، وإن أبرأ العبد برئا جميعا ؛ لأن

(١) راجع المبسوط : (٩٢، ٩١/٢٠) .

(٢) الإقالة هى رفع عقد البيع وإزالته . راجع القاموس الفقهي : ص : (٣١٢) .

(٣) راجع المبسوط : (٩٦/٢٠) .

إبراء الأصل إسقاط لأصل الدين ، وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة " (١) .

انتهاء كفالة الدين بالمقاصة :

إن الدين المكفول يسقط بالمقاصة ، فحينما يكون للأصيل على الكفيل دين مثل الذي أداه ، فلا يرجع عليه بما أدى ؛ لأنه بأداء الدين قد التقى الدينان قصاصا ، إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضا ، فلا يفيد ، فيسقطان جميعا (٢) .

جاء في درر الحكام : " إذا باع الأصل من المكفول له مالا في مقابل دينه يبرأ الكفيل من الكفالة المالية كما يبرأ الأصل من الدين ، كما إذا باع الأصل مالا من جنس الدين من المكفول له ووقع التقاض يبرأ الكفيل من الكفالة كما يبرأ الأصل من الدين " (٣) .

نص الحنفية على أنه إذا كان لكفيل المدين دين على الدائن [المضمون له] من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصا من غير رضاها . وإن كان من غير جنس الدين المكفول فلا يلتقيان قصاصا ، إلا بتراضى الدائن مع كفيل المدين ، لا مع المدين (٤) .

(١) راجع المبسوط : (١٨/٢٠) .

(٢) راجع بدائع الصنائع : (١٣/٦) .

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام : (٨٣٢/١) م (٦٥٩) .

(٤) راجع الموسوعة الفقهية : (٣٣٩/٣٨ ، ٣٤٠) .

انتهاء كفالة الدين باتحاد الذمة^(١):

يرى الحنفية أنه إذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ، ثم مات الطالب ، والمطلوب وارثه ، لم يكن له على الكفيل شيء ؛ لأن المطلوب ملك ما في ذمته بالميراث فسقط عنه ، وبرأته توجب براءة الكفيل^(٢) .

عند المالكية :

يرى مالك (رحمه الله) أن المضمون عنه إذا وفى الدين قبل أن يحكم السلطان عليه جاز له ذلك ، ويبرأ من المال ، ولا يكون عليه غرم^(٣) .

فالمالكية يرون أن الغريم [المضمون عنه] إن دفع ما عليه برئ وبرئ الحميل ، وإن دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم^(٤) .

جاء في منح الجليل : أن المضمون عنه إن برئ من الدين [وهو الأصل] بدفع الدين الذى عليه لمستحقه ، أو هبته له ، أو إبرائه منه ، أو موته مليا والطالب وارثه^(٥) ، أو إحالة على دين

(١) اتحاد الذمة يعنى الميراث . سبق توضيح ذلك ص : (٤٢٥) .

(٢) راجع المبسوط : (١٣٢/٢٠) . وراجع أيضا رد المحتار على الدر المختار : (٣١٧/٥) .

(٣) انظر المدونة : (١١٣/٤) .

(٤) راجع المنتقى شرح الموطأ : (٨٨/٦) .

(٥) وهو ما يسمى باتحاد الذمة .

ثابت لازم^(١) - برئ منه الضامن ؛ لأن طلبه فرع ثبوت الدين على المضمون ، لا يثبت عكسه : أى لا يلزم من براءة الضامن براءة المضمون عنه ، فإن أسقط رب الدين الضمان عن الضامن ، أو وهبه الدين ، أو أخذه منه لعدم المضمون أو غيبته ، أو كان الضمان مقيدا بمدة وتمت ، والمضمون حاضر ملئ^(٢) برئ الضامن دون المضمون [عنه]^(٣) .

ويرى بعض المالكية أن المضمون عنه قد يبرأ ببراءة الضامن : أى كما إذا أدى الضامن فإن كلا منهما يبرأ بدفعه^(٤) .

كما أن الرجل إذا أسلف رجلا دينارا إلى أجل ، وأخذ به حميلا ، فلما حل الأجل جعل [أى المضمون له والمضمون عنه] الدينار فى عشرة أرادب إلى الغلة ، فلقى الحميل ، فقال قد برئت نمتك من الدينار الذى تحملت لى به ، وأشهد على البراءة ، ثم رجع فقال : هذا مكروه [عنده] ولم أعلم ، وتعلق بالحميل - فليس له أن يرجع على الحميل ، وقد برئ من الحماله^(٥) .

وينقضى الضمان بالبطلان كما لو باع ذمى سلعة لذمى بخمر أو خنزير ، وضمنه ذمى فأسلم الضامن ، فلا يلزم الضامن حينئذ شيء . ولو فات المبيع الفاسد ولزم فيه القيمة ، أو فسدت

(١) وهو ما يسمى بالمقاصة ؛ لأنه - وإن كان فيه إحالة - يسقط (أى الدين المكفول) فلا يأخذ الطالب دينه المكفول ، ولا يأخذ الكفيل أو المدين ما له من دين ثابت لازم ، وهو الدين المحال عليه ، وبذلك يسقطان مقاصة .

(٢) أى قادر على الأداء .

(٣) انظر منح الجليل شرح مختصر خليل : (٢١٦/٦ ، ٢١٧) .

(٤) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣٣٧/٣) .

(٥) انظر مواهب الجليل : (١١٠/٥) .

الحمالة شرعا بأن حرمت - بطل الضمان : بمعنى أنه لا يعتد به فأراد بفسادها الفساد الشرعي ، وهو عدم موافقة الشرع ^(١) .

وقد ذهب المالكية أيضا إلى أن حرمة الضمان تبطله ، وبذلك ينقضى ، فالحمالة بالجعل حرام ، ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلاً على حمالته ، فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الحمالة ورد الجعل ، فإن لم يعلم بذلك فالحمالة لازمة والجعل مردود ، ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالقرض . ولو دفع دافع دينارا في دينارين إلى أجل وأخذ بهما حميلاً فالحمالة ساقطة ، وكذلك كل حمالة بأمر فاسد ، فإن لم يعلم الحميل بذلك فالحمالة ساقطة ، وإن علم لزمته في دينار من الدينارين وبطل الربا . فوجه ذلك أن الحمالة إنما تعلقت بأحد عوضى عقد البيع ، وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد ، فإذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه ، ووجب أن تبطل الحمالة لما بطل ما تعلقت به ، ومن باع طعاماً من مبيع قبل قبضه وأخذ به حميلاً ، فإن الحمالة ساقطة ، ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به [حيث يجب قبض السلعة قبل بيعها ، وقبل إنشاء حمالة بسببها] فبطلت الحمالة ^(٢) .

