

القسم الثاني

الكفالة - الديات
دراسة مقارنة

obeikandi.com

الكفالة

الكفالة اسم يدل على الضمان، تقول: كفلت بالمال وبالنفس كفلا وكفولاً من باب قتل، ووردت كذلك من باب ضرب وكرم والاسم الكفالة، وتقول: كفلت فلانا وكفلت به وكفلت عنه - إذا تحملت المال عنه - وتقول: كفلته كذا وأكفلته كذا إذا جعلته كفيلاً به - وتقول: تكفلت بالمال إذا التزمت به أو تحملت به - وتقول: كفلت الصغير إذا علّته وضممته من باب قتل - وتقول كفلته الصغير إذا ضممته إليه. وهو كفيل بالمال وهي كفيل به للرجل والمرأة على السواء، وقال ابن الأعرابي: يقال في ذلك كافل أيضاً مثل ضمين وضامن. وفرق الليث بينهما فقال: ضامن المال كفيل، والعائل كافل - المصباح، والأساس، والقاموس.

ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان الزعامة، وبابها قتل ونفع والقبالة كسحابة وبابها ضرب وقتل وسمع، والحمالة ككتابه وبابها ضرب، فيقال هو زعيم بالمال وقبيل به وحميل به - وكذلك يقال: هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به. قال الماوردي: غير أن العرف خصص الحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس، والضامن والضمين بالدين مطلقاً، أما القبيل والصبير فيعم الكل^(١).

وقد شاع عند كثير من الفقهاء كالشافعية والحنابلة والشيعة استعمال الضمان في ضمان الدين، والكفالة في كفالة النفس ولم يشع هذا عند الحنفية، ويسمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه والدين بالمكفول به أو المكفول.

تعريفها شرعاً

الكفالة نوعان كفالة بالمال، وكفالة بالنفس وتسمى الأخيرة كفالة البدن وكفالة الوجه والمراد منها - التزام إحضار الخصم أو الدلالة على مكانه، ومن الفقهاء من أضاف إلى النوعين السابقين نوعاً ثالثاً سماه الكفالة بالفعل ومثل له بكفالة الأعيان، لكننا

(١) نهاية المحتاج ج٤ ص٤١٨.

نرى أنها مندرجة في كفالة المال لأن العين المكفول تسليمها مال وسنين الكفالة بالنفس بعد بيان الكفالة بالمال.

الكفالة بالمال:

عمد الفقهاء إلى تعريفها بناء على حكمها وهو الأثر المترتب عليها فاختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في حكمها.

- ١- عرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق مع بقائه شاغلا للذمة الأولى.
- ٢- وعرفوها أيضا بأنها التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقائه شاغلا لذمته - شرح الدردير.
- ٣- وعرفها الحنابلة بأنها التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غيره مع بقائه في ذمته «كشاف القناع».
- ٤- وعرفها الزيدية بأنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين «البحر الزخار».

وهذه التعريفات الأربعة متحدة المعنى وجميعها مبنى على أساس واحد هو أن حكم الكفالة - أي الأثر المترتب عليها - عند أصحاب هذه التعاريف هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين، بمعنى أنها تصبح مشغولة به أيضا مع بقاء شغل الذمة الأولى به، ويترتب على ذلك صحة توجيه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلي على تفصيل سنبينه فيما يأتي:

- ٥- وعرفها أهل الظاهر بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى وإليه ذهب ابن أبي ليلى وعبد الله بن شبرمة وأبو ثور^(١).

- ٦- وعرفها الشيعة الجعفرية بأنها عقد شرع لنقل الدين من ذمة إلى أخرى غير مشغولة بمثله^(٢)، ويلاحظ أن الشيعة الجعفرية يخصصون هذا العقد باسم الضمان، أما اسم الكفالة فيطلقونه على الكفالة بالنفس.

والذمة عند غير المالكية وصف شرعى تثبت به الأهلية لوجوب الحقوق وتحمل الواجبات، أما عند المالكية فهي وصف شرعى تثبت به الأهلية لتحمل الواجبات، أما

(١) للحلى ج ٥ ص ١١٠ و ١١١.

(٢) المختصر النافع ج ١ ص ١٤٢، تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٢.

الدين فهو وصف شرعى يظهر أثره في المطالبة بمقتضاه، كما عرفه الغزالي. أو هو مال حكمى في الذمة. كما عرفه الزاهدى.

ومن هذا يرى أن أهل الظاهر والشيعة الجعفرية متفقون على أن ضمان الدين يترتب عليه نقله من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الضامن وصيرورة المدين الأصلي بريئا منه. قال ابن حزم في كتابه^(١) أنه يترتب على ضمان الحق سقوطه عن من كان عليه وانتقاله إلى ذمة الضامن حتى لا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق - وصله ذلك الحق من الضامن فانتصف منه أم لم ينتصف منه. وفي تحرير الأحكام للشيعة: أن المدين الأصلي يبرأ بالضمان ولا يجوز للمضمون له مطالبته.

والفريقان يشترطان في الضمان أن يكون الضامن غير مدين لمن ضمنه؛ وذلك لأن الضمان تبرع من الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض بتقبله نظير ذلك، كما يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل ما أحال به عليه حتى تكون هناك معاوضة بين الدينين: ما للمحيل قبل المحال عليه وما للمحال قبل المحيل فيسقط أحدهما بالآخر - وهذا ما يظهر من بيان الفريقين لمعنى الضمان والحوالة في كتابي «تحرير الأحكام والمحلى» لابن حزم. وعلى ذلك فنقل الدين من ذمة مشغولة به إلى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه كفالة.

وعلى ذلك يتضح الفرق بين الكفالة والحوالة عند من يرى أن الكفالة ينتقل بها الدين إلى ذمة الكفيل وتبرأ بها ذمة المكفول عنه.

٧- أما الحنفية فقد اختلفوا في تعريفها. فمنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين فيوافقون الجمهور في تعريفها بذلك، ومنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط لا في الدين. وهذا رأى انفرد به فريق من الحنفية. وقد ذكر الرايين السرخسى في مبسوطه، وصرح كما صرح غيره بأن أصح الرايين هو القول الثانى.

ومن هذا يتبين أن الفقهاء فى بيانهم لمعنى الكفالة قد اختلفوا فى أمرين:

أحدهما اختلافهم فى أنها ضم ذمة إلى أخرى أو أنها نقل للدين من ذمة إلى أخرى.

وثانيهما اختلافهم في بيان موضوع الضم على القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى، أهي ضم ذمة إلى أخرى في الدين أم ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة به فقط لا في نفس الدين.

فأما الأمر الأول فإن الذين ذهبوا إلى أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل فيصير بها الأصيل، وهم أهل الظاهر والشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم مستندهم في ذلك ما روى عن سلمة بن الأكوع قال: كنا عند النبي ﷺ فأتى بجنابة فقالوا: يا رسول الله صل عليها. قال: هل ترك شيئا؟ قالوا: لا. فقال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير. قال: صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلى دينه. فصلى عليه. رواه أحمد والبخاري والنسائي، وفي رواية للنسائي وابن ماجه أن أبا قتادة قال: أنا أتكفل به^(١).

فقد دل هذا الحديث على أن رسول الله ﷺ امتنع أن يصلى على المدين الذي توفي ولم يترك وفاء له، والظاهر أن سبب ذلك هو شغل ذمته بالدين مع عدم وجود وفاء له. وأنه ﷺ صلى عليه بعد أن كفله أبو قتادة. وذلك دليل اختلاف الحاليين - وليس بينهما اختلاف كما يظهر إلا بكفالة هذا الدين، وإذا لم يترتب على الكفالة براءته من الدين وصلاة الرسول ﷺ عليه بسبب براءة ذمته منه لم يكن بين الحاليين فرق ولم يظهر لامتناع الرسول ﷺ أن يصلى عليه قبل الكفالة ثم صلته عليه بعد الكفالة سبب - ويدل على ذلك أيضا ما جاء في بعض الروايات من قول أبي قتادة: الديناران^(٢) على. وأن النبي ﷺ قد أجابه عند ذلك بقوله: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت»، فقال أبو قتادة: نعم، فإن ذلك صريح في براءة ذمة المدين بكفالة الدين عنه.

أما الذين ذهبوا إلى خلاف ذلك، وأنها ضم ذمة إلى أخرى فهم فريقان: الجمهور وهم يرون أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين، ويتبع ذلك توجه المطالبة إلى الكفيل، كما هي موجهة إلى الأصيل. وفريق من الحنفية ذهبوا إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة فقط لا في الدين وسندهم جميعا في أنها للضم لا للنقل ما يأتي:

(١) راجع للحلى ج ٨ ص ١٠٨ من كتاب الحوالة ومن ١١١ من كتاب الكفالة.

(٢) يلاحظ أنه روى عن جابر مثل ذلك، وفي رواية أخرى أن الدين ديناران، وقد روى هذه الرواية أحمد وأبو داود والنسائي، ولعلها في حادثة أخرى فيكون لأبي قتادة في الكفالة عن الميت حادثان كما روى عن أبي سعيد الخدري حادثة مثل هذه، كان الضامن فيها عليا رضي الله عنه ورواهما الدارقطني والبيهقي.

روى عن جابر قال: توفي رجل ففسلناه وحططناه وكفناه ثم أتينا به النبي ﷺ فقلنا: تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف فتحملهما أبو قتادة فأتياه فقال أبو قتادة: الديناران على فقال النبي ﷺ: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» قال: نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران، قال أبو قتادة: إنما مات أمس - قال فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما فقال النبي ﷺ: «الآن بردت عليه جلده»، رواه أحمد. فقد جاء في الحديث أنه ﷺ قال بعد الوفاء: «الآن بردت عليه جلده». فكان ذلك دليلا على عدم براءة ذمته قبل الوفاء. وإذن فمعنى قوله ﷺ أولا في هذا الحديث «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت» - وقد صدر من رسول الله ﷺ قبل الوفاء كما يدل عليه ما جاء في الحديث بعد هذه العبارة - أن هذا الدين قد صار بكفالاته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفى وبرئ منه المدين كما في قوله تعالى ﴿أَتَىٰ أَمْرَ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ...﴾ [النحل]. أما امتناعه ﷺ من الصلاة قبل الكفالة وصلاته بعدها فلا يدل على براءة ذمته بالكفالة وإنما امتنع أولا بسبب أنه توفي ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى في وفاء دينه قبل وفاته تجنباً لذلك وبعدا عن الإضرار بالدائن فلما وجدت الوسيلة إلى الوفاء بالكفالة وانتفى بسببها الضرر بالدائن؛ صلى عليه، ومؤدى ذلك أن الرسول ﷺ أراد أن يحض المدينين على عدم الإضرار بالدائنين بعد أن أحسنوا بإدانتهم إياهم حين كانوا في حاجة إلى المال.

ومن هذا يتبين أن الكفالة إنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، وليس يبرأ بها المدين وأن الكفيل يصبح بسببها مطالبا بالدين. ومطالبتة بالدين دليل على شغل ذمته؛ لأن الدين كما تقدم وصف شرعى يظهر أثره في المطالبة بما يقتضيه فكانت مطالبة الكفيل بالدين واستيفاءه من أمواله مظهر شغل ذمته - وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية. ولكن الحنفية كانوا في ذلك فريقين: فريقا رأى رأي الجمهور وفريقا رأى أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط. وأيد الفريق الأول رأيه بأمرين: الأول أنه قد نقل عن الإمام وصاحبه صحة هبة الدين من الكفيل، وعندئذ يرجع به على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وليس يصح هبة الدين لغير المدين. فكانت صحة هبة الدين له دليلا على أنه مدين، كما نقل عنهم كذلك صحة شراء شيء من الكفيل بما كفل به من الديون، وذلك ما يعنى تمليك الدين له. ولا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين. الثاني أنه لو كانت الكفالة ضمنا لذمة إلى أخرى في المطالبة فقط كما يرى الفريق الآخر لسقطت الكفالة بموت الكفيل لعدم صلاحيته للمطالبة بعد الوفاء، ولم يؤخذ الدين من

تركته، كما في الكفالة بالنفس ولكنها لا تسقط بالموت، وإذا مات الكفيل أخذ الدين المكفول من تركته، فكان ذلك دليلا على أن ذمته تشمل به.

وأيد الفريق الآخر رأيه أولا: بأن الكفالة معناها الضم، وهي ضم ذمة إلى أخرى للتوثيق، ويكفي في التوثيق أن يكون الضم في المطالبة فقط، وليس يجوز أن يكون في الدين نفسه، وإلا لكان كل من الأصيل والكفيل مدينا وتعدد الدين بذلك فيصير للدائن دينان يستوفيهما من اثنين وهذا غير مقبول ولا يقول به أحد، وثانيا: اتفقهم على أن براءة الكفيل لا ترتد بالرد لأنها إسقاط للمطالبة وهو إسقاط محض، ولو كان الكفيل مدينا لارتدت براءته برده كالأصيل لما يكون فيها من معنى التملك، ويقول صاحب المبسوط أن هذا القول هو أصح القولين عند الحنفية.

وقد نوقش استدلال هؤلاء جميعا بما يأتي:

مناقشة أهل الظاهر:

نوقش استدلال أهل الظاهر والشيعة الجعفرية بأن امتناعه ﷺ أن يصلى على الميت المدين الذى لم يترك وفاء لدينه أولا ثم صلواته عليه بعد الكفالة بدينه لم يكن لشغل ذمته بالدين أولا ثم براءتها منه ثانيا وانتقاله إلى ذمة الكفيل. وإنما كان لإرادة حض الناس على أنهم إذا استدانوا وجب عليهم أن يكونوا حريصين على الوفاء والمسارة إليه حتى لا يفاجئهم الموت وليس عندهم وفاء فيتضرر بذلك الغريم الدائن وليس يحسن أن يكون ذلك جزاء تفضله وإحسانه بإعطاء المال وسد الغلة وتفريج الكربة؛ كما حدث لهذا الميت ولكن حين وجد السبيل إلى وفاء هذا الدين كفالة أبى قتادة وزوال الضرر بالغريم عند ذلك صلى عليه، وإذن لم تكن صلواته صلوات الله عليه أخيرا لبراءة ذمته بالكفالة بل لوجود وسيلة إلى الوفاء وزوال ضرر تسبب فيه هذا الميت وذلك مع بقاء شغل ذمته بعد الكفالة .. ويدل على ذلك ما فى الروايات الأخرى من أنه ﷺ قال بعد أن أوفى أبو قتادة الدين .. «الآن بردت جلديته» ولو برئت ذمته بالكفالة لبردت قبل ذلك الوقت - وأما قول أبى قتادة .. الديناران على كما جاء فى بعض الروايات فمعناه صارا مطلوبين منى وصرت ملتزما بهما ولا وفاء لهما إلا من ناحيتى لوفاة المدين مفلسا، وأما قوله ﷺ .. «قد أوفى الله دين الغريم وبرئ منه الميت» فالمعنى فيه كما تقدم بيانه أن هذا الدين - ولم يكن هناك سبيل إلى وفائه قبل الكفالة - قد صار بضمانه مطلوبيا من الكفيل وأصبح الكفيل ملتزما به على وجه التبرع لا رجوع له به على الميت، وبذلك وجد الدائن السبيل

إلى وفائه بعد اليأس منه فصار كأنه قد استوفاه وكان الميت قد برئ بذلك كما في قوله تعالى: ﴿أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ...﴾ [النحل]. وعلى ذلك يرى أن ليس فيما يستدل به هؤلاء ما يقطع بأن الدين يتنقل بضمانه من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

مناقشة الجمهور:

نوقش قول الجمهور: بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته - بأنه منقوض بمطالبة وكيل الشراء بضمن ما اشتراه لموكله مع الاتفاق على براءة ذمته منه وشغل ذمة الموكل بالضمن، ومطالبة الولى والوصى بدين من هو تحت ولايتهما مع عدم شغل ذمتهما به فوجدت المطالبة دون الدين كما يوجد الدين بدون المطالبة به عند تأجيله هذا والمطالبة مع أصل الدين مثلها مثل ملك التصرف مع ملك العين، فكما يجوز أن يفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق الولى والوصى، وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن، فكذلك يجوز أن يفصل حق المطالبة عن أصل الدين. وعلى هذا لا تكون مطالبة الكفيل بالدين دليل شغل ذمته به، كما نوقش أيضا استدلالهم بصحة الهبة للكفيل، والشراء منه بالدين المكفول به بأن مبنى ذلك هو اعتبار ذمة الكفيل مشغولة بالدين استحسانا، والحكم بصحة ذلك اعتمادا على توجيه المطالبة إليه غير أن هذا يلزمهم أن ينهوا هذا المذهب فى الوكيل بالشراء أيضا فهل نقل ذلك عنهم؟.

وقولهم: لو كانت الكفالة ضما فى المطالبة فقط لانتهت بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته، منقوض بالوكيل فى الشراء إذ هو مطالب بالضمن فقط وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين، وإذا توفى لا ينتهى التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه.

أما استنادهم إلى القياس على الكفالة بالنفس وانتهائها بموت الكفيل وعدم سقوط الكفالة بالدين بوفاء الكفيل فهو قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الكفالة بالدين واستلزامها المطالبة تستتبع حقا فى مال الكفيل فلم تسقط بوفاته، أما الكفالة بالنفس فهى مجرد التزام شخصى بالقيام بعمل فيسقط بموته.

مناقشة رأى فريق من الحنفية:

ونوقش استدلال من ذهب من الحنفية إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة فقط بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما جميعا، بل هو لا يزال دينا واحدا ولكنه يشغل ذمة

كل منهما، والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما فقط، وذلك كما في الغاصب وغاصب الغاصب إذا تلف المصوب في يد غاصب الغاصب، فإن المالك في هذه الحال لا يستحق إلا قيمة المصوب يأخذها من أحدهما وهو من يختاره منهما، إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب؛ لأن ذمة كل منهما أصبحت مشغولة بها لثبوت سبب الضمان في حق كل منهما - الغاصب بأخذه المال بدون حق - وغاصب الغاصب بسبب تفويته يد الغاصب التي هي في حكم يد المالك من وجه، إذ كان عليه أن يحفظ المال ويرده إلى صاحبه، فكان كالوديعة بالنسبة للمالك من هذه الناحية إذ غصبت منه الوديعة وهي في يده، ومع ذلك فإن المالك لا يستوفي القيمة إلا من أحدهما فقط، ولم يلزم من شغل ذمة كل منهما بها أن يكون له قيمتان يستوفيهما من الغاصب وغاصب الغاصب - وإذا استوفى من الغاصب رجع الغاصب بما يضمن على غاصب الغاصب، إذ قد ظهر بذلك أن غاصب الغاصب قد تعدى على ملك الغاصب فغصبه؛ وذلك لاستناد ملك الغاصب عند تضمينه إلى وقت تعديده.

وإن ضمن غاصب الغاصب لم يرجع على الغاصب لأنه إنما ضمن بفعله وتعديده فتحمل تبعة تعديده وليس يرد على ذلك أن يقال كيف يتصور أن يشغل الشيء الواحد محلين في وقت واحد فيشغل الدين ذمتين في وقت واحد؛ ذلك لأن ثبوت الدين في الذمة مجرد اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحكمية، ومجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقي، فجاز لذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلا لذمتين في وقت واحد أي متعلقا بكل منهما، وإنما يمتنع ذلك في الأعيان فلا يتصور فيها أن تشغل عين مكانين في زمن واحد - وللآخرين أن يقولوا أن قياس المدين والكفيل على الغاصب وغاصب الغاصب قياس مع الفارق فإن مطالبة كل من المدين والكفيل محلها حق واحد هو حق الدائن - أما مطالبة الغاصب وغاصب الغاصب فليس الأمر فيها كذلك، فإن الواقع أن ذمة الغاصب مشغولة بحق المصوب منه، وذمة غاصب الغاصب مشغولة في الواقع بحق للغاصب، وإذا طالبه المالك وإنما يطالبه على أساس هذا الحق، وكأنه احتال بماله لدى الغاصب من دين على غاصب الغاصب، وأما قولهم أن الكفالة لسببها قد شرعت للتوثيق ويكفي فيه أن يكون الضم في المطالبة فقط فليس بسليم إذ لا يلزم من كفاية الضم في المطالبة لتحقق التوثيق ألا تكون الكفالة ضما في الدين أيضا وذلك أقوى في إفادة التوثيق، ثم إن الاستدلال على جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين لا يستوجب تحقق ذلك فعلا في الكفالة إذ ليس كل جائز واقعا. هذا، والخلاف بين الحنفية في أنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين أو في المطالبة لا في الدين خلاف نظري لا يترتب عليه أثر عملي في الأحكام

- وذكر بعضهم أن له أثرا هو صحة تعليق براءة الكفيل على الشرط بناء على القول الأخير لأنها عليها إسقاط محض، وعدم صحتها بناء على القول الأول لما فيها من معنى تمليك الدين بناء عليه.