انتهاء كفالة الدين بالمقاصة عند المالكية :

قال المالكية : " ومنها ^(٣) أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله ، فأما إذا كان فلا يرجع ؛ لأنه إذا أدى الدين التقى

(١) انظر الشرح الكبير للدردير : (٣/٣٤٠ ، ٣٤١) . وعليه حاشية الدسوقي .

و راجع أيضا شرح مختصر خليل للخرشي : (٦/٣٠ ، ٣١) .

(٢) راجع المنتقى شرح الموطأ : (٦/٨٤) .

(٣) أى من المواضع التى يحق للضامن الرجوع فيها على المضمون عنه .

الدينان قصاصاً ، إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصل لثبت للأصل أن يرجع عليه أيضاً ، فلا يفيد فيسقطان جميعاً " (١) .

عند الشافعية :

يرى الشافعي - رحمه الله - أن الضامن لو ضمن عن الأول [الأصل] بأمره ، ثم ضمن عن الضامن ضامن بأمره - فجائز ، فإن قبض الطالب حقه من الذي عليه أصل المال ، أو أحاله برئوا جميعاً ، ولو قبضه من الضامن الأول رجع به على الذي عليه الأصل وبرئ منه الضامن الآخر ، وإن قبضه من الضامن الثاني رجع به على الضامن الأول ، ورجع به الأول على الذي عليه الأصل . ولو كانت المسألة بحالها فأبرأ الطالب الضامين جميعاً برئاً ، ولا يبرأ الذي عليه الأصل ؛ لأن الضمان عند الشافعي ليس بحوالة ، ولكن الحق على أصله ، والضامن مأخوذ به (٢) .

جاء في معنى المحتاج : " ولو أبرأ المستحق [المضمون له] الأصل [المضمون عنه] من الدين برئ الضامن منه ؛ لسقوطه ، ولا عكس : أي لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصل ؛ لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن [لا يسقط أصل الدين] . نعم يبرأ معه من بعده من الملتزمين [يعني من بعده من الكفلاء] ؛ لأنه فرعه فيبرأ ببراءته دون من قبله " (٣) .

وجاء في حاشيتي قليوبى وعميرة : أن صاحب الدين لو أبرأ الأصل من الدين ، وكذا لو أدى الأصل إليه دينه ، وإن أحال به أو اعتاض عنه [أعطاه عوض دينه من المعاوضة] ، أو نحو

(١) شرح مختصر خليل للخرشى : (٢٧/٦) .

(٢) انظر الأم : (١١٨/٩) .

(٣) معنى المحتاج : (٢١٦/٣) .

ذلك ، برئ الضامن وإن تعدد عن الأصل ، أو عن بعضهم [يعنى تعدد الضامين] ؛ لأنهم كلهم فروع الأصل ، وقد حصلت براءته (١) .

انتهاء كفالة الدين بالمقاصة عند الشافعية :

يرى الشافعية أنه إذا كان على شخص دين لآخر وله عليه مثله ولم يقع بينهما مقاصة ، فهل تكون ذمتها معلقة وإن تعدت المقاصة بأن كان بينهما مسافة طويلة ذات مفاوز أم تبرأ ذمتها للتعذر ؟ والجواب أنه إذا كان الدينان المذكوران فيها نقدين واتفقا جنسا وحلولا وصفة سقط أحدهما بالآخر بلا رضا ، بخلاف ما إذا اختلفا فى الجنس أو الصفة ، كصاح ومكسرة ، أو الحلول والتأجيل ، أو فى قدر الأجل ، وإن كانا غير نقدين أو أحدهما نقدا والآخر عرضا ، فلا تقاص وإن تراضيا ، ولا فرق فيما ذكر بين أن تطول المسافة بينهما أو تقصر (٢) .

عند الحنابلة :

يرى الحنابلة أن الضامن إن ضمن ضامنا آخر ، فقضى أحدهم الدين ، برئوا جميعا . فإن قضاه المضمون عنه ، لم يرجع على أحد ، وقد برئوا جميعا (٣) .

فإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه ، برئت ذمة الضامن . لا نعلم فيه خلافا ؛ لأنه تبع ، ولأنه وثيقة ، فإذا برئ

(١) انظر حاشيتى قلوبى و عميرة : (٤١٣/٢) .

(٢) راجع الفتاوى الفقهية الكبرى لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي :

(٧٩/٣) طبعة دار الفكر ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م . بدون رقم الطبعة .

(٣) راجع المغنى : (٩٢/٧) .

الأصيل زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ؛ لأنه أصل ، فلا يبرأ بإبراء التبع ؛ ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصيل منها ، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه (١) .

فإذا مات المدين ، فأبرأه رب الدين ، فلم تقبل ورثته برئ مع كفيله (٢) .

وإذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة [يقصد الضمان الشخصي (٣)] برئ ؛ لأنه حقه ، فيسقط بإسقاطه ، كالدين . وإن قال : قد برئت إلى منه ، أو قد رددته إلى برئ أيضا ؛ لأنه معترف بوفاء الحق ، فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان . وكذلك إذا قال : برئت من الدين الذي كفلت به . يبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به . ولا يكون إقرارا بقبض الحق . وهذا قول محمد بن الحسن . وقيل : يكون إقرارا بقبض الحق ، فيما إذا قال : برئت من الدين الذي كفلت به . والأول أصح ؛ لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق ، بإبراء المستحق ، أو موت المكفول به . فأما إن قال للمكفول به : أبرأتك عما لي قبلك من الحق . أو برئت من الدين الذي قبلك . فإنه يبرأ من الحق ، وتزول الكفالة ؛ لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله . وإن قال : برئت من الدين الذي كفل به فلان . برئ ، وبرئ كفيله (٤) .

(١) راجع المغنى : (٨٧/٧) . وانظر شرح منتهى الإرادات : (١٢٤/٢) .

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٧٩/٣) .

(٣) فإن الحنابلة - كما سبق - يطلقون مصطلح " الضمان " على ضمان المال [الضمان المالي] ، و " الكفالة " على ضمان النفس [الضمان الشخصي] .

(٤) انظر المغنى : (١٠٦/٧) .

ولو زال العقد : بأن انفسخ البيع الذى ضمن فيه الثمن ، أو انفسخت الإجارة ، وقد ضمن الأجرة ، برئ الضامن بغير خلاف نعلمه (١) ؛ لأنه تبع له ، والضمان وثيقة ، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة " (٢) .

عند الزيدية :

تسقط الكفالة بعد ثبوتها — عند الزيدية — بوجوه ستة — كما سبق ذكره فى المبحث السابق — : اثنان يختصان بكفالة الوجه وأربعة تعم كفالة المال والوجه ، وقد سبق ذكر ما يخص كفالة النفس فى ذلك المبحث ، وأما الوجوه الأربعة المشتركة بين كفالة الوجه [النفس] والمال فى إسقاط الضمان فيهما بأحد هذه الوجوه الأربعة فهى : الأول بسقوط ما عليه ، فإذا سقط ما على المضمون عنه بإبراء أو إيفاء أو صلح أو نحو ذلك سقطت الضمانة . الثانى حصول شرط سقوطها : مثال رجل تكفل بنفس رجل أو بما عليه ، يسلمه إليه فى يوم كذا فى سوق كذا ، إذا حضر المكفول له ، فإن لم يحضر فلا حق له على الكفيل ، ولا يحق له مطالبته فإنه إذا تخلف ولو لعذر كمخافة طريق ونحوها فقد برئ الكفيل ؛ لحصول شرط سقوطها ، وسواء حضر الكفيل والمكفول به أم لا . والثالث أن يبرئ المكفول له الكفيل من الكفالة أو يصلحه فيبرأ بالإبراء أو الصلح عنها : مثال ذلك أن يقول : أبرأتك عن الكفالة ، أو صالحتك عنها أو أبرأتك عما كفلت به ، أو صالحتك من هذا المال على ثلثه أو نصفه ، فإنه يبرأ سواء كان كافلاً بالوجه أو بالمال . وإذا صالح الكفيل بالوجه عن كفالته برئ من الكفالة ، ولا يلزم ما صالح به ولا

(١) الكلام للبهوتى صاحب كشف القناع .

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع : (٣/٣٦٤) .

يحل للمكفول له ؛ لأن الكفالة حق ولا يلزم ولا يصح أخذ العوض على الحق كالشفعة إلا أن يجعل المصالحة أو الإبراء مشروطا بحصول العوض ، فإنه لا يبرأ إلا مع حصول الشرط ، وهو شرط تسليم ذلك العوض . ولا يبرأ الأصل ببراءة الضامن حيث لم يقصد إسقاط دينه إلا في الصلح عن المال لا عنها [يقصد الكفالة] إذا صالح الضامن بمالٍ أو بدنٍ المضمون له ، فإنه يبرأ الأصل معه ؛ لأن الصلح وقع من أصل الدين ، إن لم يشترط في المصالحة بقاؤه على ما كان عليه ، فإن شرط بقاء الأصل ، فإن الأصل لا يبرأ حينئذ من البقية ، وإنما يبرأ بقدر ما سلم الكفيل . والرابع أنها تسقط باتهابه ما ضمن [بأن يهبه إياه] وكذا سائر التمليكات : أي إذا اتهب الضامن من المضمون له ما ضمن به فوهبه له ، أو تصدق به عليه ، أو ملكه بأي وجه — صح ذلك وسقطت الكفالة سواء كانت بالوجه أو بالمال ^(١) .

عند الإمامية

يرى الإمامية أن المضمون له لو أبرأ المضمون عنه ، لم يبرأ الضامن على قول مشهور [عندهم] ويشترط فيه الملاءة ، أو العلم بالإعسار أما لو ضمن ، ثم بان إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان [وبذلك ينقضى] والعود على المضمون عنه ^(٢) .

وإذا كان للمضمون له على رجلين مال ، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ، تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه ، ولو قضى أحدهما ما ضمنه برئ ، وبقي على الآخر

(١) راجع النتائج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٢/٤ — ١٤٥) . وانظر تفصيل ذلك

أيضا في البحر الزخار : (٧٣/٦ ، ٧٤) .

(٢) راجع شرائع الإسلام : (٨٩/٢) .

ما ضمنه عنه ، ولو أبرأ الغريم [المضمون له] أحدهما ، برئ مما ضمنه دون شريكه (١) .

عند الإباضية :

ذهب الإباضية إلى أن الحميل يبرأ من الحمل إن أوفى المحمول عنه للمحمول له دينه (٢) .

وإذا أبرء المحمول له : سواء كان المحمول له الأول أم حميلاً محمولاً له [بأن تحمل له آخر ، فأصبح مضموناً له وهو ضامن] محمولاً عنه : سواء كان المحمول عنه الأول أو كان محمولاً عنه حميلاً من دين بأن تصدق به على المحمول عنه ، أو يهبه ، أو يقول : أنت في حل منه ، أو بريء منه ، أو تركته لك ، أو ليس ذلك ديناً عليك ، ولا تباعة عليك ، أو تركته لك زكاة ، أو في حق من حقوق الله ، كل ذلك داخل في لفظ الإبراء ، وما بعده في لفظ الإبراء داخل في الحكم بالقياس (٣) .

والذي أميل إليه - بعد هذا العرض المفصل - أن الضمان المالي ينقضي بأحد أمور بيانها كما يأتي :

الأول : الأداء (الإيفاء) أو ما هو في معنى الأداء (مثل الهبة والصدقة) .

الثاني : الإبراء أو ما في معنى الإبراء (مثل الحوالة ، والصلح ...) . والذي اتفقت عليه المذاهب - فيما عدا الإمامية في قول مشهور عندهم - أن إبراء الأصل (المضمون عنه)

(١) راجع السابق نفسه : (٩٢/٢) .

(٢) راجع شرح النيل و شفاء العليل : (٤٤٧/٩) .

(٣) راجع السابق نفسه : (٤٧٨/٩) .

إبراء للضامن ، ولكن إبراء الضامن ليس إبراء للأصيل ، لأن الأول (الضامن) فرع والأخير (المضمون عنه) أصل ، والأصل يسد مسد الفرع ، ولا يصح العكس (أى لا يسد الفرع مسد الأصل) .