ومما تقدم يتبين أن ما استدل به هذا الفريق: أصحاب القول الأخير لا ينهض دليلا لهم، كما تبين أيضا أن استدلال الشيعة وأهل الظاهر لم يسلم أيضا لهم لما تبين من أن قوله ﷺ «قد أوفى الله الغريم حقه» ليس مرادا به حقيقته قطعا لما بينا، وأن مذهب الجمهور هو المذهب الذي يقوم عليه الاستدلال وهو المذهب الذي يتسق مع تعريف أبي حنيفة للدين من أنه الأداء الواجب في الذمة كما سبق بيانه، وإن كان الحنفية قد رجحوا القول الأخير - ولم يذكروا لذلك وجها سليما، ولعل مرادهم من هذا أن تعريف الكفالة على هذا الوضع أجمع لأنواعها بخلاف تعريفها على الوضع الآخر، فإنه لا يشمل إلا الكفالة بالمال، وقد نص على ذلك ابن عابدين في حاشيته في أول الكفالة وذكر أن الذي يظهر له هو اتفاقهم على أن الدين يشغل ذمة الكفيل كما يشغل ذمة الأصيل، ذلك لاتفاقهم على صحة الهبة للكفيل والشراء منه وليس يترتب على هذا الرأي أى محذور، وبخاصة إذا لاحظنا أنه متسق مع رأى الإمام في الدين، وعلى الجملة فإنه لم ينقل عن الإمام وصاحبه رأى صريح في أنها للضم في الدين أو في المطالبة؛ وليس ذلك إلا تخريجا ممن أتى بعدهم مستنبطا من الفروع وقد علمت أصح الاستنباطين.

أما القانون المدني المصري فقد عرفها في المادة ٢٧٢ بقوله: الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، وليس من شك في أن تعهد الكفيل بالوفاء بالتزام المدين يجعل ذمته مشغولة قانونا بهذا الالتزام وليس إلا الدين، وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء، وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور في أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين. أما القانون العراقي فقد عرفها أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام (١٠٠٨) وبذلك مال إلى ما رجحه الحنفية.

مشروعية الكفالة:

شرعت الكفالة بالكتاب حين أقرها في حكايته عن كفالة أحد أتباع يومف عليه السلام إذ قال: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ» (بالصواع) «حَمَلٌ بَعِيرٌ» أى من الطعام «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»

أى كفيل كما قال ابن عباس «وبالسنة وذلك بما روينا في ما مضى، وبما روى عنه عليه السلام أيضا أنه قال: الزعيم غارم».

ركن الكفالة؛

يتطلب وجود الكفالة وجود: كفيل، ومكفول له، ومكفول عنه، ومكفول به، وصيغة تحقق بها الكفالة. وقد ذهب أهل الظاهر والشيعة الجعفرية إلى أن الصيغة التي تحقق بها الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له وهو الدائن أو الطالب، وبناء على ذلك يكون من أركانها عندهم الإيجاب والقبول؛ ذلك لأن الكفالة في رأيهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، والدين حق للمكفول له ونقله من ذمة إلى أخرى تصرف فيه لا يتم إلا برضا صاحبه وإرادته، فكان من الواجب لتحقيق الكفالة رضاء المكفول له وقبوله، وكانت الكفالة كأي عقد من العقود التي تنشأ بين طرفين لا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، ولا يشترط في تمامها رضا المكفول عنه فتصبح ولو كرهها^(١).

وذهب أبو حنيفة ومحمد وكذلك أبو يوسف في أول رأى له إلى ما ذهب إليه هؤلاء من أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقبول. وإلى أن قبول المكفول له ركن فيها، ومبنى هذا القول عندهم أن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا في ذمة الكفيل، وإذا كانت كذلك وجب قبول المكفول له إذ لا يملك إنسان حقا رغم أنه فكانت لذلك كالبيع تفيد ملكا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، وبناء على رأيهم هذا لا تتم الكفالة بعبارة الكفيل وحده سواء أكفل بالمال أم بالنفس بل لابد من قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد لما صدر فيه من إيجاب بها فيكون فضوليا في هذا القبول، ويتوقف العقد حيثئذ على إجازة المكفول له إذا وصل إلى علمه ولا يجب أن يكون البادئ فيها هو الكفيل بل يجوز أن يبدأ المكفول له أو أجنبي عنه بأن يقول أكفل لى بدينى قبل فلان أو أكفل لفلان بدينه فى ذمة فلان فيقول الكفيل كفلت. وإذا قام مقام المكفول له أجنبي فتوقف العقد على إجازته جار للكفيل حيثئذ أن يخرج نفسه من الكفالة قبل إجازتها؛ لأن التزامه حيثئذ لم يتم، إذ يعتبر أنه قد صدر معلقا على قبول المكفول له، فإذا لم يحدث من المكفول له قبول كان التزاما لما يتم، فيجوز له أن

(١) تحرير الأحكام ج٢ ص٢٢١، والمحلى ج٨ ص١١١ وما بعدها.

يعدل عنه كما يجوز للبائع أن يعدل عن إيجابه قبل إجازة المشتري المبيع الذي باشره عنه الفضولي .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتم وتحقق بإيجاب من الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول من المكفول له ولا على قبول من المكفول عنه ولا على علمهما بها، ولا يشترط فيها رضاهما؛ ذلك لأنها مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفى ما وجب للمكفول له في ذمة المكفول عنه مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المكفول عنه، وذلك التزام لا معاوضة فيه ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارة وحده .

وهذا هو أصح الرأيين عند الشافعية وبناء عليه لا تتوقف على قبول المكفول له ولا على رضاه، ولكنها ترد برده عندهم لأن رده في معنى إبرائه الكفيل، والإبراء يستقل به المبرئ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل تتوقف على القبول لأن الإبراء يتوقف على قبول المبرأ عند من ذهب إلى ذلك منهم، وقيل إنما تتوقف على الرضا على القبول لفظاً - وكل هذه آراء عند الشافعية أصحابها ما ذكرناه أولاً .

وذهب الزيدية في أصح القولين عندهم إلى ما ذهب إليه الشافعية غير أن منهم من اشترط مع ذلك أن يكون الكفيل على معرفة بالمكفول له كما في الفتح، ومنهم من لم يشترط ذلك فصرح بصحة الكفالة مع جهالة المكفول له .

وقد رجع أبو يوسف أخيراً إلى رأى الجمهور فلم ير قبول المكفول له ركناً في الكفالة، وقال أنها تتم وتحقق بإيجاب الكفيل وحده .

وفي بيان هذا القول اختلف الحنفية فمنهم من رأى أنها تصح بإيجاب الكفيل موقوفة على إجازة المكفول له . فإذا أجازها ألزم الكفيل بمقتضى كفالته، وإذا لم يجزها لم يلزم بذلك . ومنهم من رأى أنها تنفذ فيلزم الكفيل ولكن للمكفول له حق ردها فإذا ردها بطلت . ذلك تخريجهم لقول أبي يوسف، وعلى هذا إذا مات المكفول له قبل القبول لم يترتب على الكفالة أثر وبطلت بموته على القول ولزمت على القول الثاني فكان لو ارت المكفول له مطالبة الكفيل بالدين .

وقد استند الجمهور أولاً إلى ما روته فيما سبق عن سلمة بن الأكوع وإلى ما رواه جابر رضى الله عنه من أن النبي ﷺ قبل كفالة أبي قتادة بدين على ميت جرى به

له ليصلى عليه وأقرها وصلى عليه بناء عليها دون أن يقبلها الدائن بل ودون أن يعرف من هو وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له .

وأضافوا إلى ذلك أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المال المكفول به ، وتقبل التعليق بالشرط ، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق . والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر .

غير أن القانون المدني المصري قد انحاز في بيان الكفالة إلى رأى الإمام ومحمد فذكر أنها عقد «م ٧٧٢» ، وإذا كانت عقداً وجب أن يكون له طرفان هما الدائن والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون إلا بإيجاب وقبول منهما دالين على توافق إرادتهما ولا تتم فى نظره من جانب واحد ، ولم أر الحكمة فى تفضيل هذا الرأى على الرأى الآخر فى حين أنه لا يراها تنقل الدين من ذمة إلى أخرى وإنما يراها ضم ذمة إلى أخرى وأنها مجرد التزام من الكفيل قام به تبرعاً قصداً إلى توفير أمن الدائن وطمأنينته ، وتوثيق ذمة المدين لديه ، وليس يترتب عليها أى تكليف للأصيل ولا نقص لحقوقه حتى يشترط قبوله ، وإلى هذا ذهب القانون العراقى «م ١٠٠٩» .

ويكون الإيجاب من الكفيل بكل ما يدل على العهدة والضمان لغة أو عرفاً وعادة كضمنت وكفلت وأنا به حميل أو زعيم أو غارم أو هذا المال علىّ أو إلىّ ، أو عندى لك هذا المال متى كانت القرينة دالة على الضمان لا على الوديعة ، ويكون القبول بكل ما يدل على الرضا كقبلت أو رضيت ونحو ذلك . . . وليس يكفى عند الحنفية أن يكون الإيجاب أمراً كما فى البيع فإذا حدث فاستبج استجابة من المأمور وجب أن يقبل الأمر أخيراً ، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك حال المرض إذا أمر المريض مورثه بقضاء دينه فقبل ذلك استحساناً؛ إذ يلتزم الوارث به دون توقف على صدور قبول من المريض الأمر .

والكفالة كغيرها من العقود تنعقد بالكتابة المرسومة المستبينة لقيامها مقام اللفظ ، وتنعقد أيضاً بالكتابة المستبينة غير المرسومة إذا صحبها ما يدل على أنه قد أريد بها العهد أو الضمان ، ولا تنعقد بغير المستبينة ، وكذلك تنعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت دالة مفهومة على أنه يريد ضماناً .

وفى اشتراط عدم معرفته بالكتابة لانعقادها بإشارته خلاف بين الفقهاء ، منهم من لا يشترط ذلك ، ومنهم من يشترط .

وعند الحنفية في ذلك روايتان، رواية الأصل ورواية الجامع الصغير، والأولى تفيد اشتراط عجز الأخرس عن الكتابة، والثانية تدل على عدم اشتراط ذلك، والحنابلة يشترطون لانعقاد الكفالة من الأخرس بالكتابة أن تصاحبها قرينة تدل على أنه لا يريد بالكتابة شيئاً غير الضمان، وهذا مذهبهم في كل العقود ينشئها الأخرس بالكتابة.

وإلى صحة الكفالة بالعبارة أو الكتابة ذهب القانون المدني، ولكنه يشترط الكتابة في إثباتها ففي مادته (٧٧٣)، لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة - ولا يجوز إثباتها بالبينة إلا إذا وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة^(١) أو وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقد سندها الكتابي بسبب أجنبي لا بد للدائن فيه - (م ٤٠٢، ٤٠٣ مدني).

طبيعة عقد الكفالة:

والكفالة في طبيعتها كما تبين من تعريفها عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشيء وإن كان يكسب المكفول له حقا هو حق مطالبة الكفيل على ما شرحناه سابقا، وهذا عند الجمهور، أما عند الشيعة وأهل الظاهر فإن عقد الكفالة يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه دينا آخر في ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة المدين الأصلي.

وعلى مذهب الجمهور إذا صاحب الكفالة التزام من جانب المكفول له أو المكفول عنه فلن يكون ذلك أثرا من آثار عقد الكفالة بل هو أثر لالتزام آخر خلاف عقد الكفالة وإن كان قد صاحبه، ذلك كأن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمدين أو الدائن على أن يعطوه جعلاً مالياً في نظير كفالته إياه فإن هذا تعاقداً مستقلاً عن الكفالة بين الكفيل والمدين أو المكفول له يجوز قانوناً، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء.

ولا يتعارض مع هذا البيان أن الكفيل قد يرجع بما آده للمكفول له على المكفول عنه كما سيأتي بيانه؛ لأن هذا الرجوع عندما يحدث إنما يكون نتيجة لآداء الكفيل ما على المدين من الدين لا نتيجة لكفالته بدليل أنه لا يرجع إلا إذا أدى الدين فعلاً للدائن، وأنه لا يرجع إذا كان متبرعاً بالكفالة فكفل بدون أمر المدين، وإنما لم يجوز جمهور

(١) تعتبر مبدأ للإثبات بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

فقهاء الشريعة التعاقد على إعطاء جعل للكفيل نظير كفالته؛ لأنه من قبيل أكل المال بالباطل والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...﴾ [النساء] ٢٩ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئا يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له، وإنما التزم متبرعا بأداء ما على المكفول عنه من الدين، فإذا أداه ورجع به عليه لم يكن عندئذ ما يستوجب به أخذ مال آخر زيادة على ذلك وهو الجعل - كما هو الحال والحكم إذا قام المدين «الأصيل» بوفاء ما عليه من الدين - وإن أداه الكفيل ولم يرجع بما أدى على المدين فقد قام بالأداء متبرعا بما أدى فلا يستحق شيئا لقاء تبرعه بالتزامه وأدائه لأن ذلك يتعارض مع تبرعه.

وقد جاء في «كشاف القناع ومنتهى الإرادات» ما معناه، إذ قال شخص لآخر كفلت لك هذا المدين على أن تبرئني من كفالتي لفلان أو من ضمان الدين الآخر أو على أن تضمن دينا لي قبل فلان أو على أن تبغني دارك بكذا أو على أن تؤجرني إياها لم يصح، فإن كان ذلك شرطا في الكفالة أفسدها، وإن لم يكن فيها لم يلزم الوفاء به^(١). وبطل الضمان بشرط إعطاء ضمان مال لا يحسب من الدين^(٢).

الجعل على الكفالة:

وفى «فتح القدير»: إذا كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلا فلان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وإن كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة، وسيأتي أن هذا يخالف ما ذهب إليه الحنفية من أن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وسيأتي بيان ذلك.

وفى «منح الجليل»: إذا أخذ الكفيل جعلا على كفالته سواء أكان ذلك من الدائن أم من المدين أم من غيره فالكفالة باطلة، وقيل لا تبطل الكفالة إلا إذا كان الجعل من الدائن أو كان من غيره بعلم الدائن، أما إذا كان من المدين فإنها تصح ويلزم الكفيل برد الجعل إليه لأخذه باطلا، وليس يشترط في الجعل أن يكون مالا بل كما يكون ما لا يكون كفالة بدين للكفيل^(٣).

(١) منتهى الإرادات هامش الجزء ٢/ ص ١٦٦ وكشاف القناع ج ٢ ص ١٨٢.

(٢) نهاية المحتاج ص ٤٤٢.

(٣) منح الجليل ج ٣ ص ٢٦٥.

وفي «التاج»: ولا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان مصروف وخير ولا يجوز أخذ عوض عن مصروف أو خير كما لا يجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين (١).

وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية فجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها، وعلى ذلك إذا قال له كفلت لك دينك قبل فلان على أن تيعني منزلك أو على أن تؤجرني أرضك أو نحو ذلك لزمه المال إذا تحقق الشرط (٢) وإلى هذا الرأي مال التشريع المدني في مصر.

أحوال الصيغة:

لصيغة الكفالة الأحوال الآتية لأنها إما أن تكون مطلقة أى غير مقترنة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة إلى زمن مستقبل، وإما أن تكون مقترنة بشرط، وإما أن تكون معلقة عليه أو مضافة إلى زمن مستقبل. فالأحوال على الجملة: الإطلاق والاقتران بالشرط والإضافة إلى الزمن المستقبل والتعليق على الشرط والتوقيت.

والواقع أن الاقتران بالشرط يتناول حال التوقيت وحال الإضافة وأنها مع الاقتران بالشرط أو مع الإطلاق قد تكون منجزة وقد لا تكون منجزة، كما أنها في حال الإضافة وفي حال التعليق قد تقترن بشرط وقد لا تقترن بشرط فالأحوال متداخلة وليست كلها متقابلة، فحال التنجيز تقابل حال الإضافة والتعليق، وحال الإطلاق تقابل حال الاقتران وحال التعليق وحال الإضافة وما عدا ذلك فمتداخل بعضه في بعض.

حال التنجيز:

الأصل في العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والإيضاء، ومعنى تنجيزها أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها آثار العقد في الحال. ومثال ذلك في الكفالة أن يقول شخص لآخر كفلت لك بدينك في ذمة فلان فإذا قبل الدائن الكفالة «على رأى من يرى وجوب القبول» فإن الكفيل يصير مطالباً بأداء هذا الدين في الحال. وعلى رأى من يرى أنها تتم بالإيجاب وحده يصير مطالباً بمجرد صدور الإيجاب منه

(١) جه ص ١١١.

(٢) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٥.

دون توقف على قبول من أحد أو رضا من الدائن أو المدين، وقد فصلنا ذلك فيما مضى، ويترتب على ذلك إلزامه بأداء هذا الدين على ما سنفصله في أحكامها.

ويلاحظ أن الدين المكفول به إذا كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغتها مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين.

توقيت الكفالة:

ذكرنا فيما مضى خلاف الفقهاء في الكفالة وأن منهم من يرى أن الكفالة بدين المدين تبرئ ذمته من الدين وينقل بها الدين إلى ذمة الكفيل، ومنهم من لا يرى ذلك، ولكن يرى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضاً بمجرد الكفالة فيكون الدين شاغلاً للذمتين: ذمة الأصيل وذمة الكفيل في وقت واحد وهذا رأى الجمهور، ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين ولكن يطالب بأدائه فقط بناء على الكفالة.

ومقتضى الرأين الأولين القاضين يشغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به أنه لا يجوز توقيت الكفالة على معنى أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، حتى إذا مضت تلك المدة برئت ذمته بمضيها وانتهت الكفالة، وإن لم يوف الدائن دينه، ذلك لأن المعهود في الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه، أو بإسقاط الدائن إياه أو بهبته للمدين. أما أنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطاً للدين فلا عهد لنا به في الحقوق لأنها لا تسقط بمضى الزمن ولا بالتقادم شرعاً، ولم يشذ عن هذا إلا دين النفقة فقد ذهب الحنفية إلى أن نفقة القريب إذا لم يؤدها من قضي عليه بها فمضى شهر ولم يكن قد أذن باستدانتها، ولم يستدنها من وجبت له فعلاً فإنها تسقط لأنها إنما وجبت صلة للحاجة، وبمضى الشهر تبين أن لا حاجة فيه فتسقط. وقد بينا ذلك عند بياننا لأنواع الدين قوبها وضعيفها، ومن المعلوم أن دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية، فإذا ثبت في الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضى الزمن، وعلى ذلك يكون مقتضى هذين الرأين السابقين عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لا يترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضى الزمن الذي أقتت به. ذلك ما نستظهره ولم أجد فيما اطلعت عليه من النصوص إلا النصوص الآتية:

(١) جاء في «كشاف القناع» للحنابلة: قال شخص: إذا قدم الحج فانا كفيل بفلان شهرا صح، لأنها جمعت تعليقا وتوقيتا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع - وظاهر هذا التعليل صحة تعليق الكفالة وتوقيتها وإن جاء ذلك في مسألة تتعلق بكفالة النفس؛ لأن الكفالة التزام في الحالتين، وإذا جاز توقيتها في حالة جاز في الحالة الأخرى، ويؤيد هذا ما جاء في كتاب «الفروع» لابن مفلح الحنبلي صريحا وهو: «وفي صحة تعليق الضمان والكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان» والمراد بالضمان ضمان المال والكفالة كفالة النفس. وقد علق على ذلك صاحب كتاب «تصحيح الفروع» بقوله: «توقيت الضمان والكفالة هل يصح أم لا؟ أطلق صاحب «الفروع» الخلاف - والواقع أن حكم توقيتها حكم تعليقها بغير سبب الحق خلافا ومذهبا «وفيها مطلقا خلاف المشايخ، لكن في الرعاية الكبرى في مسألة التوقيت: إنه يحتمل عدم الصحة وهو أقيس، وقد ذكر في تعليق الكفالة فإن الكفيل لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا؟ في ذلك خلاف في المذهب ذكره «الفائق والمغنى والشرح الكبير» قيل يصح وهو الصحيح، واختاره أبو الخطاب والشريف أبو جعفر وغيرهما؛ وجزم بهذا القول أصحاب مؤلفات عديدة منها «الوجيز والهداية والمحزر والمستوعب والخلاصة وغيرها»، وفي «الرعاية الكبرى» صرح بصحة تعليق الكفالة وتوقيتها وقيل لا يصح واختاره القاضي في «الجامع».

وعلى هذا فإذا قال شخص: أنا كفيل بهذا الدين مدة سنة فقط ففي صحة هذه الكفالة خلاف عند الحنابلة، منهم من ذهب إلى أنها صحيحة وبيرا بمضى السنة وإن لم يحدث فيها وفاء، وهذا هو المختار عند الكثير، ومنهم من قال بعدم صحتها وذلك أقيس كما في «الرعاية الكبرى» ووجه القياس ما قدمناه من أن الشأن في الديون أنها لا تسقط بمضى الزمن - ولعل من ذهب إلى جواز ذلك يئنه على أن الكفالة من قبيل التبرع، والشأن فيه أنه غير ملزم وليس يضير الدائن أن يستوثق مدة من الزمن قد يستطيع فيها أن يحصل على حقه من الكفيل، فإذا مضى الزمن عاد إلى الحال التي كان عليها وكان رضا الدائن بذلك يعد إبراء منه للكفيل مضافا إلى مضي هذه المدة^(١).

(٢) وجاء في «البدائع» للحنفية: ولو كفل بالمال وقال: على أنى إن وافيتك بفلان «المدين» فأنا برىء فوافاه به من الغد بيرا من المال. وفي رواية لا يبرأ، ووجه هذه الرواية الأخيرة أن قوله إن وافيتك به غدا فأنا برىء تعليق للبراءة من المال بشرط الموافاة

(١) راجع كشاف القناع ج١ ص ١٨١ والفروع وتصحيحه ج٢ ص ٦١٨.

بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التملك والتملكيات لا يصح تعليقها بالشرط - ووجه الرواية الأولى أن هذا ليس تعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والقول بعدم البراءة أشبه - وتعليل الرواية القاضية بالبراءة عند الموافاة صريح في أن الحنفية يجوزون توقيت الكفالة. وكل ما لاحظته صاحب «البدائع» هو أن هذا أهو توقيت للكفالة أم تعليق للبراءة وهي لا تقبل التعليق، ورجح أن ذلك يعد تعليقا للبراءة، غير أني ألاحظ أن ذلك إن كان تعليقا للبراءة - وهي لا تقبل التعليق لما فيها من معنى التملك - فليست البراءة المعلقة هنا براءة من المال إلا على أحد قولين عند الحنفية وهو أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، أما على القول الأصح من أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فهي براءة من المطالبة بالدين وهي إسقاط محض لا يضيره التعليق كالطلاق والعتق، فإذا روعي هذا كان القول بصحة البراءة من الكفالة أقيس.

وفي «الهندية نقلا عن الظهيرية والمحيط» - لو قال: كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال: كفلت بنفسي فلان شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب. ومن المشايخ من قال أن الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضى المدة، وإليه مال الشيخ عبد الواحد الشيباني. ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلا أبدا وبلغوا التوقيت مثله قول الزوج لزوجته: أنت طالق شهرا ونسب صاحب «البحر» هذا إلى الأصل لمحمد. أقول وما الفرق بين هذه وسابقتها وقد نص فيها على عدم الخلاف.

وفي ابن عابدين - لو قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر صار كفيلا في الحال أبداً أي في الشهر وبعده، ولكن لا يطالب إلا بعد الشهر ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة، وقيل لا يصير كفيلا في الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهرة عبارة الأصل لمحمد، وعلى كل من القولين لا يطالب في الحال وهو ظاهر الرواية كما في التارخانية وفي السراجية وهو الأصح. وفي الصغرى وبه يفتى كما في «البحر» - قلت: ومقابلة ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب في المدة فقط أما بعدها فيبرأ كما في الظاهرية وغيرها وفيها أيضا كما سبق نقلا عن الهندية - لو قال كفلت من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف. وقال ابن عابدين وينبغي عدم الفرق بين الصور الثالث في زماننا وهي:

١- كفلت إلى شهر دون ذكر بداية.

٢- وكفلت من هذه الساعة إلى شهر.

٣- وكفلت شهرا.

كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعد هذه المدة. ومبنى ألفاظ الكفالة على العادة وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق اللغة أم لا^(١).

(٣) وجاء في «المتزغ المختار» للزبيدية: ويصح توقيتها كان يقول شخص لآخر ضمنت لك هذا الشخص في هذا الشهر فيبرأ بتسليمه إليه في ذلك الشهر، ومتى مضى الشهر بطلت الكفالة. وقد علق على هذا صاحب التعليقات بقوله هذا في كفيل الوجه، أما في كفيل المال فلا يبرأ إلا بتسليم المال، ومعنى ذلك أن الكفالة تصح ويلغو التوقيت. ثم قال وفي كتاب «الزهور» أنه لا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال في صحة التوقيت ثم قال وهو ظاهر.

وفي «البحر الزخار» للزبيدية - وتصح مؤقتة في الابتداء كبعد شهر وله الرجوع قبله ومؤقتة في الانتهاء كإلى شهر فتسقط بعده، ويصح تعجيل المؤجل كالقرض فإن امتنع من القبول أى من قبول الأداء بلا عذر - ولا حاكم - أشهد عليه وبرئ.

ومن هذا يرى أن الزبيدية مختلفون أيضا في صحة توقيت الكفالة بالمال وإن أظهر الرأيين الصحة لاقتصار صاحب «البحر الزخار» على ذلك. وأرى أن هذا من قبيل الاستحسان كراى الحنابلة^(٢). وفي «نهاية المحتاج» للشافعية: والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل يزيد إلى شهر وأكون بعده بريئا - والثاني يجوز ذلك لأنه قد يكون له غرض في تسليمه هذه المدة وليس له غرض في تسليمه بعدها، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا، والظاهر أنها تصح ويلغو التوقيت.

ومقتضى هذا أن ضمان المال لا يصح توقيته ووجه ذلك ظاهر لما قدمنا، أما ضمان الوجه ففيه خلاف وأصح القولين عندهم عدم الصحة^(٣).

(١) ج٤ ص ٢٨٤ طبعة الحلبي.

(٢) راجع المتزغ ج٤ ص ٢٦٣، ص ٢٦٤ والبحر الزخار ج٥ ص ٧٤.

(٣) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤١.

هذا، وليس يصح توقيت الضمان عند الشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم في براءة المدين بسبب ضمان دينه إذ إن هذا يتنافى مع ما شرع له الضمان وما يترتب عليه من براءة ذمة المدين.

ومما تقدم يتبين أن القول بصحة توقيت الكفالة على رأى من يرى أن ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بالدين المكفول به غير متسق مع رأيهم في الكفالة. أما على القول بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط فليس ما يمنع من أن تكون مطالبة الإنسان بالأداء محددة بوقت حتى إذا ما انتهى هذا الوقت انتهت تلك المطالبة، إذ إن لذلك مثيلاً في الشرع؛ فالولى وناظر الوقف كلاهما مطالب بأداء الدين الذى هو على المولى عليه وعلى الوقف ما دامت الصفة فإذا انتهت انتهت تلك المطالبة، وعلى ذلك يكون الرأى بصحة توقيتها غير متعارض مع القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، أما فى التشريع القانونى فلا يعد التوقيت إلا شرطاً والشروط لازمة ما دامت غير محظورة قانوناً وعلى ذلك فتوقيتها قانوناً جائز ملزم وتنتهى بانتهاء وقتها.

إضافة الكفالة،

يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل كأن يقول الكفيل أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من الشهر الآتى فلا يكون كفيلاً به إلا ابتداء من ذلك الوقت، أما قبل حلوله فلا يعد كفيلاً ولا يطالب به، وإذا توفى لم يؤخذ الدين من تركته. غير أن للفقهاء فى ذلك تفصيلاً هذا بيانه^(١):

يرى المالكية، صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل فإن كان معلوماً فالأمر ظاهر ولا يطالب الكفيل إلا إذا حل ذلك الوقت، وإن كان مجهولاً جهالة غير فاحشة لم تفسد الكفالة، ولكن يضرب له القاضى أجلاً بقدر ما يرى، فإذا مضى الأجل الذى حدده صار مطالباً، وفى المدونة: ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إذا كانت الكفالة فى دين قرض أو ثمن مبيع - وفيها: رأيت إن قال إن لم يوفِّك فلان حقك فهو على ولم يضرب لذلك أجلاً يلزم الكفيل ذلك الحق؟ قال: أرى أن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى فإذا لم يوف الحق فى ذلك الوقت ألزمه بالمال إلا أن يكون الذى عليه المال حاضراً مليئاً، وهو الأصيل، وفيها: فإن قال إن لم يوفِّك

(٢) راجع الخطاب ج ٥ ص ١٠١ والمدونة ج ١٣ ص ١٣١ وص ١٣٢ طبعة الساسى.

حقك حتى يموت فهو على^(١)، أيكون له أن يأخذ منه شيئا قبل موت فلان؟ قال: أرى أن ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل بضربه لنفسه.

فهذا كله يفيد أن المالكية يرون صحة الإضافة في الكفالة سواء أكانت إلى أجل معلوم أم مجهول جهالة غير فاحشة وعندئذ لا يترتب عليها أثرها إلا إذا حل الوقت الذي أضيفت إليه.

ويرى الحنفية أن الإضافة إذا كانت إلى أجل معلوم بأن كفل ابتداء من الشهر الآتي أو من السنة الآتية جازت الكفالة: ففي «الهندية» نقلا عن «التبيين»: ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم. والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الآجال في ذلك على سواء أي القريب والبعيد.

ولكن هذا الموضوع يحتاج إلى بيان يتضح به الفرق بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، وفيما يلي البيان:

الكفالة قد تكون بدين لما يوجد عند إنشائها وقد تكون بدين موجود عند إنشائها. فإذا كان الدين غير موجود عند إنشائها وتعلقت به بسبب إضافتها إليه كأن يقول الكفيل للدائن: كفلت لك ما ستقرضه لفلان من مال. أو بسبب تعليقها به كأن يقول: إن أقرضت فلانا مائة جنيه فأنا كفيل بها فإن الكفالة في هذه الأحوال تكون مرجأة إلى وقت تحقق سبب الدين أي وقت ثبوته وبذلك تعد مضافة إلى زمن مستقبل وهو الزمن الذي يتحقق فيه الدين ولا يترتب عليها أثر إلا من ذلك الوقت.

أما إذا كان الدين المكفول موجودا عند إنشائها فإنه قد يكون عندئذ حالا وقد يكون مؤجلا.

فإذا كان حالا وأضيفت كفالته إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر الآتي لم يكن للكفالة أثر إلا من وقت حلول الشهر وتأجل الدين بالنظر إلى الكفيل وحده؛ لالتزامه به ابتداء من الشهر الآتي نتيجة لإضافة

(١) في هذه الصورة والتي قبلها يلاحظ أن الكفالة معلقة والتعليق في معنى الإضافة إلى وقت تحقق الشرط المعلق عليه وهو مجهول، والتعليق في ذاته ضرب من الإضافة فإذا صح العقد مع التعليق صح مع الإضافة.

الكفالة. أما بالنظر إلى المدين الأصيل - وقد كان الدين عليه حالا - فلا يتغير وصف الدين ويستمر عليه حالا إذ لا يلزم من تأجيل الدين على الكفيل بسبب كفالاته المضافة تأجيله على المدين الأصيل.

وقد تصدر الكفالة في هذه الحال غير مضافة ولكن قيدت بشرط تأجيل الدين المكفول إلى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان على أن يكون موجلا إلى شهر كذا، وعندئذ يلاحظ أن صفة التأجيل لم تتعلق بالكفالة نفسها فصدرت منجزة ولكنها تعلقت بالدين فكانت شرطا فيه ووصفا له باعتباره مكفولا وتعلقت به الكفالة على هذا الوضع وعلى هذا الشرط، ونتيجة ذلك أن الكفيل لا يطالب به إلا عند حلول الأجل المشترط في عقد الكفالة إذ إن التزامه به قد قام على ذلك - لا خلاف في ذلك، وهذا هو الحكم بالنسبة إلى الكفيل.

أما بالنسبة إلى المدين الأصيل - وقد كان الدين عليه حالا - ففي ظاهر الرواية أن يتأجل أيضا عليه فلا يطالب به إلا عند حلول الزمن الذي أجل إليه الدين في عقد الكفالة.

وروى ابن سماعة عن محمد أن التأجيل يكون قاصرا على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا كما هو على المدين الأصيل؛ لأن عقد الكفالة تم بين الكفيل والدائن على تأجيل الدين وذلك لا يكون إلا لمن شرطه، ولم يشترطه الكفيل للمدين الأصيل فيقتصر على الكفيل ويختص به؛ كما لو كفل الدين كفالة مطلقة ثم اتفق مع الدائن على تأجيل الدين فإن ذلك التأجيل يقتصر عليه بلا خلاف.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة وقد جعل شرطا في ثبوت الكفالة، وذلك مما يجعل التأجيل صفة للدين الذي كفله الكفيل وليس هناك إلا دين واحد شغلت به ذمة كل من الكفيل والأصيل، وإذا كان واحدا وقد تأجل على الكفيل فإنه يتأجل على الأصيل وهذا بخلاف ما إذا كان التأجيل بعد حدوث الكفالة لأنه تأخير للمطالبة أو تنازل عنها في وقت معين بالنسبة إلى الكفيل فلا يتجاوزه إلى الأصيل.

ومما ينبغي ملاحظته أن وفاة الكفيل قبل الوقت حال إضافة الكفالة يترتب عليها سقوط الكفالة وبطلانها، ولكن وفاته في حال اشتراط تأجيل الدين وهي الصورة الثانية

لا يترتب عليها سقوطها ولكن يؤخذ الدين من تركته إن ترك مالا لحلولة على الكفيل بوفاته .

أما إذا كان الدين مؤجلا عند إنشائها فأضافها الكفيل إلى زمن مستقبل فإن كان بعد أجل الدين استمر الوضع بالنسبة إلى المدين الأصلي كما هو . ولم يكن لها وجود بالنسبة إلى الكفيل إلا من وقت حلول الزمن الذي أضيفت إليه ووجه ذلك ظاهر، وإن كان حلولة قبل أجل الدين لم يتغير الحكم بالنسبة إلى المدين الأصلي؛ إذ لا يلزم بسقوط أجل له فيه منفعة بدون إرادته، وطولب الكفيل ابتداء من وقت حلول الزمن الذي أضيفت إليه الكفالة دون الأصلي وذلك هو الحكم في حال ما إذا كفل الكفيل الدين في هذه الحال على أن يكون حالا فإن الحلول يقتصر على الكفيل للسبب نفسه .

أما إذا كفل الكفيل الدين كفالة مطلقة كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان فإن مطالبة الكفيل تتأجل إلى وقت حلول الدين على الأصلي؛ لأنها كفالة بدين مؤجل فيلزمه بوصفه وهو أجله الذي له قبل الكفالة كما يلزمه بوصفه من الحلول إذا ما كان حالا فكفله كفالة مطلقة وهذا ظاهر .

ومن البيان السابق يتضح الفرق بين الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل والكفالة المنجزة بالدين المؤجل؛ إذ إن شغل الذمة في الأولى بالدين لا يكون إلا عند حلول الوقت الذي أضيفت إليه الكفالة ومن ثم تبطل إذا توفى الكفيل قبله، أما في الثانية فيكون شغل ذمة الكفيل بمجرد إنشاء الكفالة ومن ثم لا تبطل بالموت، وجاز الرجوع على التركة حيثئذ بالدين بخلاف الحال الأولى فإنه لا يجوز الرجوع على التركة بشيء من الدين المكفول .

وجملة القول أن المشهور في المذهب والذي عليه الفتوى هو ما نقل في «الهندية» عن «التبيين» من جواز إضافة الكفالة إلى الزمن المستقبل وأن الجهالة اليسيرة فيه محتملة وأن جميع الأجال في ذلك على السواء كما سيأتي :

وروى عن أبي يوسف أن الكفالة لا تقبل الإضافة وأن من قال: أنا كفيل بهذا الدين إلى ثلاثة أيام^(١) كان كفيلا في الحال ويبطل التأجيل؛ كالحكم إذا قال رجل

(١) والظاهر أنه لم ير في هذا توقيتا بل إضافة ولعل ذلك كان عرفا لهم في هذا الأسلوب، وذلك بدليل قوله أنه يكون كفيلا في الحال وتلغوا الإضافة وذلك ما يتسق مع الإضافة لا مع التوقيت. ويتحقق التناسق والشابه مع الفرع الذي اتخذه أصلا يقاس عليه عدم صحة توقيت الطلاق أو تأجيله .

لزوجه: أنت طالق بعد ثلاثة أيام فإنها تطلق عنده في الحال ويلغو التأجيل وعلى هذا يطالب في الحال.

وذهب الفقيه أبو جعفر إلى أن الكفيل في مثل هذه الصورة يكون كفيلا في الحال ولكن لا يطالب بالدين إلا بعد ثلاثة أيام لأن ذكر الأيام الثلاثة إنما يراد به تأخير المطالبة لا تأخير الكفالة وإضافتها، بدليل أنه لو دفع الدين إلى الدائن قبل أن يمضي الوقت المعين أجبر الدائن على قبوله، وذلك دليل على شغل ذمته كما يجبر على قبوله من المدين إذا أده قبل أجله، ولو لم تكن ذمته مشغولة به لكان أجنبيا بالنسبة إلى أدائه في هذا الوقت ولم يجبر الدائن على قبول الدين منه؛ لأن الدائن لا يجبر على قبول أداء دينه من أجنبى تبرع بأدائه وعلى ذلك تكون هذه الصورة من باب تأجيل الدين لا من باب إضافة الكفالة.

وإذا كانت الفتوى على أن الكفالة تقبل الإضافة فقد بنى على ذلك ما جاء في المحيط للسرخسي من أن إضافة الكفالة بالمال إلى وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة لإضافتها إلى الحصاد أو الدراس أو إلى المهرجان أو إلى النيروز تجوز إلى الأجل الذي سمي؛ لأن هذا الأجل وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها جهالة مستدركة متقاربة لا يترتب عليها نزاع فلا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع. ألا ترى أن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها مع أنه المقصود منها وهو المعقود عليه، فجهالة ما ليس بمعقود عليه وهو الأجل لا تمنع صحتها من طريق أولى. وكذلك إذا أضيفت إلى العطاء أو الرزق فإنها جائزة إلى ذلك الأجل، ولو أضيفت إلى وقت قدوم فلان صحت أيضا إذا كان فلان هذا هو المكفول عنه لأن قدومه من سفره ميسر لاقتضاء الدين منه ولا يصح التأجيل إذا لم يكن مكفولا عنه وتكون منجزة.