قال ابن قدامة : إن أبرأ صاحب الدين (المضمون له) المضمون عنه [الأصيل] ، برئت ذمة الضامن . لا نعلم فيه خلافا ؛ لأنه تبع ، ولأنه وثيقة ، فإذا برئ الأصيل زالت الوثيقة . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ؛ لأنه أصل ، فلا يبرأ بإبراء التبع ؛ ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصيل منها ^(١) .

الثالث : اتحاد الذمة والمقاصة : أما اتحاد الذمة فيكون

بالميراث : أى بأن يرث المضمون عنه المضمون له ، فينقضى الضمان تماما بأوال المضمون به إليه ، ويبرأ الضامن كذلك من الضمان ؛ لأن المضمون به قد وصل إلى صاحبه ، ومعلوم أن الإيفاء يبرئ الضامن والمضمون عنه اتفاقا ، وأما لو ورث الضامن المضمون له فإن الضمان ينتهى فى حقه هو ، ولا ينقضى فى المضمون عنه ، وهذا فى غاية الوضوح . وأما المقاصة : فتكون بسقوط دين الدائن (المضمون له) فى مقابل ما عليه من دين للمدين (المضمون عنه) ، ويكون ذلك قصاصا .

الرابع : فسخ الدين المضمون أو إبطاله (إذا كان الضمان فى

عقد بيع بضمان ما فى ذمة المشتري ، أو بتسليم المبيع ، أو عقد إجارة ...) وموت المدين مفلسا ، ولم يكن ثمة كفيل أو رهن .

(١) راجع المغنى : (٨٧/٧) . وانظر شرح منتهى الإرادات : (١٢٤/٢) .

الخامس : بطلان الضمان : مثل أن يكون الضمان حراما فحرمة تبطله ، وبذلك ينقضى ، مثل أن يكون متضمنا ربا ، فلو دفع دافع جنيها إلى أجل واتفق مع المدين على أن يرده جنيهين ، وأخذ بهما ضامنا ، فالضمان باطل ، وببطلانه ينقضى .

ويشترك الضمان الشخصى مع المالى فى ذلك ، إذا كان المضمون بنفسه مطلوبا من أجل سداد شئ مالى فى ذمته للمضمون له .

السادس : حصول شرط سقوط الضمان : مثل رجل تضمن نفس رجل ؛ ليؤدى ما عليه ، فيسلمه إليه فى يوم كذا فى مكان كذا ، فإذا حضر المضمون له وقع الشرط وتحقق المطلوب ، فإن لم يحضر فلا حق له على الضامن ، ولا يحق له مطالبته ، حتى وإن كان تخلفه لعذر كمخافة طريق ونحوها ؛ وعليه فقد برئ الضامن ؛ لحصول شرط سقوط الضمان ^(١) .

(١) راجع بالإضافة إلى المراجع السابقة : الضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف : ص (٢٩٠—٢٩٨) . طبعة دار الفكر العربى بالقاهرة . بدون بقية البيانات .

الفصل السادس

انقضاء الضمان فى القانون المدنى المصرى

المبحث الأول : انقضاء الكفالة بطريق تبعى

المبحث الثانى : انقضاء الكفالة بطريق أصلى

الفصل السادس

انقضاء الضمان في القانون المدني المصري

تمهيد

تتقضى الكفالة [الضمان] بطريق تبعي إذا انقضى الدين المكفول ، ولما كانت الكفالة تابعة لهذا الدين ، فإن انقضاءه يستتبع انقضاءها ، وتتقضى الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين ، دون أن ينقضى الدين المكفول ، وسيتم شرح كل طريق على حده ، وسيأتى ذلك في مبحثين اثنين ^(١) :

المبحث الأول : انقضاء الكفالة بطريق تبعي

المبحث الثاني : انقضاء الكفالة بطريق أصلي

(١) راجع تفصيل الكلام عن هذه القضية في الوسيط (١٠/٢١٣-٢٥٨) .

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بطريق تبعية

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بطريق تبعية

ينقضى الدين المكفول بنفس أسباب انقضاء أى دين ، فإذا انقضى الدين لأى سبب تنقضى الكفالة ؛ لأن التابع لها يبقى بغير الأصل ، وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتخاذ الذمة والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم ، وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله فتزول الكفالة ، وبيان كل نوع كما يأتى :

١- **انقضاء الدين المكفول بالوفاء** : فقد يفى المدين بالدين المكفول للدائن فتنتهى الكفالة ، وقد يحجز الدائن على أموال المدين ، وتبقى تلك الأموال سداد الدين المكفول ببيعها ، حتى وإن هلك المال قبل تسليمه للمشتري ؛ لأن ضامن الهالك هو المدين ، وليس الدائن لأنه هو المشتري ، فتنتهى الكفالة ، وإذا رفض الدائن الوفاء وعرضه المدين عليه عرضاً حقيقياً ، وأودعه ، أو صدر حكم نهائى بصحة هذا العرض ، فإنه يقوم مقام الوفاء ، ويجوز للمدين أن يرجع فى هذا العرض ، إذا لم يقبله الدائن ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحة ، وهذا لا يعتبر وفاء ، ولا تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الرجوع منه ، أما إذا رجع المدين فى هذا العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحة ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، فتبرأ ذمة الكفيل بنص المادة (١/٣٤٠ ، ٢) مدنى مصرى^(١)

(١) نصها : " ١- إذا عرض المدين ، واتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته ، وإذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى ذمة الضامنين . ٢- فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين " . القانون المدنى : ص (٧٧) .

وإذا كان الوفاء باطلا لا تبرأ ذمة الكفيل ، وكذلك في حالة الوفاء من الغير ، فيحل محل الدائن ، فيرجع الموفى على المدين بما وفاه للدائن ، ولا تبرأ ذمة الكفيل سواء كان الكفيل متضامنا أو غير متضامن مع المدين .

٢- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل: نصت المادة :

(٧٨٣) مدنى مصرى على أنه " إذا قبل الدائن أن يستوفى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ، ولو استحق هذا الشيء" (١) .