أما إذا أضافها إلى نزول المطر فإن التأجيل لا يصح إذ ليس ذلك من الآجال المتعارفة فقد ينزل المطر عقب عبارته وقد يتأخر نزوله إلى وقت بعيد فكانت جهالة متفاحشة، وإذا بطل الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة^(١) وكانت منجزة.

والى هذا ذهب الزيدية، فليس بين المذهبين فرق.

(١) العناية ج ٤ ص ٤٠٦ طبعة شلبي ج ٥ ص ٤٠٥ فتح القدير ج ٥ ص ٤٠٦.

ويرى الحنابلة صحة إضافتها إلى وقت معلوم كأول الشهر وطلوع الشمس. أما إذا أضيفت إلى وقت فيه جهالة متعارف قبولها والتجاوز عنها كوقت الحصاد والدراس والجذاذ والعطاء ففي ذلك قولان:

أولهما: يقضى بصحتها؛ لأنها تبرع من غير عوض جعل له أجل فلا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة.

وثانيهما: عدم الصحة. أما إذا كانت الجهالة فاحشة غير متعارفة فإن الكفالة تكون باطلة خلافا للحنفية إذ ذهبوا إلى صحتها وسقوط الأجل. وقد أشرنا إلى ذلك نقلا عن «الهندية».

ويرى الشافعية عدم صحة إضافتها كما لا يرون صحتها مع توقيتها أو مع تعليقها ولكن لو نجزها وشرط تأجيل المكفول به شهرا ونحوه جاز، لأنها كفالة منجزة حيثنذ وقد التزم في ذمته المكفول به مؤجلا وهو ما يصح تأجيله فتأجلت المطالبة بتأجيله لا بإضافتها. قال صاحب «نهاية المحتاج» - ومن عبر من الشافعية بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وهي تأجيل الدين المكفول به. والتأجيل في هذه الصورة إلى الحصاد والعطاء ونحوها غير مقبول.

وذهب الشيعة - إلى ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة المضافة والمعلقة ولا يكون الضمان عندهم إلا منجزاً^(١).

تعليقها:

يرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما كان لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى ويعتبر الشرط ملائما إذا كان شرطا لوجوب الحق كقول الشخص إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن أو شرطا لإمكان الاستيفاء كقوله: إذا قدم زيد «المكفول عنه» أو لتعذر الاستيفاء كقوله: إذا غاب فلان «المدين» فيصح التعليق في هذه الأحوال.

(١) راجع المتترع ج٤ ص ٢٦٢ وص ٢٦٢، ٢٢٤ وتحرير الأحكام ج١ ص ٢٢١ والمفتى ج٥ ص ١٠٠ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤٩ والبسوط للسرخسي ج١ ص ١٧٢ وما بعدها والهندية ج٣ ص ٢٧٨ وبدائع الصنائع ج٣ ص ٢ والبحر ج١ ص ٢٢٧ والخطاب ج٥ ص ١٠١.

أما إذا لم يكن ملائماً كقوله إن هبت الريح أو إن نزل المطر أو إن دخلت الدار فأنا كفيل فلا تصح الكفالة^(١) . . ذلك لأن تعليقها بشرط غير ملائم لها لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل ولا تصح العقود مع ذلك. وإنما صحت مع جعل ما لا يلائم شرطاً مقترناً بها أو وقتاً مضافة إليه لأن الشرط المقترن والوقت كلاهما أمر عارض للعقد لا تتوقف عليه سببته، ولا مانع منها فلا يكون لاقتران العقد بهما أثر في إبطاله إذ لا يلزم من بطلان العارض إذا ما كان العارض معدوداً من العيوب بطلان ما عرض له، وهذا بخلاف الشرط المعلق عليه إذا كان معيياً بسبب عدم ملاءمته فإن ذلك يعيب العقد لتوقف سببية العقد عليه فيبطل العقد، وما جاء في «الكتز» من أن الكفالة تصح إذا ما علفت على شرط غير ملائم، ويلغو التعليق مثل إن هبت الريح فأنا كفيل بهذا المال غير ما في الكتب المعتمدة؛ فلعل ذلك رواية أخرى أو سهو من صاحب «الكتز» كما جاء ذلك في «التبيين» للزيلعي مستندا إلى ما في «الفتاوى الخانية» وقد بحث هذه المسألة صاحب «أنفع الرسائل» ونقل أكثر ما جاء في الكتب المعتمدة وهي تؤيد ما ذهبنا إليه أولاً، وإنما جاز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره لأن للكفالة شبهين: شهما بالتمليك من ناحية ما يترتب عليها من تمليك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضى عدم صحة تعليقها مطلقاً لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم . . وشهما بالنذر من ناحية أنها التزام؛ وذلك ما يقتضى صحة تعليقها بأى شرط. فعملاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطاً، فالنظر الأول لم يجز تعليقها بغير الملائم وبالنظر الثاني صح تعليقها بالشرط الملائم. هكذا ذكر الحنفية. والذي يظهر لي أن المسألة مسألة عرف، وقد تعارف الناس تعليقها بالشروط الملائمة لتحقيق الصلة بينها وبين الشرط، ولم يتعارف تعليقها بغير الملائم لفقدان الصلة بينها وبين الشرط وعدوا ذلك لغوا من القول^(٢). ومما يتفرع على ذلك أنه لو قال شخص لآخر عامل فلاناً وأنا كفيل بكل ما سيكون لك في ذمته من ذلك صحت هذه الكفالة لأنها معلقة في المعنى على ثبوت الدين ولزم الكفيل كل ما يثبت في الذمة بالغا ما بلغ لمكان الإطلاق والعموم. وخالف المالكية فقالوا: إن ذلك مقيد عرفاً فلا يلزمه إلا القدر المتعارف المتعامل به.

(١) الهنذية ج ٣ ص ٢٧١ والفتح ج ٤ ص ٤٠٦.

(٢) الهداية والفتح ج ٤ ص ٤٠٤.

ويرى الزيدية صحة تعليقها بالشرط ولم يشترطوا ملاءمة الشرط لها فتصح إذا علقت ويلتزم الكفيل بالمال إذا ما تحقق الشرط^(١).

أما الحنابلة ففريقان: فريق يرى عدم صحة تعليقها وبطلانها مع التعليق وهو ما اختاره القاضي وهو مذهب الشافعي، ونسبه ابن قدامة لمحمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن في التعليق خطرا فلم يجوز تعليق الضمان عليه؛ ذلك لأن الكفالة تثبت حقا لأدمى معين فلم يجوز تعليق ثبوته على شرط، كما لا يجوز توقيتها عند هؤلاء قياسا على الهبة والتمليكات.

وفريق يرى صحة تعليقها مطلقا وإليه مال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب. وفي نهاية المحتاج - والأصح أنه لا يجوز تعليق الضمان والكفالة، وقيل يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق لأنها مجرد التزام.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بطلانها مع التعليق أو الإضافة ولا تصح إلا منجزة عندهم^(٢).

أما المالكية فيوجد فيما ذكروه من فروعهم فروع عديدة تدل على صحة تعليق الكفالة على الشروط الملائمة، ولم أعثر لهم على فرع علقت فيه على شرط غير ملائم. والظاهر من هذا صحة تعليقها عندهم على الشرط الملائم وعدم صحتها عند تعليقها على غير الملائم.

اقتران الكفالة بالشرط:

نريد بالشرط التزام المتصرف فيتصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف - شرط أم لم بشرط - أم لم يكن من مقتضاه. وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد.

وليس بين الفقهاء خلاف في أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا يجوز الوفاء به إذا ما تم الاتفاق عليه، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة أو الباطلة، وإنما يختلفون فيما يعد من هذه الشروط شرطا

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٧٤ والمتزج ج ٤ ص ٢٦٣.

(٢) تحرير الأحكام ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها.

صحيحاً مباحاً يجب الوفاء به إذا ما اشترط، وما يعد منها شرطاً فاسداً أو باطلاً محظوراً اشترطه، لا يجوز الوفاء به إذا ما اشترط، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط في عقد من أثر فيه أيفسد العقد لفساد الشرط فيه أم يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده.

ولاختلافهم هذا اختلفوا في وضع الضوابط والحدود التي تتميز بها الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة؛ ذلك لأنها ضوابط وحدود مستنبطة من حلول مختلفة متعددة أثرت عن الصحابة والتابعين وعن الأئمة المجتهدين لا يجمعها ضابط واحد ولا تحدها حدود مستقرة ثابتة بسبب اختلافهم فيها اختلافاً كبيراً فتعددت بسبب ذلك المذاهب في الاشتراط، واختلفت توسعة على الناس وتضييقاً عليهم فكان أضيقتها دائرة مذهب أهل الظاهر وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وفيما بين ذلك مذاهب متعددة مختلفة ضيقاً وسعة.

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعاقده شرط إلا إذا ورد به شرع وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يطل به العقد الذي اشترط فيه؛ لأن الرضا الذي يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس عليه فإن بطل الشرط فلم يوف به زال الرضا المؤسس عليه العقد، وإذا زال الرضا بطل العقد لقيامه عليه، وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك التضييق لم يصححوا شروطاً وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو على أن الأثر الوارد بها غير ثابت.

ولا ريب في أن هذا الرأي لا يصلح عليه أمر الناس، فإن العقود إنما حدثت فسرعت سداً لحاجات الناس وتوفيراً لمصالحهم، وما كان الاشتراط فيها إلا نتيجة لقصورها في بعض الحالات عن سد هذه الحاجات فأضيفت إليها من الشروط ما بقي بالفرض منها، وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط في العقد سائغاً جائزاً إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك.

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ومن ذهب مذهبهم يذهبون إلى أن الشروط الصحيحة هي التي لم يرد عن الشارع نهى عنها ولا تتعارض مع ما شرعه الله سواء أقام الدليل على اعتبارها أم لم يقم، وسواء أوافقت مقتضى العقد أم لم توافقه، لامت حكمه أم لم تلائم.

وبناء على ذلك فالأصل في الشروط عامة الصحة، ولا يحرم منها إلا ما نهى عنه أو خالف ما شرعه الله .

وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية وهو المختار عند الطباطبائي، فقد جاء في كتابه «مفاتيح الأصول» إذا شرط شرط في عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالنصوص، فهل الأصل الصحة أم الفساد؟ فيه إشكال ولكن يحتمل احتمالاً قوياً الأول لعموم قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

وبين هذين الرأيين مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة، ومذهب الزيدية، ومذهب فريق من الشيعة الجعفرية وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق بينهم في ذلك بل يختلفون أيضاً فيما بينهم، فبينما ترى بعضهم يعد شرطاً من الشروط شرطاً صحيحاً ترى بعضهم الآخر يعده غير صحيح، وبينما ترى بعضهم يجعل العقد لشرط معين شرط فيه عقداً فاسداً أو باطلاً ترى بعضهم يجعله مع هذا الشرط عقداً صحيحاً ويلغى الشرط وحده .

ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض تتطلب دراسة خاصة لسنا الآن بصدها وإنما عرضنا لها استطراداً كمقدمة لدراسة أحكام الكفالة عند اقترانها بالشروط، ويكفي لدراسة هذه الأحكام أن تقتصر على أشهر الآراء في كل مذهب من هذه المذاهب مع بيانها في إجمال .

مذهب الحنفية:

الشروط التي تشترط في العقود ثلاثة أنواع عند الحنفية شروط صحيحة وشروط فاسدة وشروط باطلة . فالصحيح عندهم ما كان مقتضى للعقد أو ملائماً له أو جاء بجوازه شرعاً أو جرى به العرف . وفسر بعضهم الملائم للعقد بالمقر لمقتضاه أو المؤكد لمقتضاه، وفسره صاحب «السراج الوهاج» بأنه ما كان راجعاً إلى بيان صفة مطلوبة في الثمن أو في البيع أي في موضوع العقد . والتفسير الأخير أشمل وأوضح . وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع:

١- ما يقتضيه العقد، واشترط هذا النوع كعدم اشتراطه، لأن مقتضاه لازم بالعقد شرطاً أو لم يشرط .

٢- والملائم للعقد .

٣- والجائز بدليل شرعي .

٤- وما جرى به العرف .

والفاسد عندهم ما عدا ذلك إذا كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء كان أحد العاقدين أو إنسانا غيرهما، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق .

وقد ذكر الحنفية أن الشرط الصحيح إذا ما اشترط في أي عقد وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد عليه فكان جزءا من العقد يلزم بلزوم العقد . وأن الشرط الفاسد إذا ما اشترط في العقد فسد به العقد إذا كان عقد معارضة كالبيع والإجارة والصلح على مال والمزارعة والمعاملة، وألحقوا بذلك إجازة هذه العقود والإبراء من الدين، والإقرار، وأضاف بعضهم إلى ذلك الرجعة، أما إذا كان في عقد تبرع أو عقد توثيق فإنه يلغو ويصح العقد كالقرض والهبة والصدقة والوصاية والرهن والكفالة والحوالة، وألحقوا بذلك النكاح والطلاق والخلع والشركة والوكالة .

وأن الشرط الباطل إذا ما شرط في عقد لغا، وضح العقد أي عقد كان، وعلى ذلك فالنتيجة أن الكفالة والحوالة لا تبطل بالشروط، ويجب الوفاء بالشرط الصحيح إذا شرط فيها ويلغو الشرط إذا كان فاسدا أو باطلا مع صحتهما^(١) .

تطبيقات:

إذا كفل شخص لإنسان مالا له قبل فلان مشترطا عليه في كفالته هذا المال أن يعطيه المدين رهنا به معينا، وقبل ذلك المكفول له صحت الكفالة ولزم الشرط لأنه صحيح لا ينافي مقتضاها، فإذا أبى المدين إعطاء الرهن كان الكفيل مخيرا بين أن يمضى في الكفالة وأن يفسخها .

وفي رأي أن هذا اشتراط في معنى التعليق؛ إذ الشرط يجب أن يكون التزاما من أحد طرفي العقد لطرفه الآخر المشترط له، وذلك يقتضى أن يكون تنفيذه في مكنته وتنفيذ هذا الشرط ليس في مكنة المكفول له إذ ليس له سلطان على المدين، وإذن يكون معنى ذلك أنه كفل له دينه إن أعطى به المدين رهنا . فإن أعطى به رهنا تحققت الكفالة

(١) الهداية والفتح ج٥ ص ٢١٤ - ٢١٩، وابن عابدين ج٤ ص ١٣٤ - ١٣٨ .

والألا. وعند ذلك لابد من كفالة جديدة. وإذن فمعنى مضى الكفيل في الكفالة إذا لم يتحقق الشرط تجديدها.

وإذا كفل شخص دين إنسان على أن يوفيه إياه من ودیعة للمدين عنده وقبل كل من المكفول له والمدين ذلك فالكفالة صحيحة، ويجبر الكفيل الوديعة على إيفاء الدين من الوديعة فإن هلكت فلا ضمان على الكفيل وتنتهي الكفالة، وإذا رد الوديعة إلى صاحبها أو أخذها منه صاحبها عن رضی ضمناها. والدين على الضامن بمقتضى كفاله لقيام ضمان الوديعة مقامها، وإذا ضمن ديننا على ألا يؤديه في حياته فذلك جائز ويؤخذ من تركته بعد وفاته؛ لأن ذلك في معنى إضافة الكفالة إلى ما بعد الموت وإضافتها جائزة^(١).

وهذه هي الكفالة المقيدة بالعين وقد تقيدت بعين مملوكة للمدين في هذه المسألة، ويلاحظ أن مقتضى الحكم في الصورة الأولى التي قيدت فيها الكفالة بالوديعة أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وإنما يؤخذ من الوديعة أو من ضمانها فقط حتى إذا هلكت لا إلى بدل بطلت الكفالة، وإذن كيف يتم شغل ذمة الكفيل بالدين أو بأدائه إذا لم يلزم الكفيل في ماله وخاصة عند هلاك الوديعة، وهل يكفي في تحقق الكفالة في هذه الصورة وثبوت ضمان الكفيل بناء عليه أن تشغل ذمة الكفيل بأداء الدين من مال المدين؟ - الواقع أن هذه كفالة مقيدة بعين للمدين كالحالة المقيدة بمال للمدين، وقد ذكرها قاضيخان في شرحه على الزيادات لمحمد^(٢).

(١) الهندية جـ ٣ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣.

(٢) وإذا كانت الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو في المطالبة وبها تشغل الذمة فقد تقيدت بعين للمدين في يد الكفيل، وعلى هذا يجبر الكفيل على الوفاء منها لا من ماله، وهذه يشترط فيها رضا المدين بذلك، ورضاه بذلك جعل له الحق في أن يتصرف في الوديعة بالبيع في سبيل الوفاء منها، ويكون تصرفه بناء على قيامه مقام المدين نيابة عنه نشأت عن رضا المدين بهذه الكفالة ويمتنع حيثذ على المدين طلبها من الكفيل كما يمتنع على الكفيل أن يسلمها للمدين. وإذا هلكت بلا تعد فلا ضمان على الكفيل وتنتهي الكفالة بهلاكها، وإذا تعدى عليها الكفيل فضمنها قام ضمانها مقامها ولا تنتهي الكفالة - وإذا سلمها الكفيل للمدين كان متعددا وكان ضامنا لقيمتها وبقيت الكفالة متعلقة بضمانها، وإذا وفى الدين في هذه الحال كان له حق الرجوع على المدين لقيامه بوفاء دين عليه يأمره فلم يكن متبرعا ومحل النظر في هذه المسألة أن الكفيل هنا هل يعتبر كفيلا أم يعتبر عدلا رضيه الدائن والمدين وقد رهنت الوديعة عنده ووكل بالوفاء منها؟.

وإذا اعتبر عدلا وجب عند هلاك الوديعة بلا تعد هلاكها على الدائن بالأقل من قيمتها ومن الدين، وذلك ما لم يشر إليه في هذه المسألة كما يرى أن قولهم بأن المال على الكفيل بمقتضى كفاله عند تعديه =

ومن فقهاء الحنفية من ذهب إلى بطلان الكفالة إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومن ذلك ما نقله الكمال بن الهمام عن الخلاصة - إذا كفل شخص ديناً لآخر على أن يجعل له الدائن رجلاً على كفاله فالكفالة باطلة^(١)، ومن ذلك أيضاً ما جاء في «الهندية» وعن أبي يوسف: إذا كفل إنسان دين آخر على أن يعطيه هذا الدين من ثمن هذا المنزل وليس المنزل له فالضمان باطل - وكذلك إذا ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له، فالضمان باطل^(٢). وجاء فيها أيضاً - إذا ضمن ديناً على ألا يؤديه فالضمان باطل.

= على الوديعة بتسليمها إلى المدين يفتى اعتباره عدلاً؛ إذ لو كان عدلاً في هذه الحال لكان الحكم أنه ضامن للوديعة وحل الضمان محل الوديعة في الرهنية وتعلق الدين بالضمان ولا يقال إن الدين على الكفيل بمقتضى كفاله.

وإذا اعتبر كفيلاً أي مديناً بمقتضى كفاله فكيف لا يلزم في ماله في هذه الحالة وإنما يلزم في مال غيره، حتى إذا هلك بالمجان برئت ذمته ولا يؤخذ الدين من ماله - والإنسان لا يكون مديناً في مال غيره، وقد يقال أنها كفاله مقيدة بالوفاء من الوديعة أي مؤقتة بوجودها تحت ولايته أو بوجود ضمانها، ومشروطة بالوفاء منها لا من ماله ونظير هذا الحوالة المقيدة بمال للمدين عند المحال عليه فإن الحوالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، ومع ذلك تنقيد بما أدى المحال عليه للمحيل المدين من مال إذا قيدت به ولا يوفى الدين إلا منه، وإذا هلك المال لا إلى بدل انقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل الذي كان مديناً - ولا شك أن هذا نظير ذلك فالمحال عليه في هذه المسألة مدين ولا يوفى الدين من ماله، وفي هذه الحوالة يقول قاضيخان في شرحه على الزيادات أنها نوع من الكفالة المقيدة بما للأصيل لدى الكفيل من مال، وقبها لا يوفى الدين إلا من هذا المال. وعلى ذلك فالمسألة المذكورة هي نوع من الكفالة التي تنقيد بما يكون للأصيل لدى الكفيل من مال كالحوالة المقيدة عند الحنفية - وهذه غير الكفالة المقيدة عند الشافعية وهي الكفالة المقيدة بعين مملوكة للكفيل، ولا يكون الكفيل مطالباً إلا في هذه العين. وفي هذه الحال يجب تسلم العين إلى الدائن لتكون تحت يده توثيقاً لحقه فيكون حكمها حكم الرهن وليست رهناً. أما ما ذهب إليه القانون في هذا النوع من الكفالة فهو أن يقوم الكفيل بتقديم العين التي يقيد بها كفاله رهناً إلى الدائن إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا تتم الكفالة العينية إلا بذلك قانوناً.

وأما الضمان المقيد بالعين عند الشافعية فالظاهر أنه يكون برهناً لدى الدائن من قبيل مالها - وتباع العين في الدين ولا يصير به مالك العين مديناً حتى لو توفي لا يحل الدين بوفاته ولو تلف الموهون لم يلزمه أداء الدين (ج٤ - ص ٢٤٠ نهاية) - وجاء فيها: لو قال شخص للمدين ضمنت ما لفلان عليك في رقة عتدي من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن - ومقتضى هذا أنه لا يشترط في الكفالة العينية رهن العين، وعلى هذا فليُنظر ما ذهب إليه الشافعية في الكفالة أو الضمان العيني أوجب فيه رهن العين لدى الدائن كالوضع في العارية التي استعيرت لترهن أم لا يجب فيه ذلك؛ بل يصير مالك العين مطالباً بالدين في العين وتكون مضمونة عليه إذا هلكت بتعد أو بتقصير من قبله.

(١) الفتح ج٥ ص ٤٠٦.

(٢) الهندية ج٣ ص ٢٧٣.

ومقتضى ما قدمناه من أن الكفالة لا تبطل بالشروط أن تصح الكفالة في هذه المسائل ويلغو الشرط. والمختار عند الحنفية الرأي الأول. وفي الاختيار - وشرط الخيار في عقد الكفالة جائز وهي أقبل للخيار من البيع حتى جاز فيها اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه لما صح تعليقها بالشرط فلأن تصح بشرط الخيار أولى. وعلى ذلك لا تفسد باشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام وله الخيار في المدة^(١).

مذهب الزيدية:

الظاهر من عبارة «المتزغ» أن الزيدية يصححون الكفالة المقترنة بالشروط مطلقا، فإن كان شرطا صحيحا لزم، وإن كان غير صحيح صحت ولغا الشرط. ففي «المتزغ» - وتصح الكفالة مشروطة ولو بمجهول غير أنه إذا كان الشرط أجلا مجهولا لم يصح التأجيل بل يلغو وتثبت الكفالة في الحال إلا أن يتعلق به غرض كالدباس ونحوه فإنها تنقيد بذلك تبعا للعرف. أما إذا لم يتعلق به غرض كهبوب الرياح ونزول الأمطار فإنه لا يصح وتصح الكفالة.

ومن هذا يرى أن مذهب الزيدية كمذهب الحنفية على المختار عندهم من عدم تأثير الشرط الفاسد في الكفالة.

مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن ما يشترط في العقود قد يكون شرطا يقتضيه العقد ويستوجبه شرط أم لم يشترط، وهذا اشتراطه كعدم اشتراطه. وقد لا يكون كذلك وهذا الأخير نوعان: أحدهما ما لا ينافي العقد ولا يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته، وثانيهما ما نافي مقتضى العقد أو أدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحته. والنوع الأول من هذين النوعين هو الشرط الصحيح عندهم؛ وهو من أنواع الصحيح أيضا عند الحنفية والنوع الثاني هو الشرط الفاسد. والأول اشتراطه صحيح والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن وإلا فسخ العقد بطلب بمن له المصلحة في فسخه لأن فيه مصلحة مشترطة غير محظورة تم العقد عليها فإذا فاتت وجب فسخ العقد لزوال الرضا به وذلك كأن يشترط الكفيل على الدائن عدم تنازله عما رهنه المدين عنده أو يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالمدين غاب المدين أو حضر وليس يختلف هذا عن رأي الحنفية فهما شرطان صحيحان عندهم.

والثاني شرط فاسد فإن كان اشتراطه مؤديا إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كان العقد باطلا ولم يكن للعاقدين خيار في إمضائه؛ لأنه شرط أريد به حل ما حرمه الله كأن يشترط في البيع أن يدفع ثمن المبيع من غلاته في مدة معلومة محددة، وكاشتراط المرتهن على الراهن أن يتفجع بالرهن ما دام تحت يده، وكان يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين وإن لم يثبت على المدين، أما إذا لم يؤيد إلى ذلك، وإنما كان منافيا لما يقتضيه العقد كان يتسبب عنه منع أحد العاقدين مما يملكه بالعقد المشترط فيه مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أبدا أو إذا أراد بيعه باعه بنفس ما اشتراه به لا أكثر من ذلك، وأن يشترط الكفيل على الدائن ألا ينفذ عليه في أمواله فإن اشتراطه يوجب فساد العقد المشترط فيه ما تمسك به مشترطه، فإن تنازل عنه وتركه صح العقد ونفذ، ومن ذلك يرى أن حكم العقد مع اشتراط شرط فاسد فيه غير حكمه عند الحنفية.

وفي هذا الموضوع تفصيل طويل وبيان مسهب ذكره الخطاب في كتابه «الالتزامات» فارجع إليه إن شئت لأننا ما أردنا إلا بيانا إجماليا نؤسس عليه أحكام اقتران الكفالة بالشرط.

وجملة القول أن المالكية يرون أن اقتران الكفالة بشرط يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحتها مبطل لها وأن اقترانها بشرط يتنافى مع ما يقتضيه عقدها مبطل لها ما تمسك صاحبه به، وعلى ذلك قالوا: إذا كفل دينه نظير عوض مالي مقدر فالكفالة باطلة كما تقدم لأنه شرط ينافى مقتضاها، وهي أنها تبرع وعمل خير لا يصح الاعتياض عنه، وكذلك قالوا إذا كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول له بدينه قبل شخص آخر بطلت الكفالة لما في هذا الشرط من معنى المعاوضة الذي يتنافى مع مقتضاها، والكفالة في هذه الحال باطلة إذا تمسك الكفيل بهذا الشرط. أما إذا تنازل عنه وتركه فإن كفل له بما يدعيه من دين قبل فلان وإن لم يكن ثابتا فإنها تبطل لاقترانها بشرط يخل بشرط من شروط صحتها وهو ثبوت الدين المكفول به ولا تصح بالتنازل عن هذا الشرط كما تقدم.

مذهب الشافعية:

ويرى الشافعية أن الشروط التي تشترط في العقود قسمان - شروط صحيحة وشروط غير صحيحة؛ ذلك لأن ما يشترط في العقود إما أن يكون في اشتراطه غرض في العادة والعرف وإما ألا يكون في اشتراطه غرض، فإن لم يكن في اشتراطه غرض

في العادة والعرف كان شرطا لاغيا وكان اشتراطه لعبا ولهوا، وعندئذ لا يلزم ولا يؤثر في العقد وكأنه لم يشترط؛ وهذا محل اتفاق عند الجمهور منهم، وليس يظن أن يكون هذا محل خلاف بين الجمهور من غيرهم. وإن كان في اشتراطه غرض عادة وعرفا، فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صح ولزم، وهذا هو الشرط الصحيح عندهم وهو شرط لازم سواء أترتب عليه منفعة لأحد العاقدين أم منفعة لهم جميعا، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان وصف أحد العوضين في عقود المعاوضة وما يذكر لبيان ما أعطى للمتبرع له في عقود التبرع. وإن لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه كان شرطا فاسدا مفسدا للعقد. ويدخل في ذلك ما نهى عنه الشارع من الشروط، فإن النهى عنها يدل على أن لا مصلحة للعقد في اشتراطها؛ بل في اشتراطها المضرة.

غير أن الشافعية لم يعنوا ببيان مرادهم من «مصلحة العقد» في حين أنها كلمة مرنة لا تخلو من إبهام يحول دون تحديد المعنى المراد. وقد ذهب في بيانها الشافعية مذاهب شتى لا ينضبط معها نظام ما يصح اشتراطه ويعد شرطا صحيحا، وما لا يصح اشتراطه ويعد شرطا فاسدا. كما ذهب الشيخ زكريا الأنصاري في بيان ذلك مذهبا أراه لا يغني، فقد رأى أن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه ويعد شرطا فاسدا يفسد العقد باشتراطه فيه. أما إذا لم يؤدي إلى ذلك كان من مصلحة العقد اشتراطه وكان شرطا صحيحا، ولعله يريد بالصلة التي يفسد بها العقد الصلة التي لا تكون محددة تحديدا يمنع الخلاف والنزاع. أما المحددة على وضع يحول دون حدوث أي خلاف أو نزاع فلا يترتب عليها فساد الشرط المستوجب لها وذلك كاشتراط التأجيل في البدل إلى أجل مسمى معين^(١) وليس يتيسر مع هذا الإبهام الموازنة الدقيقة بين مذهبهم ومذهب غيرهم.

وعلى ذلك فالشافعية يرون أن اقتران الكفالة بالشرط الصحيح جائز وعندئذ تصح الكفالة ويلزم الشرط، كما إذا كفّل شخص لآخر دينه قبل مدينه فلان على ألا يطالب بهذا الدين قبل شهر من الآن، أو على ألا يطالب بذلك الدين إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به.

واقترانها بالشرط الفاسد يبطلها وعلى ذلك لو كفّل شخص لفلان دينه قبل فلان على أن يكون فلان هذا بريئا من هذا الدين المكفول به أو على أن يكون فلان الكفيل

(١) راجع أسنى الطالب شرح روض الطالب ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤٢ و ص ٤٣١.

بهذا الدين بريئا منه أو على ألا يطالب به الأصيل فالكفالة باطلة لاقرانها بشرط يخالف مقتضاها. وكذلك لو قال شخص لآخر: كفلت لك دينك قبل فلان وكل دين تدعيه قبله وإن لم يكن ثابتا، فالكفالة الثانية باطلة لاقرانها بشرط يخالف شرطا من شروطها وهو أن تكون الكفالة بدين ثابت، وكذلك لو كفل بدينه قبل فلان على أن يعطى عوضا عن هذه الكفالة لم تصح كذلك لاقرانها بشرط فاسد، وهكذا كل كفالة اقترنت بشرط فاسد.

مذهب الحنابلة:

ويذهب الحنابلة إلى قسمة الشرط قسمين أيضا: شرط صحيح، وشرط غير صحيح. والصحيح عندهم كل ما كان في اشتراطه مصلحة للعقد مما لا ينافي مقتضاه ولم يرد فيه عن الشارع حظر، ولكنهم يتوسعون في معنى المصلحة حتى أنهم ليرون كل شرط يشترط في العقد شرط صحيح إلا في الأحوال الآتية:

(١) أن يكون الشرط مستوجبا لإنشاء عقد آخر وذلك لنهي النبي ﷺ عن صفتين في صفقة، وهذا النوع من الشروط شرط فاسد يفسد به العقد الذي اقترن به، وهم يتفقون في هذا مع الحنفية.

(٢) أن يكون شرطا منافيا لمقتضى العقد الشرعي كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو لا يقفه، وهذا النوع من الشروط يعد شرطا فاسدا لا يفسد به العقد فيصح العقد معه ويلغو الشرط؛ لأنه يعتبر رفعا للعقد الذي رضيه العاقدان فيكون لغوا، وهم في هذا يتفقون مع الحنفية إذا كان العقد ليس عقد معاوضة - أما عقد المعاوضة فإن هذا النوع من الشروط يفسد به عندهم.

(٣) أن يجمع في عقد بين شرطين وذلك لما رواه عبد الله بن عمر - لا يحل شرطان في بيع. وغير البيع مقيس عليه، وقد اختلفت الحنابلة في المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين كما هو ظاهر الحديث، وآخرون إلى أن المراد بهما الفاسدان. وذكر البغوي أن المراد به أن يقول البائع بعتك هذه السلعة بألف نقدا وبألفين نسيئة، وقد روى عن أحمد أن اشتراط شرطين صحيحين في العقد صحيح^(١).

(١) راجع نيل الاوطار ج ٥ ص ١٥٢.

وأن هذا الحديث لا أصل له في كتب السنة وذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أن كل شرط صحيح ما لم يكن شرطا محظورا نهى عنه الشارع أو حل حراما أو حرم حلالا، والواقع أن هذا الموضوع موضوع نظر أو إشكال، كما يظهر ذلك من خلافهم في المراد بالشرطين^(١).

وعلى ذلك فالشرط غير الصحيح عندهم ما كان مستوجبا لإنشاء عقد آخر أو ما كان منافيا لما يقتضيه العقد أو ما شرط مع غيره من الشروط. واقتران الكفالة بالشرط الفاسد مفسد لها عندهم إذا ما اقتضى إنشاء عقد آخر، فإذا قال شخص: كفلت دينك قبل فلان على أن تبرئ «فلانا» الكفيل به من الكفالة لم تصح الكفالة، وكذا لو قال له: على أن تبرئني من كفالتى لك بدينك قبل زيد «فلان آخر» لم تصح الكفالة؛ لأن ذلك شرط بفسخ عقد في عقد آخر فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك تفسد الكفالة إذا شرط الكفيل في عقدها أن يضمن هذا الدين فلان أيضا على أن يضمن دينه قبل فلان آخر أو نفس المكفول عنه، أو على أن يؤجره منزله أو على أن يبيعه أرضه الفلانية، ففي كل هذه الصور لا تصح الكفالة لاشتراط عوض فيها فكان كبيعتين في بيعة وذلك منهي عنه.

مذهب الشيعة الجعفرية:

ذهب بعضهم إلى أن الكفالة تبطل إذا اقتترنت بالشرط الفاسد، ومثلوا لذلك بأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك دينك قبل فلان بشرط أن تبرئ «فلانا» شخصا آخر، من كفالة هذا الدين، وذهب آخرون إلى صحتها مع اقترانها بأى شرط، وفرعوا على ذلك صحة الكفالة في المثال السابق وحيث لا يكون كفيلا مطالبا إلا إذا أبرأ الكفيل الأول، وكذا تصح إذا قال له: ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئني من كفالتى بدين فلان أو على أن تكون ضامنا لسديني قبل فلان أو على أن يضمن المضمون ديني قبل فلان، أو على أن تبيعني كذا أو على أن تؤجرني كذا فتصح الكفالة على هذا الشرط، ولا يطالب الضامن إلا عند تحقيق الشرط^(٢).

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء ٣ ص ٣٢٣-٣٢٦.

(٢) راجع تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٧٥.

حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشرط في القانون:

تصح الكفالة مؤقتة ومضافة ومعلقة في التشريع الوضعي ما دام ذلك غير مخالف للنظام العام فإذا خالف النظام العام، لغا التوقيت كما لا يكون للشرط وجود معتبر فيستمر الالتزام إذا كان فاسخا على الرغم من وجوده كما لا يترتب على وجوده تحقق الالتزام إذا كان واقفا - وقسمة الشرط هذه القسمة في هذا التشريع اصطلاح يخالف اصطلاح فقهاء الشريعة فهو في التشريع الوضعي ينقسم قسمين - شرط واقف، وشرط فاسخ ويجعلون الالتزام التزاما معلقا على شرط إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وإن لم يكن ذلك الترتيب مفهوما من الدلالة الوضعية الصريحة للعبارة التي ينشأ بها الالتزام - فإذا كان مقتضى هذه العبارة أن وجوده متوقف على وجود شرط معين بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا لم يتحقق لم يوجد، فهذا الشرط يعتبر شرطا واقفا، وإذا كان مقتضاها أن زوال هذا الالتزام هو المتوقف على الشرط فإذا وجد زال وإذا لم يوجد استمر؛ فهذا الشرط يسمى شرطا فاسخا، وبناء على ذلك فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على وجوده وجود الالتزام، فإن لم يتحقق لم يوجد هذا الالتزام مثل أن يعلق الوصي وصيته لابنه على أن يتزوج، فالزواج في هذه الحالة شرط واقف، ومثل أن يعلق الشخص كفالته بدين فلان قبل فلان على أن يهبه سيارة معينة له فالهبة من الدائن للكفيل شرط واقف إذا تحققت تحققت الكفالة، وإذا لم تتحقق الهبة لم توجد الكفالة.

والشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على وجوده وتحققه زوال الالتزام فإذا لم يتحقق استمر الالتزام، وذلك، مثل أن يكفل شخص لشخص دينه قبل آخر على أن يكون بريئا من الكفالة إذا ما تزوج المدين ابنة المكفول له «الدائن» فزواج المكفول عنه بابنة الدائن «المكفول له» شرط فاسخ، فإذا كان تحقق انقضت الكفالة وانتهت.

ومن هنا يرى أن أحوال التعليق للكفالة بحسب الاصطلاح الفقهي الإسلامي هو من أحوال الشرط الواقف، بحسب الاصطلاح الفقهي الوضعي، وأحوال التوقيت تعد من أحوال الأجل الفاسخ؛ وذلك لزوال الالتزام بانتهاء الوقت فكان انتهاء الوقت فاسخا ومنها للالتزام.

أما أحوال الإضافة فهي من أحوال التأجيل الواقف عندهم، أما أحوال الاقتران بالشرط فهي في اصطلاحهم أحوال تعم أحوال التوقيت والتعليق والإضافة وهي في حكمها على العموم تخضع لقاعدة عدم المخالفة للنظام العام، ولذا كان الحكم فيها هو الصحة ما لم تخالف النظام وإلا بطلت ما تضمنته من الشروط على ما بيناه آنفاً في أحوال التعليق والإضافة، أما في غيرها من أحوال الاقتران بالشرط فلإن الشرط يبطل أيضاً فإن كان من مقتضاه وجود الالتزام عند وجود الشرط لم يحدث الالتزام وإن كان من مقتضاه انتهاء الالتزام عند وجوده لم ينته الالتزام بوجوده ولم يكن لوجوده اعتبار. ويلاحظ أن القانون المدني في المادة ٧٨٠ ينص على أن الكفالة إذا اقترنت بما يدل على تعلقها بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين أو بما يجعل الكفيل في مركز أشد وطأة من المدين لم تجز فلا تجوز بمبلغ أكبر ولا بشرط أشد، ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون. وبناء على ذلك إذا كان الدين مؤجلاً أو مستقبلاً فلا تصح الكفالة به منجزة؛ ذلك لأن الكفالة كما في المادة ٧٧٢ عقد يلتزم به الكفيل تنفيذ التزام المدين؛ وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين؛ وذلك ما يقضى بأن يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول وألا يتجاوزه، ولكن يجوز أن يكون أقل منه. وعلى هذا لا تجوز الكفالة بدين مؤجل على أن يكون حالاً على الكفيل ولكن تجوز كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلاً أو معلقاً - والمادة ١٠١٣ عراقى تنص على أن الدين إذا كان مؤجلاً على الأصيل تأجل على الكفيل وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل. والمادة ١٠١٤ تنص على أن الدين الحال إذا كلفه كفيل كفالة مؤجلة تأجل عليه وعلى الأصيل إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو شرط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فعند ذلك يقتصر على الكفيل.

وجملة القول عند فقهاء القانون هو جواز الاشتراط ما لم يكن الشرط مخالفاً للنظام العام ومخالفاً للآداب، أما إذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو للآداب، فإن كان شرطاً واقفاً فإن الالتزام لا يقوم ولا يكون له وجود ولو تحقق الشرط، وأما إذا كان فاسخاً فإن الشرط نفسه لا يمكن أن يعد له وجود. وبناء على ذلك يكون الالتزام باقياً مستمراً.

شروط الكفالة

ذكرنا فيما سبق أن عقد الكفالة يقتضى وجود كفيل ومكفول عنه ومكفول له ومكفول به وصيغة العقد وقد تكلمنا عن الصيغة والآن نتكلم على ما عداها وذلك ببيان شروط كل من هذه الأركان.