قد يتفق المدين والدائن على أن ينقل له ملكية شيء آخر ، فتبرأ ذمة المدين ، وكذا ذمة الكفيل بنقل الملكية ، ويكون هذا تعديلا في محل الدين ، فيكون مزيجا من التجديد والوفاء ، ويصبح دينا جديدا يحل محل الدين القديم ، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بانقضاء الدين الأصلي بمقابل عن طريق التجديد ، وكذلك بنقل ملكية الشيء الذى تم الوفاء بمقابله ، فإن الوفاء بمقابل يُبرئ ذمة الكفيل نهائياً ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل .

٣- انقضاء الدين المكفول بالتجديد: تنقضى الكفالة بالتجديد

بأن يحدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن ، أو تغيير المدين ، أو تغيير الدين فى محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضى ، و تنقضى تبعاً له الكفالة ، ويحل محله دين جديد ، ولا تنتقل إليه تأميناته التى كانت تكفل الدين المكفول ، إلا إذا نص القانون على ذلك ، أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى ذلك ، ولا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام فى

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٨) .

حساب جار وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب ، وتم إقراره كما نصت المادة (٣٥٥) مدنى ^(١) ، ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد " التجديد " إلا إذا رضى بذلك الكفيل أو المدينين المتضامنين [المدين القديم والجديد] كما نصت المادة : (٣٥٨) مدنى ^(٢) ، ولا يكفى اتفاق الدائن والمدين على الدين الجديد ، بل لابد من رضاء الكفيل ، فحتى يضمن الكفيل الدين الجديد لابد من رضائه ، وتكون كفالة جديدة ، ولابد أن تكون نية التجديد واضحة وصريحة ، لا تفترض ، أو تستخلص بوضوح من الظروف ، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٥٤) مدنى ^(٣) .

٤- **انقضاء الدين المكفول بالمقاصة** : وهو أن يكون ثمة دين للمدين فى ذمة الدائن ويحدث مقاصة الدينين : الدين الذى فى ذمة الدائن مقابل الدين المكفول فتتقضى الكفالة ، ولا تعد مقاصة إذا كان للكفيل دين فى ذمة الدائن ولا تتقضى به الكفالة ، وفى حالة نزول المدين فى الدين المكفول عن المقاصة ، فإن الدين يعود ولا تعود الكفالة ؛ لأن الكفيل قد تخلص من الكفالة منذ انقضى الدين المكفول بالمقاصة . وهناك حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة

(١) نصها : " ١ — لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار ٢ — وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتم على غير ذلك . القانون المدنى المصرى : ص (٨٠ ، ٨١) .

(٢) نصها : " لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى الكفلاء والمدينون المتضامنون " . السابق نفسه : ص (٨٢) .

(٣) نصها : " التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف " السابق نفسه : ص (٨٠) .

نصت عليه المادة : (٣٦٩) مدنى: أنه " إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك - إضراراً بالغير - بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق " ^(١) وهنا فى حالة علم المدين بوجود دين له فى ذمة الدائن ، وفى الدين المكفول دون التمسك بالدين الذى يقاس به ، فهنا يعتبر نزولاً ضمناً ؛ لعدم تمسكه بالحق فى المقاصة ، وتبرأ ذمة الكفيل وتتقضى الكفالة ، وللمدين الرجوع على الدائن بما دفع بغير حق ، وفى حالة عدم علم المدين بأن له حق يقاس به فى ذمة الدائن ، ولم يتمسك به لعدم علمه وحسن نيته ، فهذا لا تقتضى به الكفالة ، إلا إذا تمسك به الكفيل وأثبتته ، ويكون حق المدين فى ذمة الدائن باقياً بماله من تأمينات كالكفالة .

٥- **انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة** : بأن يرث الكفيل الدائن بوفاة ، فإنه يرث الدين المكفول ، فتبرأ ذمة الكفيل ، لأنه أصبح دائناً ، وحل محل الدائن ؛ وعليه فإن الكفالة تقتضى ، فإذا زال اتحاد الذمة اعتبر كأن لم يكن وعاد الوضع كما هو عليه طبقاً لنص المادة (٢/٣٧٠) مدنى ^(٢) ، أما إذا مات الدائن ، وورثه الكفيل ، وانقضت الكفالة بصفة أصلية ، فبهذا لا ينقضى الدين الأصلى ، وطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته ، وإذا مات المدين وورثه الكفيل انقضت الكفالة ، فإذا أدى الكفيل الدين للدائن أداه باعتباره مديناً أصلياً لا باعتباره كفيلاً ؛ لأنه لو أداه باعتباره كفيلاً فلا يجوز الرجوع على نفسه باعتباره مديناً ، إلا إذا كان هناك

(١) القانون المدنى المصرى : ص (٨٤ ، ٨٥) .

(٢) نصها : " وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " . السابق نفسه : ص (٨٥) . راجع الوسيط (٩٣/١٠) .

كفيل للكفيل نفسه ، فهنا إذا عجز الكفيل الأصلي الذى أصبح مديناً أصلياً ، فللدائن أن يرجع على الكفيل الآخر بصفته كفيلاً للكفيل الذى أصبح مديناً بالرغم من اتحاد الذمة بين الكفيل والمدين الذى توفى .

٦- انتضاء الدين المكفول بالإبراء : ينقضى الدين المكفول

وتتقضى معه الكفالة فى حالة إبراء الدائن المدين من الدين المكفول ، وقد صرحت بذلك المادة (٣٧١) مدنى ^(١) أن الإبراء يتم ويحدث أثره إذا وصل علم المدين ويرتد برده ، فإذا رد المدين الإبراء جاز للكفيل أن يطعن على هذا الرد بالدعوى البوليصية ^(٢) ، ولا يسرى هذا الرد فى حقه ، وتبرأ ذمته نهائياً من الكفالة ، فتبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين ؛ لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين فإذا زال الأصل زال التبع ، ويستثنى من ذلك إبراء الدائن المفلس فإنه لا يبرئ الكفيل ، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين ، أما إبراء ذمة الكفيل فإنه لا يبرئ ذمة المدين الأصلي ، فمعلوم أنه لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه ، وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، فله مطالبة باقى الكفلاء كلا حسب ما كفله من الدين إذا كانوا غير متضامين ،

(١) نصها : " ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده " القانون المدنى المصرى : ص (٨٥) .