أهلية التبرع:

يشترط فى الكفيل أن يكون أهلا للتبرع؛ لأن الكفالة كما قدمنا تعد من التبرعات، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه لانعدام أهلية التبرع عندهم، وذهب القاضى أبو لیلی من الحنابلة إلى أن كفالة السفیه تصح، ويتبع بعد فك الحجر عنه كإقراره بالدين، ورد بأنها إنشاء التزام بخلاف الإقرار فإنه أخبار، وكذلك لا تصح كفالة المكروه لأن الاختبار شرط فى التصرف، ويرى المالكية أن كفالة المفلس لا تصح لأنه لا ينفذ تبرعه وهو رأى الصحابين من الحنفية؛ إذ يريان أن المحجور عليه للدين لا ينفذ تبرعه إلا بإجازة الدائن، وخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة فأجازوا له أن يكفل، وهو رأى الشيعة الجعفرية لأنه أهل للتصرف، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته إلا أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لدينهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه، وإذن تكون النتيجة ثبوت الدين فى ذمته الآن وعدم مطالبته إلا بعد أن يتملك مالا لا يتناوله الحجر عليه. وعلى ذلك فهم يرون أنه أهل لأن يلتزم فى ذمته ولو كان ذلك بطريق التبرع منه.

كفالة المريض:

أما المريض مرض الموت فكفاله فى مرضه لا تتجاوز ثلث تركته مع سائر تبرعاته إلا بإجازة ورثته عند الحنفية والحنابلة والمالكية؛ لأن الكفالة تبرع وتبرعه فى مرض موته يأخذ حكم الوصية، فإذا كان دينه مستغرقا لأمواله فكفل أو كان غير مدين فكفل لو ارث أو عن وارث له فإن كفاله تكون متوقفة على الإجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز ثلث تركته، وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض من رأس ماله، إلا إذا ضمن

وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته^(١) أو ضمن ضمانا لا يستوجب رجوعا على الأصيل بأن ضمن بغير أمر المدين فيكون حيثنذ تبرعا يتقيد بثلك المال لأن تصرفه حال مرض الموت له حكم الوصية إذا كان من قبيل التبرع، ولكن إذا استغرق الدين مال المريض، وقضى به بظل ضمانه لأن الدين مقدم على الضمان^(٢).

كفالة السكران:

ويصح ضمان السكران للاعتداد بعبارته في التصرفات إذا كان سكره بمحرم، ولا يصح إذا كان سكره بغير محرم.

ومن المالكية من رأى عدم صحة ضمانه مطلقاً.

ضمان الزوجة:

وكذلك يصح ضمان الزوجة بدون إذن زوجها. وذهب المالكية إلى أن ضمان الزوجة نافذ في حدوث ثلث مالها بدون إذن زوجها. أما إذا زاد على الثلث فيصح ولكن لا يلزم إلا بإجازة الزوج. وللزوج رد الجميع حيثنذ إلا أن يزيد يسيرا كالدينار وما قل مما يعلم أنها لم تقصد به إضراراً فتمضى الكفالة حيثنذ وله هذا الحق وإن كانت الكفالة عنه^(٣).

ملاءة الكفيل:

واشترط الشيعة الجعفرية زيادة على اشتراط أهلية التبرع ملاءة الكفيل وقت الضمان فإن لم يكن مليئاً، اكتفى بعلم المكفول له بإعساره، فلو ضمن معسر دينا ولم يعلم الدائن بإعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه على الأصيل، ولا يشترط استمرار اليسار إلى وقت الوفاء، ومرد ذلك أن الضمان عندهم ينتقل به الدين إلى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل.

وهل يشترط في الفسخ أن يكون فور علمه بإعساره، أو لا نشترط الفورية؟ في ذلك إشكال^(٤).

(١) أما لو أيسر وأمكن أخذ المال منه فإنه يتبين أن ضمانه كان من رأس ماله.

(٢) يراجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢، ٤٢٣، والمغنى ج٥ ص ٧١، ٧٢ وابن عابدين ج٤ ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٣) دردير ودموقى ج٣ ص ٣٣١ والخرشى ج٦ ص ٢٦.

(٤) تحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٠.

معرفة المكفول عنه والمكفول له والمكفول به:

لا يشترط معرفة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له عند جمهور الحنابلة، فقد ضمن كل من على رضى الله عنه وأبى قتادة من لم يعرفاه، وهو الميت الذى جىء به ليصلى عليه الرسول ﷺ لصاحب الدين عليه دون أن يعرفاه أيضاً وقبل النبى ﷺ منهما ذلك .

أقول: والاستناد إلى هذين الأثرين يدل على أنه عند جهل الضامن بهما يجب أن يكون ذلك على وضع يؤدى إلى معرفتهما وتعيين الدين المضمون وإلا فكيف تتم الكفالة بعبارة الضمان وتعيين الدين المضمون .

وقال القاضى أبو يعلى من الحنابلة: يجب معرفتها جميعا . ووجهه ظاهر وذكر وجهها آخر هو أنه يجب معرفة الضامن للمضمون له حتى يستطيع أن يؤدى إليه الدين ولا تشترط معرفة المضمون عنه لعدم اشتراط رضاه ولا معاملة معه .

وعند الشافعية الأصح أنه يشترط أن يعرف الضامن المكفول له لتفاوت الناس فى المطالبة حتى يتفى الضرر ويستطيع إبراء ذمته بأداء الدين إليه، ولا يشترط معرفته المكفول عنه؛ لأن الكفالة معروف وقد يصنع المعروف مع غير أهله، وما قبله اشتراط معرفته أيضا ليعلم يساره وقدرته على الوفاء^(١) .

وعند أبى حنيفة ومحمد لا بد من قبول المكفول له الكفالة كما تقدم، وعلى ذلك فمعرفته لازمة لتنشأ الكفالة عندهما . أما عند أبى يوسف فالظاهر أنه يجب معرفته كذلك ليؤدى الكفيل الدين إليه وإن كان يرى أن الكفالة تتم من جانب واحد هو الكفيل، ويؤيد هذا إطلاق الكتب اشتراط معرفة المكفول له لصحة الكفالة عند الحنفية .

(١) ويظهر لى أن اشتراط المعرفة يعنون به أن يكون الإيجاب بالكفالة متضمنا ما به يعرف المكفول به والمكفول من اسم أو لقب أو نحو ذلك حتى يكون للشرط مظهر خارجى ينسب عليه القضاء . وفى شرح الدر المختار أن تعيين مقدار الدين إلى المكفول له لا إلى الكفيل لأنه صاحب الدين، وهذا مخالف لما فى أمهات الكتب، فإما أن يكون سهواً أو قولاً غير مشهور وإلا وجه أن التعيين يجب أن يكون إلى الملتزم بالدين؛ لأنه هو الذى سيدفع الدين، وقد يكون من وراء ذلك رجوعه على المكفول عنه إذا ما كانت الكفالة بالأمر فوجب أن يختار ما هو أسهل وأيسر وفاء، وعلى ذلك إذا قال الكفيل لشخص أنا كفيل لك بما لك من ديون على الناس هل تصح هذه الكفالة ويطلب الكفيل بكل دين له على أى إنسان بناء على أن هذه كفالة منجزة وعدم معرفة المكفول عنه فيها لا يمنع من صحتها؟ الظاهر من إطلاق العبارة أنها كفالة صحيحة لأنها كفالة منجزة لا يشترط فى صحتها معرفة المكفول عنه وهى مجرد التزام من الكفيل بكل دين للمكفول له ولا يعنيه معرفة المكفول عنه؛ إذ لا يشترط رضاه ولا قبوله وليس له حق الرجوع عليه وإذن فليس على المكفول له إلا أن يعين ديونه للكفيل فيلتزم بها .

أما المكفول عنه فمعرفة شرط أيضا عند الحنفية إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: ما بايعت أحدا من الناس أو ما أقرضت أحدا من الناس فأنا كفيل أو أنا كفيل لك بعد شهر بما ستبيع به هذه الدار لأي شخص، أو قال له: كفلت لك بما بايعت أحدا من الناس، إذ إنها في هذا المثال أيضا مضافة إلى وقت المبايع، فإن الكفالة في هذا وأمثاله غير صحيحة لجهالة المكفول عنه حال الإضافة وحال التعليق، أما في حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة ومثلوا ذلك بقولهم أن يقول الكفيل لشخص: كفلت لك بما لك على فلان أو فلان، فإذا قال له ذلك صحت الكفالة، وكان إليه تعيين المكفول عنه منهما لأنه الملتزم بالدين كما في «الهداية» وكما في «الحاكم»، أما جهالة المكفول به فلا تمنع من صحة الكفالة مطلقا^(١)، وفيه إذا قال الكفيل: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل^(٢).

شروط المكفول عنه:

قد يكون المكفول عنه وهو المضمون لدينا عند الإيجاب بالكفالة، وقد يكون غير مدين في ذلك الوقت كما في الكفالة بالدين الموعود به، وكما في الكفالة المعلقة على سبب وجوب الدين، وسيأتي الكلام على ذلك، وعلى أية حال فالشرط في المكفول عنه

(١) الفتح ج ٤ ص ٤٠٤.

(٢) أقول: إنما لم تجز هنا لجهالة المكفول عنه فيما هو معلق لأن «ما» شرطية بدليل اقتران الجزاء بالفاء وجهالة المكفولة عنه في الكفالة المعلقة مانعة من صحتها، ولكن قد يقال إن «ما» هنا موصولة ووجود الفاء لما فيها من العموم وعلى ذلك يكون هذا الفرع دليلا على أن جهالة المكفول عنه على هذا الوضع مانعة من صحة الكفالة وهو وجيه في نظري لفحش الجهالة (راجع كذلك الدر وابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٧) غير أنه قد جاء في الدر: قال رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ منه ماله كان ضامنا في حين أن الموضع موضع تعليق، وجهالة المكفول عنه في التعليق تمنع صحة الكفالة فكيف يضمن مع بطلان الكفالة. وقد أجيب عن ذلك بأن هذا استثناء من القاعدة السابقة مرجعه إلى إرادة الزجر عن مثل هذا الضمان الذي يتضمن غرورا. ولذا قال أبو السعود أن الضمان في هذه المسألة مرجعه إلى الغرور لا إلى صحة الكفالة، والغرور يوجب الضمان وخاصة إذا كان الضمان مشروطا ولكن قيل أن ضمان الغرور عند الشرط هو من ضمان الكفالة (راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣١٦، ٣١٧) غير أنه إذا عد كذلك فهي في هذا المثال كفالة معلقة فكيف لزم مع جهالة المكفول. وعلى الظاهر من القواعد الدالة على وجوب تجنب الغرور في المعاملات والالتزامات يقضى بأن مثل هذه الكفالة غير صحيحة لفحش الجهالة، ولعل التمثيل السابق يوحى بأن الجهالة المغترة هي الجهالة الناشئة من أن يكون المكفول أحد شخصين أو ثلاثة مثلا.

عند أبي حنيفة أن يكون قادرا على الوفاء بالمكفول به إما بنفسه وإما بنائبه فلا يصح «ضمان الميت» مدين توفي لا عن تركة ولا عن كفيل بالدين؛ ذلك لأن الميت في هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة وليس عنده إلا «الأداء» الواجب الشاغل للذمة، وهو متعذر في هذه الحال فيسقط بالموت؛ إذ لا تكليف بما لا يستطيع وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو المطالبة به ولا دين ولا مطالبة، حيثذ ولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطا. أما إذا ترك مالا فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصي على التركة أو بواسطة الخلف وهو الوارث ولبقاء المطالبة به في هذه الحال إذ يطالب النائب أو الخلف بأدائه حيثذ فصحت كفالته لذلك، وكذلك إذا ترك كفيلًا بهذا الدين جاز لآخر أن يكفل به أيضا لبقاء القدرة على الوفاء بواسطة الكفيل ولبقاء المطالبة بمطالبة الكفيل.

وذهب الصحابان إلى جواز الكفالة بدين المتوفى إطلاقا ترك مالا أم لا، ترك كفيلًا به أم لا^(١)، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية، واحتجوا بحديث قتادة المار إذ قبل رسول الله ﷺ كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء ولا كفيلًا، وبحديث عليّ رضي الله عنه أيضا: فقد روى أبو سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قبل كفالة عليّ في مثل هذه الحادثة، ويؤيد ذلك أيضا صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالا، وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك إبراءه حيثذ، كما احتجوا أيضا بأن الموت ليس سببا لسقوط دين لغير الميت إذ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو انفساخ سببه ولم يحدث شيء من ذلك، ولذا لا تنتهى كفالته بالموت إذا حدث قبله، هذا، وإذا جاز أن يجاب عن ذلك بأن صحة الإبراء والأداء إنما أريد بها تخليصه من إثم الماطلة في قضاء الدين والتقصير في أدائه لا قضاء الدين على الحقيقة على ما في ذلك من بعد، فإن ذلك لا يقتضى عدم العمل بالحديث، وادعاء أن الكفالة في الحديث كانت سابقة على الوفاة وأن الحديث عنها فيه كان إخبارا لا إنشاء لها ادعاء بعيد ولا دليل عليه. ولا يشترط رضا المكفول عنه بكفالة دينه بل تصح مع كراهته لذلك، ويقول ابن قدامة أنه لا علم في ذلك خلافا ووجهه أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين على غيره من غير إذنه ومن غير رضاه فقبل الدائن ذلك صح، فدل ذلك على أن صحة ضمانه من غير رضاه أولى.

(١) بدائع ج٦ ص٦، هندية ج٣ ص٢٥٣.

وكذلك يشترط عند الحنفية في المكفول عنه أن يكون معلوما للكفيل إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة لا إن كانت منجزة كما تقدم، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: كفلت مالك من الدين على الناس تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولا، ولكن في «فتح القدير» ما يشعر بأنها في هذه الصورة غير صحيحة ولأن العرف يأبى إنفاذ التزام كهذا لفحش الجهالة فيه ولكن إطلاق النصوص تخالفه، وفي «الهندية» عن «الذخيرة والمحيط» أن اشتراط العلم بالمكفول عنه إنما هو عند إضافة الكفالة أو تعليقها إما عند تنجزها كأن يقول الكفيل كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه منهما كما تقدم في اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه.

وجملة القول في ذلك أن علم الكفيل بالمكفول عنه محل خلاف بين الفقهاء منهم من اشترط ذلك ومن هؤلاء بعض الشيعة، ومنهم من لم يشترط ذلك ومن هؤلاء جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة^(١).

قال في «الفتح»: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا «أى في كل حال» وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه تمنعها عند التعليق والإضافة ولا تمنع صحتها عند التنجيز، وعلى ذلك لا تصح إذا قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لجهالة المكفول عنه في الإضافة ولا تصح إذا قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لجهالة المكفول له وإذا قال ما غصبك فلان أو سرتك فعلى جازت الكفالة لعدم جهالة المكفول له والمكفول عنه وإن جهل المكفول به^(٢).

وتصح الكفالة بين الصبي والمجنون ولكن لا يرجع الكفيل في مالها إذا أدى ولو كانت الكفالة بإذنها إلا في صبي مأذون له بالتجارة، فإن إذنه بالكفالة يعتبر في الرجوع عليه.

شروط المكفول له:

يشترط فيه أن يكون معلوما للكفيل أما عند من يجعل قبوله في مجلس العقد ركنا فذلك طبيعي ومنهم الحنفية، وأما عند من يرى أن الكفالة تتم من جانب الكفيل

(١) الهندية ج٢ ص ٢٥٤ والبدائع ج٦ ص ٦ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٢٣٤ والمغنى ج٥ ص ٧١ وتحرير الأحكام

ج١ ص ٢٢٣ ومنح الجليل ج٣ ص ٢٥٢.

(٢) الفتح ج٥ ص ٤٠٤.

فلأن الكفالة قد شرعت لتوثيق الدين وتكون وسيلة إلى أدائه ولا يكون ذلك مع جهالة الدائن وإلى هذا ذهب الشافعية في الأصح عندهم من القولين. وإن كان قبوله الكفالة أو رضاه بها غير واجب عندهم لصحة الكفالة على الأصح.

وجملة القول أن الفقهاء قد اختلفوا في علم الكفيل بالمكفول له منهم من جعله شرطاً في الكفيل فجعل علمه بالمكفول له شرطاً فيه، ومنهم من جعله شرطاً في المكفول فالشرط أن يكون معلوماً لدى الكفيل وليس ذلك إلا خلافاً في التعبير؟ ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بشرط محتجاً بحديث أبي قتادة وحديث علي «المارين» إذ قبل رسول الله ﷺ كفالتهما دون أن يعلما من هو الدائن. وليس في الحديثين ما يدل على أنهما كانا عاملين بالدائن، وكل ما في الأمر أن رسول الله قبل كفالتهما دون توقف على قبول الدائن.

وبناء على ما ذهب إليه الحنفية من اشتراط العلم بالمكفول له إذا قال رجل لرجلين: كفلت لهذا بما له على فلان من دين أو لهذا كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له، كذا في «الذخيرة» ولو قال لجماعة ما بعتموه لفلان أنتم وغيركم فعلى صح ذلك في حق المخاطبين فقط، كذا في «المحيط» للسرخسي. ولو قال: من بايعك من هؤلاء وأشار إلى معدودين فأنا كفيل عنك بالثمن جاز؛ لأن المكفول له معلوم لانحصاره في هؤلاء وهي جهالة يسيرة وإليه يكون تعيين المكفول له.

وكذا يشترط في المكفول له أن يكون عاقلاً إذ لا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يميز الكفالة إذا ما وجه إليهما الإيجاب لعدم الاعتداد بعبارتهما، ولا يجوز قبول وليهما عنهما في هذه الحال لأن الإيجاب لم يوجه إليه وليس في هذا الشرط خلاف عند من يجعل القبول ركناً في الكفالة.

ويجوز قبول الصبي المميز، والسفيه عند الحنفية لأنها نفع محض فلا تتوقف على إجازة وليهما «في المال» أما عند الشيعة وأهل الظاهر فلا يتمحض فيها النفع إذ قد تكون ذمة الكفيل الذي انتقل إليها الدين أسوأ حالاً من ذمة المدين أو يعرض لها ما لم يعرض لذمة المدين، فلا يكون النفع متمحضاً؛ ولذا لا تتم بقبولهما.

شروط المكفول به:

أولاً: يشترط في المكفول به وجوبه على الأصل على وجه يلزم معه أن يسلمه ولو مستقبلاً إلى صاحب الحق، وهذا شرط يحتاج إلى بيان وتفصيل نذكره فيما يلي:

المكفول به قد يكون ديناً وقد يكون عيناً.

فإذا كان ديننا واجب أولا أن يكون ديننا صحيحا لا يسقط إلا بأداء أو إبراء، وألحق الحنفية بذلك دين نفقة الزوجة استحسانا فإنها لا تعد من هذه الديون عندهم ومع ذلك أجازوا الكفالة بها، أما غيرهم فإنهم يعدونها من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء فتجوز الكفالة بها عند وجوبها كالشافعية. وعلى الجملة فقد ذهب إلى جواز الكفالة بنفقة الزوجة الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية.

كفالة النفقة:

فالحنابلة أجازوا كفالة نفقة الزوجة ماضية أم حاضرة أم مستقبلية لأن الماضية والحاضرة واجبة فعلا والمستقبلية مآلها إلى اللزوم. وقال القاضي أبو يعلى: إذا ضمن نفقتها في المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة عليها تسقط بالإعسار.

والحنفية أجازوا الكفالة إذا كانت حاضرة أو مستقبلية أو ماضية فرضت بالقضاء أو بالرضا استحسانا، أما الماضية غير المفروضة فلا يجوز كفالتها إلا بعد فرضها، أما قبل فرضها فلا يصح كفالتها. وفي «الحنانية»: لو كفل رجل بنفقة الزوجة أبدا ما دامت الزوجية جاز وعليه الفتوى.

ويلاحظ أن النفقة المستقبلية يجوز الكفالة بها مع أنها لم تصر ديننا أصلا وهذا استحسان ويلزم الكفيل حيثنذ بما يفرض لها^(١)، وفي ابن عابدين: قال لامرأة: كفلت لك بالنفقة أبدا يلزمه النفقة ما دامت في نكاح زوجها. ولو قال لها ما دمت في نكاح زوجك فنفتكتك على لزمته الكفالة، فإذا مات أحدهما أو انتهى النكاح بأى سبب لا تبقى الكفالة^(٢).

وإلى صحة ضمان نفقة الزوجة مطلقا ذهب الشافعي في أحد قوليه والقول الآخر لا يصح ضمانها إذا كانت مستقبلية وإنما يصح ضمان الماضية والحاضرة لوجوبهما في الذمة. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية.

ثانيا: أن يكون المكفول به واجبا في الذمة عند الكفالة به أو مآله إلى الوجوب ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة وهو أحد قولين عند الشافعي. ولا يشترط أن يكون معلوم المقدار عند الكفيل، وخالف في ذلك الشافعي فاشترط أن يكون ثابتا في

(١) ابن عابدين ج٤ ص ٢٣٠ وص ٢٩٣.

(٢) الحنانية ص ٢٩٤.

الذمة عند الكفالة معلوم المقدار لدى الكفيل في قوله الجديد خلافا لقوله في القديم.

كفالة الدين الموعود به:

وعلى ذلك جازت الكفالة بالدين الموعود به وإن لم يكن موجودا عند الكفالة لأن مآله إلى الوجوب، وذلك كأن يقول شخص لآخر: أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه من الدين، أو يقول له: أقرض فلانا وأنا كفيل بهذا الدين.

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية في القديم، والزيدية خلافا للناصرية والقاسمية منهم، وخالف في ذلك الشافعية في الجديد والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فلم يجوزوا الكفالة بما سيكون من دين موعود به.

أما الجعل في الجعالة فأجاز الشيعة الكفالة به وكذلك الحنابلة والمالكية؛ لأنه التزام آيل إلى اللزوم، والشافعية أجازوا الكفالة به بعد الفراغ من العمل لا قبله في أحد قولين لهم؛ لأنه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل^(١)، وفي «المبسوط» من كتب الشيعة لا يصلح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب، وهو قول الشافعية في الجديد.

وكذلك جازت الكفالة بالدين إذا كان مجهول المقدار عند الجميع خلافا للشافعية في مذهبه الجديد والثوري والليث بن سعد وابن أبي ليلى وابن المنذر وأهل الظاهر والشيعة، غير أن الحنابلة يشترطون عند الكفالة بالمجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره، كما إذا قال شخص لآخر: كفلت لك بمالك قبل فلان ولا يعلم مقدار ذلك، أما إذا كان بخلاف ذلك فلا تصح الكفالة كأن يقول له كفلت لك ببعض مالك قبل فلان، والوجه فيه ظاهر.

ووجه ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته في أحد قولييه أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه، ووجهه في عدم صحة الكفالة بالمجهول أن الكفالة التزام دين في الذمة والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع فوجب أن يكون معلوما حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء وحتى يكون التزامه مستوجبا للثقة والاطمئنان.

(١) دردير ج ٣ ص ٢٢٤ والمغنى ج ٥ ص ٧٢ والبدائع ج ٦ ص ٦ و تحرير الأحكام ج ١ ص ٢ والمتنوع ج ٤ ص ٢٦١، والفتح ج ٥ ص ٤٠٣ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧.

ووجه قول الجمهور في صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته أن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين، وصحة الكفالة معلقة^(١) يقتضى صحتها بما سيثبت في الذمة من الدين؛ إذ المال في الحالين واحد. فأما صحتها بالدين مجهولا فذلك؛ لأنها من قبيل التبرع والتبرع لا يعيبه الجهالة كما في النذر، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك ولذا جرى به العرف ويظهر لى من الرجوع إلى عبارة من ذهب إلى جواز الكفالة بالدين الموعود به أنهم يريدون أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو في معنى المعلقة على ثبوته كما يظهر من تمثيلهم إذ يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل بايع فلانا وأنا ضامن الثمن، أو ما بايعت فلانا كذا فأنا كفيل بما يثبت لك في ذمته من المبيعة، أو أقرض فلانا وأنا كفيل بالقرض أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا به كفيل ونحو ذلك من الأمثلة ولم يخرجوا عن هذا المعنى، إلا ما جاء في كتاب «منتهى الإرادات» من كتب الحنابلة من أنه إذا قال شخص لآخر: كفلت بما تدين به زيدا صحت الكفالة على أن ذلك قد يرى أنه معنى قوله إن دابته فأنا كفيل به، فإذا أضفنا إلى ذلك أنهم يبطلون الكفالة بما لم يثبت من الدين في الذمة، في مثل أن يقول شخص لآخر: استأجر هذه الطاحونة وما أصابك من خسارة فعلى، أو اشتر من فلان على أن ما يصيبك من خسارة في بيع ما اشتريته فعلى فقد قالوا: إن الكفالة في هذه الصور باطلة لأنها كفالة بدين معدوم غير موجود ولا موعود به (هندية) إذا راعينا هذا تبينا أنهم لا يرون صحة الكفالة بكل دين مستقل لم يكن ثابتا في الذمة عند إنشاء الكفالة وإنما يريدون صحتها بدين علقت على سبب ثبوته حقيقة أو معنى^(٢). ومع هذا لم أجد من نبه إلى ذلك من الفقهاء رغم بحثي في كتبهم^(٣).

هذا، وقد أجاز القانون المدني الكفالة بالدين المستقبل إذا حدد فيها المبلغ المكفول كما أجاز الكفالة بالدين الشرطي (فقرة أولى من المادة ٧٧٨ مدني) ونصها:

(١) ذلك عند الحنفية والزيدية ورأى عند الحنابلة في صحة تعليقها. ويلاحظ أن تعليقها عند الحنفية والمالكية يكون بالشرط الملائم، ولا يجوز عند الشافعية والشيعة، وأن الشافعية لا يرون صحتها إلا حال تنجزها، وعلى ذلك لا يحتج عليهم بما ذكر.

(٢) هندية ج ٣ ص ٢٧٢.

(٣) هل يمكن أن يقال أن الكفالة بالدين الموعود به هي في كل أحوالها في معنى المعلقة على ثبوته وفي التعليق على الثبوت يوجد السبب عنده، فتكون كفالة بدين ثابت، أما الكفالة بما لا وعد فيه من الديون كأن يقول الكفيل: أنا كفيل بما سيكون لك في ذمة فلان دون سبق وعد فغير صحيحة - ولكن مع ذلك قد يرى أن في ذلك وأمثاله معنى التعليق إذ المعنى إذا وجد لك دين في ذمة فلان فأنا كفيل به.

«تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي».

ومثال الكفالة بالدين المستقبلي أن يتقدم شخص بكفالة شخص فتح له بنك مصر مثلا اعتمادا فيكفله للبنك فيما يقرضه قبل أن يشرع فعلا في الاقتراض من هذا الاعتماد أو أن يكفل شخص زوجته لمحل تجاري في ثمن ما ستشتره زوجته منه من بضائع، ففي هذه الأحوال يشترط أن يكون المكفول به في حدود الاعتماد الذي فتحه بنك مصر للمكفول عنه حتى لا يتجاوز التزام الكفيل، وأن يحدد ثمن ما ستشتره الزوجة من البضائع حتى لا يستغل المدين هذه الكفالة فيهرق الكفيل بما لم يكن يظهر أن سيصل التزامه إليه، وفي ذلك من الضرر ما يخفى، وكذلك أجاز القانون الكفالة بالدين الشرطي ومثاله أن يقول شخص لآخر: إذا أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا كفيل بها، أو إذا بعث لفلان منزل بأربعة آلاف جنيه فأنا كفيل بها، ولا شك أن هذه كفالة بدين مستقبلي. والمفهوم أن الدين الشرطي دين مستقل. وعلى ذلك فلا بد من تحديده بناء على الفقرة الأولى من المادة.

والقانون على هذا لم يخرج عما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما شرحناه قبل إلا في اشتراطه تحديد الدين، وقد ذهب في ذلك مذهبا حسنا بعدا عن الجهالة والغرر.

ومما يدل على أنها تصح بالدين المجهول أنها تصح مع التعليق بالغرر والخطر كما في الكفالة بالدرك وهي جائزة عند المالكية، وجهالة الدين المكفول به دون ذلك خطرا لأنه في الواقع معين، بل قد أقرها الكتاب العزيز في قوله تعالى: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ۗ﴾ (يوسف) وحمل البعير مجهول المقدار إذ يختلف باختلاف البعير وقوته. وقد يرد على هذا بأن حمل البعير قد يكون وزنا معروفا. أو كيلا معهودا عندهم؛ وإذا صحت الكفالة بالمجهول كان الخيار للضامن في تعيينه إذا لم يكن مقدرا في واقع الأمر كما في الكفالة ببعض دين فلان فيلزم بالبيان، وبناء على ما ذكر تصح الكفالة بالديون على اختلاف أسبابها كضمن البيع والقرض والمهر والجعل في الجعالة، وقيم المتلفات وأرش الجناية وقيمة المغصوب ودين السلم على رأى؛ خلافا لمن ذهب إلى عدم صحة كفالته للنهي عن أن يستبدل به شيء قبل قبضه، وما يدرك المبيع من استحقاق وغير ذلك من الديون الثابتة أو التي سئبت.

ثالثا: ذكر الحنفية زيادة على ما تقدم ألا يكون الدين المكفول به مستحقا بعضه للكفيل وألا يكون له حق طلب أدائه وبنوا على ذلك عدم صحة الكفالة إذا ما كفل الوكيل بالبيع لموكله المشتري بثمن ما باعه ذلك؛ لأن الكفالة التزام بالمطالبة وكفالاته بالثمن صار ملتزما ومطالباً به بمقتضى هذه الكفالة في حين أنه بمقتضى وكالته في البيع له حق اقتضاء الثمن من المشتري ومطالبته به، ولهذا لا يجوز أن يكفله لأنه حينئذ يكفله لنفسه ولا فائدة في ذلك لأنه لا يتصور منه مطالبته لنفسه بمقتضى كفالاته وإلى ذلك فإن الثمن إذا صار إلى يد الوكيل كان أمانة بحكم وكالته ولو صح ضمانه لصار مضمونا بحكم الضمان، وهذا غير جائز لأن في ذلك جمعا بين وصفين متنافيين هما الأمانة والضمان.

وجاء في «ابن عابدين» ما ملخصه:

إن الكفالة كما تكون بالمال قد تكون كذلك بتسليم المال وتقاضيه دون أن تكون بالتزامه وذلك ظاهر فيما جاء في «البحر» عن «التتارخانية» وهو: لشخص مال على رجل فقال آخر للطالب: ضمنت لك ما على فلان أن أقتضيه وأقبضه وأدفعه إليك، فقد قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه ولو من ماله، إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه إذا قبضه. وعلى هذا عرف الناس، ومن ذلك ما لو غصب شخص من مال رجل ألف دينار فقاتله المصوب منه ليأخذها، فقال له آخر لا تقاتله وأنا ضامن لك أخذها منه وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو استهلك الغاصب الألف وصارت ديناً كان عليه ضمان التقاضي منه فقط. فمثل هذا ليس كفالة بالدين نفسه ولكن بتقاضيه ثم بتسليمه، وبهذا علم أن الكفالة بالدين نوعان: كفالة بنفس الدين وكفالة بتقاضيه، والكفالة بالتقاضي كالكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم في الأعيان. أقول: وعلى ذلك فالفرق بين هذا النوع من الكفالة والوكالة بالتقاضي هو لزوم الكفالة وعدم لزوم الوكالة وإجبار الكفيل وعدم إجبار الوكيل^(١).

كفالة الأعيان:

وإذا كان المكفول به عينا فقد تكون العين من الأعيان المضمونة بنفسها، كالأعيان المصنوعة والمبيع يباعا فاسدا والمهر في يد الزوج ويدل الخلع والمقبوض على رسوم الشراء، وقد تكون من الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن والرهن

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٢.

في يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين، وقد تكون أمانة غير مضمونة كالوديعة والعارية.

ويرى الحنفية صحة ضمان النوع الأول والارتهان به ويترتب على ضمانه إلزام الكفيل بتسليمه ما دام قائما فإذا هلك ألزم ضمان مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

أما النوع الثاني فيجوز ضمان تسليمه فقط وإذن تكون الكفالة في هذه الحال كفالة بفعل هو التسليم فيلزم بتسليمه ما دام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشيء كما في الكفالة بالنفس عند موت المكفول بإحضاره - ووجه سقوط الكفالة بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الراهن في حدود قيمة الرهن فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

والنوع الثالث وهو ما يعد أمانة في يد حائزه قسما:

قسم واجب تسليمه على صاحب اليد على معنى أن عليه أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكة وذلك كالعارية في يد المستعير والعين المستأجرة في يد المستأجر^(١) وهذا القسم تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد فإذا هلك لم يلزم الكفيل بشيء أيضا لأنه يهلك مجانا لكونه أمانة.

وقسم لا يجب على صاحب اليد أن يسعى إلى تسليمه بل على المالك أن يسعى إلى ذلك. وهذا القسم لا تجوز الكفالة بتسليمه كما لا تجوز بقيمته إذ ليس شيء منهما مضمونا أو واجبا على صاحب اليد، ولا كفالة إلا بما هو واجب. ومن هذا القسم الودائع وأموال المضاربة والشركات.

وذهب الزيدية إلى جواز الكفالة بتسليم العين المضمونة، فإذا كفل كفيل بعين مضمونة كالمغصوب والعارية المشترط على المستعير ضمانها وكذلك الشيء المستأجر المشترط على المستأجر ضمانه كان ملزما بتسليمها عند وجوب ذلك التسليم، ولا يلزم بأداء قيمتها عند هلاكها إلا أن يشترط ذلك في الكفالة عند تعذر تسليم عينها - أما إذا كانت أمانة فلا يصح ضمانها عند الزيدية إجماعا^(٢). وإلى هذا ذهب الحنابلة والشيعة

(١) الفتح ج ٥ ص ٢٩٠ والهندية ج ٣ ص ٢٥٤.

(٢) المتروك ج ٢ ص ٢٦٢ و ٢٦٩، تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٢٠ وما بعدها من كتاب الغصب.

الجعفرية غير أنهم يرون إلزام الكفيل عند كفالته الأعيان المضمونة أن يسلمها ما كانت قائمة، فإذا هلكت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية وبقيمتها إن كانت قيمة وإن لم يشترط ذلك الشرط في الكفالة كما هو مذهب الحنفية. أما غير المضمون من الأعيان فلا تصح الكفالة به.

وذهب المالكية إلى أن الكفالة بالمال إنما تكون في دين لازم فلا تصح في معين، أي في عين من الأعيان كما إذا ضمن مبيعا معيناً على أنه إذا استحق لزمه عينه، وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعاريات ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة ذلك - ولا تجوز في الحدود والتعازير ولا في قصاص لأن فائدة الحماية أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى متعذر في الحدود لأن استيفاءها من الضامن لا يجوز، وإلى هذا ذهب الحنفية أيضاً؛ ولكن إذا ضمن العين على أنه إذا تلف بتعد أو بتقصير التزم بدفع قيمته أو مثله صح الضمان ولزم لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين، ويجوز تعليق الكفالة، وغاية ما فيها جهالة المكفول عنه ولا يضير ذلك عندهم خلافاً للحنفية، إذ إن ذلك لا يجوز إلا عند تنجزها لا عند تعليقها كما تقدم. وعلى هذا إذا ضمن عين المغصوب لم يصح ولكن إذا ضمنه على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان، ونتيجة ذلك أن المالكية لا يرون ضمان الأعيان على معنى تسليمها بذاتها، وإلى هذا ذهب الشافعية والناصر من الزيدية^(١). وللشافعية قول آخر بجواز كفالة الأعيان المضمونة ذكره ابن قدامة في «المغنى»، وفي المهذب للشيرازي: ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية، والبيع قبل قبضه في جوازه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن أحدهما الصحة وعليه إذا هلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما على الضامن ضمانها والثاني ليس عليه ضمانها وتنتهي الكفالة^(٢).

كفالة الأعمال:

جوز المالكية أيضاً ضمان الأعمال الملتمزم بها في الذمة كعمل المساقى وعمل الأجير إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه ومثله حمل دابة غير معينة. أما إذا اشترط على الأجير

(١) راجع الدردير والدسوقي ج٣ ص ٣٣٤ ومنح الجليل ج٢ ص ٢٤٩ والخرشى ج٥ ص ٢٨ والمذاق ج٥ ص ٩٨ والمحطاب ج٥ ص ٩٨ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤١ وحاشية الصارى ج٢ ص ١٣٨.

(٢) المهذب ج١ ص ٣٤٦.

أن يعمل بنفسه أو اشترط حمل دابة معينة فلا يصح الضمان لاستحالة استيفاء ذلك من الضامن، وإلى هذا ذهب الحنفية وكذلك جوز الشافعية الكفالة بالعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو بالمساقاة^(١).

ضمان الدرك:

ويجوز عند الشافعية أيضا ضمان الدرك وهو ضمان الثمن للمشتري إذا ما قبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة أو رده المشتري بعيب كان على الضامن ضمان الثمن للمشتري - وضمان المبيع للبائع إذا ما تسلمه المشتري ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستحقا أو معيبا، ويسمى هذا الضمان بضمان العهدة أيضا، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما بقي المضمون منهما وتيسير رده وإلا كان متعلقا بيد لهما وهو المثل أو القيمة على حسب اختلاف المضمون. ونتيجة ذلك أن ضمان العهدة يعد من ضمان العين عند بقاء المضمون ويعد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده، وقد جوز لمسيس الحاجة إليه، وظاهر أنه لا يعد من قبيل ضمان ما لم يجب مطلقا لظهور وجوب رد المضمون وجوبا مستندا إلى الماضي عند وجود السبب^(٢).

بيان حكم الكفالة بالالتزام الباطل:

ظهر لنا مما سبق أن الكفالة لا تصح إلا بما هو واجب في الذمة، وعلى هذا لا تصح كفالة المجنون ولا الصبي الذي لا يميز في ثمن ما يشتريه لأن تصرفه باطل لا يترتب عليه شغل ذمته، ولكن تصح كفالته فيما يتلفه من أموال غيره إذا لم يسلط عليها لأن أفعاله مضمونة، فإذا أتلف مالا وجب عليه ضمان مثله أو قيمته وكذلك لا تصح كفالة ما تتلفه الحيوانات من الأموال إذا لم يترتب على ذلك تضمين مالكها لأن أعمالها حيثئذ جبار، فقد روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار» فلا يترتب عليها ثبوت دين.

أما كفالة الصبي المميز فيما يشتريه أو كفالة المحجور عليه للسفه في ذلك فعند من يرى من الفقهاء كالحنفية أهليتهما لمباشرة هذا التصرف ونفاذه بالإجارة عن له الولاية فإن

(١) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٤.

(٢) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٥ و ٤٢٦.

الكفالة بذلك تصح إذا أجاز الشراء من له حق إجازته، أما إذا بطل لعدم إجازته فإن الكفالة لا تصح به، وعند من يرى أن تصرفهما كتصرف المجنون لا صحة له، ولا ينقلب صحيحا كالشافعية فإن كفالة كل منهما في ثمن ما يشتريه تعد باطلة أما قبل الإجازة فالعقد موقوف وإذن لا دين.

وذهب المالكية إلى أن ما أخذه السفية أو اقترضه أو اشترى به شيئا إن كان ذلك مما لا بد له منه صح ضمانه لأنه يلزمه في ذمته ويرجع عليه في ماله، وعلى ذلك يرجع عليه الضامن في ماله إذا أدى عنه.