(٢) هى دعوى يرفعها الدائن ضد المدين لتصرف الأخير فى أمواله أو فى بعض منها تصرفاً ينطوى على غش إضراراً منه بالدائن ، ويشترط فيها بالنسبة للدائن أن يكون حقه مستحق الأداء سابقاً على تصرف المدين ، وقد نظمها القانون المدنى المصرى فى المواد (٢٣٧ - ٢٤٣) راجع دروس فى أحكام الالتزام للدكتور فتحى عبد الرحيم عبدالله : (١١٢/٢ - ١٢٧) طبعة دار بور سعيد للطباعة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٧ م . بدون رقم الطبعة .

وله الرجوع على أى منهم بعد استئزال حصة الكفيل الذى أبرأ ذمته إذا كانوا متضامنين ، هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فإذا كانت كفالته متأخرة عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزوا حصته ، بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر ، إذا كانوا غير متضامنين ، أو على أى منهم إذا كانوا متضامنين ، ورجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبرئت ذمته بمقدار حصته ، بشرط أن تكون كفالته سابقة لكفالتهم ، أو مقارنة لها ، وإذا تصالح الدائن مع المدين وتضمن الصلح نزولاً من الدائن عن جزء من الدين فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح فلا يضمن إلا فى باقى الدين بعد خصم القيمة المتنازل عنها .

٧- انقضاء الدين المكفول به باستحالة التنفيذ : فإذا كانت

استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (١) انقضت الكفالة بانقضاء الدين ، أما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فإن محل الدين يتحول إلى تعويض ، ولا تبرأ ذمته ، وكذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، بل يبقى كفيلاً للتعويض أما إذا كانت الاستحالة بسبب يرجع للكفيل فإن ذمة المدين تبرأ من الدين ؛ لأن فعل الكفيل يعتبر سبباً أجنبياً له ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسؤولاً عن خطئه كمدين أصلى نحو الدائن .

(١) هو السبب الذى لا يكون للمدين دخل فيه ، ويؤدى إلى هلاك الدين مثل عاصفة أو حرب أو بركان أو غير ذلك .

٨- انقضاء الدين المكفول بالتقادم^(١) : إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم^(٢) تنقضى به الكفالة حتى وإن كان التزام الكفيل لم ينقض بالتقادم ، والغالب أن يسرى التقادم على الدين الأصلي فى الوقت الذى يسرى فيه على التزام الكفيل ، وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي بالتقادم ، وقد ينقضى الدين الأصلي ولا تنقضى الكفالة إذا كانت بعد نشوء الدين ، أو حدد لالتزام الكفيل أجل أبعد من الأجل الذى حدد لالتزام المدين ، ويتقادم الدين الأصلي دون التزام الكفيل [الكفالة] ويتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الدين الأصلي ، وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل وحتى إن كان بدء سريان التقادم واحداً قد ينقضى للمدين دون الكفيل فى حالة قطع التقادم للكفيل دون المدين الأصلي ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ولا يتقادم التزام الكفيل ، و كذلك يحدث أن يتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم الدين الأصلي للمدين فإن قطع التقادم يكون للمدين الأصلي دون الكفيل ، ويتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل ، حتى ولو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم ، فإن نزل عنه جاز للكفيل أن يتمسك به طبقاً للقانون مادة

(١) التقادم فى القانون : يعنى مضى أكثر من خمسة عشر عاماً على عدم المطالبة بالدين ، ما لم يتخذ إجراء قاطع لمدة التقادم مثل المطالبة بالدين بطريق رسمى . راجع الوسيط (١٠٣٤/٣) .

(٢) لا يعتبر التقادم من أسباب انقضاء الدين شرعاً ؛ لأن الحق ثابت لاصق بذمة من عليه الدين لمن هو له ، لا يسقطه تقادم الزمن مهما طال .

(١/٣٨٧) مدنى ^(١) وذلك عن طريق الدعوى البوليصية باعتباره دائئاً للمدين الأصلي كما نصت المادة (٣٨٨ / ٢) مدنى ^(٢) .

٨- انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو إبطاله : قد يزول الدين بفسخ العقد الذى أنشأه فيصبح كأن لم يكن ، وبالتالي تصبح الكفالة كأن لم تكن : كأن يضمن كفيل التزام المشتري بدفع الثمن ، فيفسخ العقد فيزول ولا تعود الكفالة بعد أن زالت إلا بعقد جديد ، وقد تنتضى بأن يكون عقد الكفالة معلقاً على شرط فاسخ ، ويتحقق هذا الشرط الفاسخ ، فتنتضى الكفالة وتزول ؛ لزوال الدين الأصلي المكفول .

-
- (١) نصها : " لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائئيه ، أو أى شخص له مصلحة فيه ، ولو لم يتمسك به المدين " . القانون المدنى المصرى: ص (٨٩) .
- (٢) نصها : " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل — ولو ضمناً — عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائئين إذا صدر إضراراً بهم " . السابق نفسه : ص (٩٠) .

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة بطريق أصلي

المبحث الثانى

انقضاء الكفالة بطريق أصلى

تتقضى الكفالة دون الدين بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

أولاً : انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام :

أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول : فقد ينقضى التزام الكفيل دون الدين المكفول ، بأن يقوم الكفيل نفسه بأداء الدين للدائن ، فينقضى التزام الكفيل دون الدين المكفول ، فيبقى فى ذمة المدين لصالح الكفيل، وقد ينقضى التزام الكفيل بأسباب أخرى وهى :

١- انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة : ينقضى التزام الكفيل دون المدين بأن يرث الكفيل الدائن وتتحّد الذمة المالية للكفيل ، وينقضى التزام الكفيل والكفالة ، وقد يرث الكفيل المدين فيرث دينه ، وينقضى التزام الكفيل والكفالة دون الدين ، وإذا مات الكفيل وورثه المدين ، ينقضى التزام الكفيل دون الكفالة ، وأما إذا كان للكفيل كفيل آخر ، فلا ينقضى التزام الكفيل ولا الكفالة ؛ لأن هناك كفيلاً آخر للكفيل الذى مات برغم اتحاد الذمة .

٢- انقضاء التزام الكفيل بالإبراء : إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة ينقضى التزام الكفيل دون الدين المكفول بخلاف إبراء الدائن المدين [فإنه ينقضى التزام الكفيل والدين المكفول] ، وفى حالة إبراء الدائن أحد الكفلاء ، فلا تبرأ ذمة الباقيين ، وتجوز مطالبة كل منهم فيما يخصه من الدين المكفول ، إذا كانوا غير متضامين ، وله الرجوع على أحدهم إذا كانوا متضامين .

٣- انقضاء التزام الكفيل بالتقادم : قد ينقضى - كما سبق من قبل - التزام الكفيل بالتقادم دون تقادم الدين الأصلي ، كأن يقطع مدة التقادم بالنسبة للدين الأصلي دون التزام الكفيل ، فينقضى التزام الكفيل بالتقادم دون انقضاء الدين الأصلي المكفول بالتقادم ، وعندئذ تنقضى الكفالة بانقضاء التزام الكفالة .

ثانياً : أوجه خاصة تنقضى بها الكفالة دون غيرها : وهي ثلاثة أوجه :

١- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات مادة (٧٨٤) مدنى : "١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢- ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ، ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون " (١) وهذا يتطلب التعرض لبحث خمس نقاط وهي :

أ - الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم : حيث يكون لكل كفيل متضامن أو غير متضامن الحق بالتمسك ببراءة ذمته ؛ لأن الدائن هو الذى ارتكب خطأ أضع عليه التأمينات الأخرى ، والكفيل الاحتياطى ، والكفيل فى شئون الجمارك ، والكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجريد والكفيل العينى (٢) ولا يحق للمدين المتضامن مع غيره من المدينين ، ولا الوسيط أن يتمسكوا ببراءة ذمتهم لخطأ ارتكبه الدائن ، أضع تأمينات أخرى .

ب - الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل : تبرأ ذمة الكفيل للخطأ الذى ارتكبه الدائن مما جعل حلول الكفيل محله فى ضماناته

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٨) .

(٢) هو الذى يكفل عينا متقومة كدار أو عقار أو غير ذلك .

مستحيلاً ، وقد كان من حق الكفيل أن يحل محله فى الضمانات التى أضاعها بخطئه ، وتبرأ ذمته بالقدر الذى أضاعه الدائن من ضمانات بخطئه ، ويرجع الأساس القانونى فى ذلك إلى القانون الرومانى .

ج . الخطأ الذى ارتكبه الدائن : فقد يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه إضعاف التأمينات التى له ، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء ، أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته ، أو أن يهمل فى اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان حقه ، أو أن يهمل فى تجديد قيد الرهن الرسمى كأن يبيع بثمن بخس القيم التى ارتتها ضماناً لحقه ، أو أن يتأخر فى استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم ، كذلك يكون مسئولاً إذا هو أنقص من قيمة العقار ، ولا يكون الدائن مسئولاً عن خطأ الغير ، ولا عن الخطأ الذى يرتكبه الكفيل ، حتى وإن اشترك معه الدائن .

د . الضمانات التى يضيعها الدائن بخطئه : فقد كان هناك رأى يقصرها على التأمينات الاتفاقية كالرهن الرسمى والرهن الحيازى ^(١) ، ولكن الرأى الغالب أنها تشمل أى تأمين حتى وإن كان تأميناً قضائياً كحق الاختصاص (وهو كل تأمين خصص لضمان الدين ، ولو تقرر بعد الكفالة) ، حتى التأمينات التى تستجد بعد قيام الكفالة ، وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون .

هـ . الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل : وهو أن يصيب الكفيل بخطأ الدائن ضرراً ، ويكون هذا الضرر محققاً ، وعلى الكفيل أن يثبت ذلك ، وتكون براءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر

(١) يقصد بالرهن الرسمى رهن العقار وتسجيله بجهة رسمية كالمشهر العقارى أو المحكمة . و أما الرهن الحيازى ، فهو حيازة الشيء المرهون دون رهنه رسمياً . راجع الوسيط (١٠/٢١٩ ، ٥٨٦) .

محقق وليس محتملا ، وله أن يتمسك به من أجل براءة ذمته ، بأن يرفع دعوى على الدائن ، أو أن يكون الدائن قد رفع عليه دعوى ، وله أن يتمسك ببراءة ذمته فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى حتى تحجز للحكم ، وحتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ولا يجوز له أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة النقض ، وألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل .

٢- براءة ذمة الكفيل لتأخير الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين :

نصت المادة (٧٨٥) مدنى على أنه : " ١- لا تبرأ ذمة الكفيل ؛ لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات ؛ أو لمجرد أنه لم يتخذها. ٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً " (١) .

وهنا يفترض أن يكون الدين المكفول قد حل ، وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة به ، أو أنه تأخر ، فهنا يكون من حق الكفيل أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات ، فإن لم يتخذها خلال ستة أشهر من الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً برأت ذمة الكفيل من الكفالة . ولبيان هذا الأمر فإنه يجب التطرق لعدة نقاط :

أ- لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ : إذا حل

الدين المكفول كان على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتخذها أو تأخر فى اتخاذها لا تبرأ ذمة الكفيل ؛ لأن للكفيل إذا حل الأجل الرجوع على المدين إذا وفى الدين حتى ولو مد الدائن الأجل للمدين دون رضا الكفيل .

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٨ ، ١٨٩) .

ب . وجوب إنذار الكفيل الدائن : فيجب على الكفيل عند حلول الأجل أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات ضد المدين ، حتى وإن أمد الدائن الأجل للمدين ولم يرضاه الكفيل ، إذ العبرة بوقت حلول الأجل الأصلي للدين المكفول ، ولا يعتد بالمدة التي تسبق الإنذار ، فإذا لم ينذر الكفيل الدائن عند حلول الأجل ، فليس على الدائن اتخاذ الإجراءات ، مع مراعاة ألا يسقط حق الدائن .

ج . ما يترتب على إنذار الكفيل الدائن : إذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ إجراءات ضد المدين ، وقام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، بأن قام برفع دعوى ضد المدين إذا كان الدين عرفياً ، أما إذا كان رسمياً بأن باشر إجراءات التنفيذ ضد المدين على أمواله ، فإن لم يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار برأت ذمة الكفيل من الكفالة ، وبذلك ينقضى عقد الكفالة بطريق أصلى ، وللمدين الحق فى أن يقدم ضماناً للكفيل قبل انقضاء ستة أشهر ، وللقاضى أن يقدر ما إذا كان الضمان الذى قدمه المدين للكفيل كافياً من عدمه ، فإذا كان كافياً وجب على الكفيل أن ينتظر الدائن حتى يتخذ الإجراءات ضد المدين ، فإذا أدى المدين الدين للدائن برأت ذمة الكفيل ، وإلا فعليه أن يستوفى حقه من الضمان ويسدد الدائن .

٣- عدم تقديم الدائن فى تفليسة المدين : نصت المادة (٧٨٦) مدنى على أنه : " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن " (١) .

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٩) .

* إفلاس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول : ففى حالة إفلاس المدين ، فعلى الدائن أن يدخل فى التفليسة ؛ ليحصل على حقه ، أو جزء منه ، ثم يعود ويطالب الكفيل بما تبقى له من دين ، وفى حالة عدم دخوله فى التفليسة يكون مقصراً ، ويستوجب على الكفيل أن يحمّله ما كان سيحصل عليه من التفليسة : سواء كان الدين بأكمله أو كان جزءاً منه ؛ لأن الكفيل لا يمكن له الدخول فى التفليسة إلا إذا قام بسداد الدين للدائن . وكذلك الحال إذا أعسر المدين فعلى الدائن التقدم للحصول على حقه أو جزء منه ، ثم يرجع على الكفيل بالباقى ، وإلا كان الدائن مسئولاً عن ذلك نحو الكفيل (١) .

(١) راجع بالإضافة إلى الوسيط (٢١٣/١٠ — ٢٥٨) الوافى فى شرح القانون المدنى (٢٠١/٣ — ٢١١) . وأحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين : (١/٤٤٤ — ٤٦٢) .

الفصل السابع

انقضاء الضمان بين الفقه والقانون

الفصل السابع

انقضاء الضمان بين الفقه والقانون

من الواضح أن القانون المدنى المصرى يوافق الفقه الإسلامى فى مجمل ما سبق من أمور ، وليس ذلك طبعاً لأنه صدره الأوحـد ، ولا حتى أحد مصادره ، ولكن الموافقة جاءت عفوية ؛ وربما يرجع ذلك إلى تأثير بعض تلك القوانين الوضعية بالفقه الإسلامى منذ أمد بعيد ، والذى يعنينا الآن هو بسط أوجه المقارنة بين الفقه والقانون فى قضية انقضاء الضمان ، ويمكن إيجاز تلك الأوجه فيما يأتى :

الوجه الأول : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى بالوفاء (الأداء) سواء كان الوفاء مالياً نقدياً أو كان وفاء بمقابل ، وأن ذلك يبرىء الضامن (الكفيل) والمضمون عنه (المكفول) معاً .

الوجه الثانى : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى بالتجديد بتغيير الدائن ، أو تغيير المدين ولكنه يختلف معه فى المسمى ، بأن ذلك إنما يكون بإحالة الدين على مدين آخر غير المدين الأصلى ، أو دائن آخر ، وهو ما يسمى بالحوالة ، وقد بين الفقهاء ذلك تفصيلاً كما سبق بيانه فى الفصل الخامس من هذا الباب .

الوجه الثالث : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى بالمقاصة ، ولكن القانون لا يعد من المقاصة أن يكون للكفيل دين فى ذمة الدائن فلا تنقضى به الكفالة ، ولكن الفقه الإسلامى يعد ذلك من المقاصة ، حيث يبرأ الضامن (الكفيل) من ضمانه ، ثم يرجع على المضمون عنه (المكفول

عنه) بما أدى ؛ لأنه بإسقاط دين الدائن فى مقابل ما عند الدائن يكون كالذى أدى الدين تماما ، فيحق له الرجوع ، ويعد ذلك من المقاصة .

الوجه الرابع : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى باتحاد الذمة (الميراث) .

الوجه الخامس : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى بالإبراء غير أن القانون قد استثنى حالة اعتبارها غير مبرئة للكفيل ؛ فإبراء الدائن المدين المفلس - فى القانون المدنى المصرى - لا يبرئ الكفيل ، بل يعتبر ذلك إهدارا لفائدة الكفالة ، حيث لا تظهر تلك الفائدة للكفالة إلا عند إفلاس المدين ، بينما يعتبر الفقه الإسلامى ذلك من الإبراء الذى يبرأ به الضامن ؛ لأن إبراء الأصل (المدين) إبراء للفرع وهو الضامن . كما سبق تفصيل ذلك فى الفصل الخامس من هذا الباب .

الوجه السادس : أنه قد ثبت فى الفقه الإسلامى أن الدين ينقضى باستحالة التنفيذ ، مثل المرأة التى قد سببت وعليها دين مضمون ، ولم تترك وفاء ، والضامن قد ضمن نفسها ، ونفسها قد آلت إلى العدو ، وليس إليها سبيل ، فإن الدين يسقط فى حقها ، ولكنه لا يسقط فى حق الضامن - على الراجح عندى - إلا إذا وقع هو الآخر فى الأسر مع اليأس من عودته ، فيكون بذلك قد انقضى الضمان تماما فى حق كليهما (الضامن والمضمون عنه) .

الوجه السابع : أما انقضاء الدين المكفول بالتقادم فى القانون ، فهذا من أوجه الاختلاف بين الفقه والقانون ؛ لأن الفقه الإسلامى لا يعتبر التقادم من أسباب انقضاء الدين شرعا ؛ لأن

الحق ثابت لاصق بذمة من عليه الدين لمن هو له ، لا يسقطه تقادم الزمن مهما طال .

الوجه الثامن : أن القانون يوافق الفقه الإسلامى فى أن الضمان (الكفالة) ينقضى بفسخ الدين المكفول أو إبطاله .

الوجه التاسع : أن القانون يخالف الفقه الإسلامى فى أن ذمة الكفيل تبرأ ، إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، حيث إن هذا التحديد بستة أشهر لا يعتد به إلا إذا كان موعداً مضروباً بين الكفيل (الضامن) والدائن (المضمون له) كما سبق بيانه فى بيان الراجح فى الضمان الشخصى والمالى فى الفصلين السابقين .

الوجه العاشر : أن القانون لم يتناول من قريب أو بعيد انقضاء الضمان الشخصى (كفالة النفس) وهذا من أعظم أوجه القصور العظيمة فى القانون الوضعى ، ولما لا وهو من وضع البشر غير مستندين فيه للتشريع السماوى .