أما إن كان مما لا يلزم له فكفل به رشيد، فإن الحكم في ذلك يختلف فإن كان الضامن لا يعلم أنه محجوز عليه والمضمون له يعلم ذلك لما تصح الكفالة اتفاقا ولا يلزم الضامن لأنه ضمن ما لا يجب وهو لا يعلم ذلك، وقد أقدم على الضمان على زعم أنه ضمان لواجب. وإن كان الضامن هو الذي يعلم بأنه محجوز عليه والمضمون له لا يعلم ذلك صحت الكفالة ولزم الكفيل ما ضمن اتفاقا؛ لأن إقدامه على الكفالة مع علمه بعدم وجوب الدين يعد تبرعا منه بهذا الدين للمضمون له فيلزمه ذلك تجنبيا لخداع المضمون وغدره. أما إذا كانا يعلمان ذلك جميعا أو يجهلانه فعند ابن القاسم تصح الكفالة في الحالين ويلزم الكفيل ما ضمن، وعند ابن الماجشون لا تصح ولا يلزمه في الوجهين ما ضمن. أما وجهة قول ابن الماجشون فظاهر وهو أن الكفالة غير صحيحة لأنها كفالة بما ليس واجبا، وأما وجهة ابن القاسم فهي أن الكفيل حال علمه بالحجر أقدم على الكفالة فكان ملتزما بالمال متبرعا به فيلزمه، أما في حال الجهل بحال المكفول عنه فلعل وجهه أن الكفالة من الكفيل حال جهالة المكفول له بالحجر قد يكون من نتيجتها أنه قد استوثق بهذه الكفالة على أساس أنها كفالة صحيحة ولولاها لكان له إجراء آخر مع المدين، وفي إبطالها إضرار بالمكفول له وليس في تصحيحها إلزام الكفيل بما لم يقدم على التزامه فوجب لذلك أن يترتب عليه أثرها إقرارا للمعاملات^(١).

ثم إذا أدى الضامن عن السفية دينه في هذه الأحوال الأربع لم يرجع في مال السفية لعدم وجوب ذلك على السفية ابتداء، وذكر اللخمي من فقهاء المالكية أن كفالة المولى عليه إذا كانت مشروطة في أصل عقد الدين، وكان الكفيل والمكفول له عالين

(١) يقال أن إقدامه في هذه الحال إقدام على ما يعتقد أنه له حق الرجوع به فكيف يلزم بما ليس له حق في الرجوع به - قد يخرج على نظرية إلزام بما التزم به.

بالحجر أو كان الكفيل وحده هو العالم به كانت الكفالة لازمة^(١) وإن كان المكفول له عالما دون الكفيل كانت الكفالة ساقطة^(٢) وإن كانا يجهلان جميعا فعلى وجهين^(٣)، أما إذا كانت الكفالة بعد العقد وهما يجهلان بالحجر جميعا فلإنها تكون ساقطة^(٤) «راجع الخطاب جده ص ٩٦» أقول - وليس يبعد أن يكون إلزام الكفيل بما التزمه عند عدم وجوب الدين في ذمة المكفول عنه مرده إلى تبرع الكفيل والتزامه بذلك لا إلى صحة الكفالة إذ إنها لا تكون إلا بدين ثابت.

أما التشريع الوضعي فيفترق في الحكم بين التزام باطل بطلانا أصليا والتزام باطل بطلانا نسبيا، فإذا كان التزام المكفول به باطلا بطلانا أصليا تكون الكفالة باطلة، أما إذا كان باطلا بطلانا نسبيا فإن الالتزام الأصلي في هذه الحال يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وعلى هذا تظل الكفالة به صحيحة كذلك حتى يحكم بإبطاله فتبطل - على أن للكفيل الحق في هذه الحال في طلب الحكم بإبطال الالتزام الأصلي، إما باسم المدين بناء على المادتين (٢٣٥، ٢٣٦ مدني)، وإما باسمه هو بناء على المادة (٧٨٢/١ مدني) التي تخول للكفيل الحق في أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. وعلى ذلك فإن ذمة الكفيل تبرا بعد تقرير بطلان الالتزام الأصلي المكفول به ولكن المادة (٧٧٧ مدني) تضمنت حكما استثنائيا يقضى ببقاء الكفيل ملتزما حتى بعد الحكم ببطلان الالتزام الأصلي متى كان سبب هذا الإبطال هو نقص أهلية المدين وكانت كفالته حاصلة بسبب هذا السبب فيه، وهذا نصها:

«من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول: ومقتضى ظاهر المادة أن الكفالة قد حدثت لتأمين المكفول له فإذا تبين أنها لم تكن لذلك سرى عليها الحكم العام وهو البطلان^(٥)، وهذا يتفق مع مذهب المالكية كما هو ظاهر.

(١) وهذا يتفق مع القول الأول وكلاهما يخرج على ذلك التزام بالتبرع؟ ذلك هو الظاهر وفي هذا خلاف ابن الماجشون عند علمها جميعا.

(٢) وهذا يتفق أيضا مع ما سبق والوجه أنه لا دين وقد سبق أن عدم الصحة محل اتفاق.

(٣) أحد الوجهين مبنى على نظرية الالتزام وهو صحة الالتزام - والثاني مبنى على أن عدم وجود دين وهو عدم صحة الالتزام وانتقاء التبرع لجهل الضامن.

(٤) لا يقال في هذه الحال أن المكفول له لم يقدم على العقد إلا بعد أن كان لديه استيثاق من الكفيل فلا بد من مراعاة ذلك والقول بصحة الالتزام تجنب لخداعه وغروره بل يقال أنه قد سلط المحجور عليه على ماله فوجب أن يتحمل تبعه ذلك ولذا كانت الكفالة ساقطة.

(٥) عبد الباقي ص ٧٦-٨٠.

شروط الصيغة:

يشترط أن يكون قبول الكفالة عند من يجعله ركنا فيها في مجلس الإيجاب لأن الكفالة من العقود المالية التي يشترط فيها اتحاد مجلس القبول والإيجاب، فإذا كفل إنسان دينا في غيبة المكفول له فلم يقبل عنه فضولي لم يتوقف الإيجاب إلى ما وراء المجلس وبطل لذلك حتى إذا قبل المكفول له بعد المجلس لم تصح الكفالة - ولو قبل عنه فضولي جاز ذلك وتوقف نفاذ الكفالة على إجازتها من المكفول له، وللكفيل أن يرجع عن إيجابه قبل إجازة الكفالة من المكفول له كما للبائع أن يرجع عن إيجابه بالبيع قبل إجازته من المشتري، وخالف ذلك أبو يوسف في قوله الأخير فذهب كما تقدم إلى أن الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول من المكفول له أو من فضولي عنه أم لم يوجد، واختلف الحنفية في التخريج على قول أبي يوسف هذا فقيل تجوز عنده متوقفة على إجازة المكفول له حتى لو رضى بها وأجازها نفذت وإلا بطلت؛ وذلك على أساس أن الكفيل يعتبر معبرا عن نفسه في الإيجاب وفضوليا عن المكفول له في اعتبار الإيجاب قبولا، فلذلك يتوقف العقد إلى ما وراء المجلس كراهيه في غيرها من العقود، ويؤدى هذا إلى أن القبول ركن - وقيل تكون بعبارة الكفيل نافذة للمكفول له بعد ذلك الرد إن أراد، وهذا هو أصح القولين وأظهرهما كما في «فتح القدير»، ومؤداه أن القبول ليس ركنا.

الباعث على الكفالة:

لا يشترط جمهور الفقهاء أن يكون الباعث على الكفالة سببا مشروعاً؛ وعلى ذلك لو أن خليلا كفل عن خليلته بدين عليها لآخر ليحظى باستمرار معاشرتها له وبقاء صلته بها وتبين ذلك من القرائن كانت الكفالة صحيحة ملزمة عندهم؛ لأنها مجرد التزام من الكفيل عند جمهور فقهاء الإسلام. وخالف في ذلك بعض الخنابلة فذهبوا إلى إبطال كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم سواء تضمنت صيغة ما يدل عليه أم كان أمرا باطنيا معنويا وإن جاز ألا يحدث أو أن يتبدل؛ وذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر محظور محرم ولم يجعله الشارع وسيلة إلى ذلك وفي تصحيحه إعانة على المعصية والإعانة عليها بأى طريق محظور. وقد قال عليه السلام: «وإنما لكل امرئ ما نوى» وهذا عام يعم العبارات وغيرها من المعاملات والأقوال والأفعال وهو دليل على أن من اتخذ البيع وسيلة إلى الربا فقد قارف الربا وليس يعصم منه صورة البيع ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسا مستعارا كما دل على ذلك الحديث.

واختلف في ذلك فقهاء التشريع الوضعي، فمنهم من ذهب هذا المذهب ومنهم من خالفه فذهب إلى أن الباعث الدافع إليها يجب أن يكون مشروعاً وإلا كانت الكفالة باطلة، غير أنه يشترط لذلك أن يكون الدائن عالماً بعدم مشروعية الباعث الدافع أو على الأقل كان في مكتبة ومن اليسير عليه أن يتبينه والألم يفسد الالتزام وقد اشترط الفقه والقضاء هذا الشرط طلباً لاستقرار المعاملات وحماية للشقة المشروعة، وعموم المادة (١٣٦ مدني) يقضى بأن التشريع المصري يأخذ بالرأى الأخير إذ تقضى بأن كل التزام إرادي يجب أن يكون له سبب مشروع ومن ذلك الكفالة^(١). وهاك نص المادة ١٣٦ مدني:

«وإذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان له سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

حكم الكفالة:

يستعمل الفقهاء حكم العقد في معنى من المعاني الثلاثة الآتية:

١- ما يوصف به العقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له أو إلى نهي عنه فيقولون في هذا المعنى حكم هذا العقد أنه واجب أو مندوب إليه أو حرام أو مكروه أو مباح، وعلى هذا الأساس يختلف حكم عقد الكفالة بحسب ما يصاحبه من ظروف فإذا كان في إعانة على خير كان مندوباً إليه كأن تكفل من يطلب مالاً في سبيل بر، وأنت ترى من حاله أنه قادر بعد حين على الوفاء به وفي كفالته إعانة له على هذا البر والخير، ويكون واجباً إذا كفلته في مال يسد به جوعاً يؤدي به إلى المخمصة.

ويكون حراماً إذا كفلته في مال يريد إضاعته في المحرمات، ومكروها إذا ما كفلته في مال يريد إنفاقه فيما لا حاجة به إليه، ويرى الشافعية أنه سنة في حق قادر عليه آمن من عائلته إذا كان في دين لم ينفق في شر.

٢- ما يوصف به العقد من وصف يرجع اعتبار الشارع له وعدم اعتباره أو إلى ما له من قوة ملزمة لطرفيه، وفي ذلك قد توصف الكفالة بأن حكمها البطلان لفقدان شرط من شروط انعقادها أو بأن حكمها الفساد لفقدان شرط من شروط صحتها فيقال أنها باطلة أو فاسدة؛ وذلك لأن الشارع لا يعتبرها في هذه الحال ولا يترتب عليها أثراً.

(١) راجع التأمينات الشخصية والعينية للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩، ٧٠.

ويقال أنها صحيحة لاعتبار الشارع إياها بأن رتب عليها آثارها كما يقال أيضا أنها نافذة أو موقوفة إذا ترتب عليها آثارها أم لم ترتب.

وعلى هذا الأساس يقال على العموم أن عقد الكفالة غير لازم من جهة المكفول له فيستبد بفسخها وإنهائها وذلك بإبرائه الكفيل من الكفالة لأنها خالص حقه ولازم بالنسبة للكفيل فلا يستبد بفسخها ولا بإنهائها إلا برضا المكفول له - وليس بتوقف شيء من ذلك على رضا المكفول عنه - وهذا حكم متفق عليه لا يخالف فيه فقيه، وعلى ذلك فهي عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كالرهن فإنه عقد لازم بالنسبة إلى الراهن وحده وعلى هذا أيضا التشريع الوضعي.

وقد استثنى من ذلك كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له بايع فلانا وأنا كفيل بالثمن فأجاز الحنفية للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة، وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لا يقع في الضرر، ولا يشترط أن يعلم بذلك المكفول عنه، ويعد من الرجوع أن ينهائه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها، فقد جاء في «الهندية عن التارخانية» ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن^(١)، وكذلك يصح للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها، ففي الهندية: ولو ضمن أجره كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر، ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلية^(٢)، ونقل ذلك عن «الاختيار وشرحه المختار» وفيه: ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر، ولو ضمن أجره كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر^(٣). والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد في رأس الشهر بل تجب في الأشهر كلها بسبب واحد «هو العقد» وسبب الأجر في الإجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلية، ولأن النفقة في الزوجية تجب بالعقد بشروط وجوبها وقد جازت الكفالة بها استثناء قبل أن تصير ديناً في الذمة بفرضها وحلول وقتها مع أن وجوبها في ذمة الكفيل منوط بوجوبها وثبوتها في ذمة الزوج، وعلى ذلك كانت الكفالة بها عند إنشائها في معنى

(١) التارخانية ج٣ ص ٢٧٢.

(٢) الهندية ج٣ ص ٢٨٩.

(٣) المختار ج٢ ص ٦٥.

الكفالة المضافة إلى وقت ثبوتها في ذمة الزوج وهي لازمة لا يجوز للكفيل الرجوع عنها تنزيلا للنفقة المستقبلية في هذه الحالة منزلة الدين الحال لتحقق سببه وهو العقد.

أما كفالة الإجارة فهي كفالة لدين لا يثبت إلا باستيفاء المنفعة والعقد فيها الذي هو السبب يتجدد بتجدد الوقت فلا تعد الأجرة دينا وجد سببه عند إنشاء الكفالة ومن ثم كانت كفالة بدين مستقبل لم يتحقق سببه فكانت مضافة في معناها وجاز فيها الرجوع قبل الوقت أي قبل وقت الوجوب والشروط التي اشترطوها في جواز الرجوع عن الكفالة بالدين المستقبل يتأتى تحقيقها في هذه الكفالة؛ ذلك لأن إجارة الأعيان مشاهرة - مثل أن يؤجره داره كل شهر بكذا - صحيحة لازمة في الشهر الأول فقط دون بقية الشهور التالية لأنها في الشهر الأول منجزة وفي غيره مضافة وفي لزومها خلاف فلكل من العاقدين حق الفسخ، وذلك عند تمام الشهر ويجب أن يكون بمحض من صاحبه، والفساد فيها لجهالة المدة. ويثبت حق الفسخ في الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى وقيل في أول ساعة منه ومشى عليه القدوري^(١).

وكما يجوز أن يرجع عن الكفالة بالدين المستقبل يجوز له أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشرط الذي علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك، ويدل على هذا ما في «الفتح» عند كلامه على قول الكفيل ما بايعت فلانا فعلى، قال ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء^(٢). ولكن لا يجوز رجوع الكفيل عن كفالة بدين مؤجل لأنها كفالة قائمة فعلا وإنما صح رجوعه في الكفالة المستقبلية؛ لأن لزوم الدين إنما يكون بعد المبايعة واستحقاق مطالبة الكفيل، فأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح لذلك رجوعه؛ يوضحه أننا بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للضرر عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت على كفالتك حين بايعت هذا الرجل وقد اندفع هذا الضرر حين نهاه عن المبايعة أو حين رجع عن الكفالة فأعلمه برجوعه^(٣)، ويفهم من عبارات بعض الكتب الأخرى أنه لا يشترط في صحة الرجوع أن يرجع وينهاه عن المبايعة بل يكفي فيه أحدهما.

(١) راجع الدر المختار رواية ابن عابدين ج ٥ ص ٣١.

(٢) الفتح ج ٥ ص ٤٠٤.

(٣) البحر ج ٢ ص ٢٢٨.

رأى المالكية،

والمالكية يجوزون للكفيل أيضا الرجوع في الكفالة المترتبة على المعاملة وهي الكفالة المعلقة عليها وظاهر «المدونة» أنه يشترط في صحة الرجوع إعلام المكفول له^(١) وفي المدونة قال شخص لآخر دابن فلانا فما دابته فعلى فلم يداينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فإنه قد بدا لى أيكون ذلك له أم لا؟ قال نعم حتى إذا دابنه لم يلزمه شيء لرجوعه عن كفالته قبل المدابنة^(٢).

رأى الزيدية،

وكذلك رأى الزيدية فقد صححوا الكفالة بما سيثبت في الذمة وهي الكفالة المعلقة نحو ما بايعت فلانا فأنا ضامن وجعلوا للكفيل أن يرجع عنها قبل ثبوت الدين، وأوجبوا أن يكون ذلك في مواجهة المضمون له كما في فسخ العقود وإن كان ذلك في غيبة المكفول عنه^(٣).

رأى الحنابلة،

وكذلك أجاز الحنابلة للكفيل أن يرجع عن ضمان ما يتحول إلى الوجوب قبل وجوبه لعدم اشتغال ذمته عند الرجوع - وسكتوا عن اشتراط إعلام المكفول له بذلك^(٤)، وفي منتهى الإيرادات وإذا قال: ضمنت لزيد ما يدينه بكرا أو ما يقر به أو ما يثبت له عليه صحت الكفالة وله إبطال هذا الضمان^(٥) قبل وجوب الحق لأنه إنما يلزم بالوجوب، ويؤخذ من هذا أن الضمان يبطل بموت الضامن قبل وجوب الحق.

أما الشافعية والشيعة فقد علمت أنهم لا يجوزون الكفالة بدين لم يجب

بعد.

(١) راجع الفتاوى الهندية ج٣ ص ١٨٩ والفتح ج٥ ص ٤٠٤ والهندية ج٣ ص ٢٧٢ والبحر ج٢ ص ٢٢٨ والدسوقي ج٣ ص ٢٣٤.

(٢) المدونة ج١٧ ص ١١٠.

(٣) المتترع ج٤ ص ٢٦٩.

(٤) كشف القناع، ج٢ ص ١٧٦.

(٥) يلاحظ أن الكفالة في هذه الصور ليست كفالة بدين مستقبل وإنما هي كفالة بدين قبل ظهور وجوبه وليس يبدو أن يفترق عن الدين الظاهر الثبوت والظاهر من التعليل أنها كفالة بدين مستقبل وأن المعنى ضمنت ما سيداين به فلانا أو ما سيقر به أو ما سيثبت عليه بسبب معاملة مستقلة. منتهى الإيرادات ج٢ ص ١٠٨.

التشريع الوضعي:

وأما القانون المدني فقد نص في مادته ٧٧٨ على جواز الكفالة بالديون المستقبلية بشرط أن يحدد فيها المبلغ المكفول به كما قدمنا ونصها: «تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي، على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ، أي وذلك حتى لا يترتب على الرجوع ضرر».

وقد أجازت الفقرة الثانية للكفيل أن يرجع عن كفالته في أي وقت ما دام أن الدين المكفول به لم ينشأ، وهذا إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته تنتهي بانتهائها، أما إذا عين مدة لكفالته كأن كفل لمدة سنة من اليوم تنتهي كفالته بانتهائها فلا يجوز للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن كفالته ولو كان رجوعه قبل نشوء الدين. والحكمة في جواز رجوع الكفيل عن كفالته بالدين، المستقبل قبل نشوئه أن الكفالة لا تنشأ في الواقع ولا يعد الكفيل ملتزما إلا بعد نشوء الدين وعلى ذلك لا تعتبر الكفالة قد تمت؛ وذلك لعدم وجود محلها وهو الدين المكفول به. ولعدم تمامها جاز للكفيل أن يرجع فيها ولكن بشرط أن يعلن المكفول له برجوعه قبل أن يتورط في الإدانة بناء على الكفالة. وهذا الشرط وإن لم يصرح به في المادة المذكورة إلا أن الغرض الذي هدف إليه المشرع من منح الكفيل حق الرجوع قبل نشوء الدين هو تمكينه من مراعاة حاله المالية وحال المدين قبل أن يتورط في الالتزام وهي حالة قد تتطور وتغير بعد إقدامه على الكفالة إلى ما يدعوه إلى العدول عنها وتلك كما يرى حماية استثنائية للكفيل، ولا يجوز أن يتخذ من هذه الحماية سبيلا إلى الإضرار بالدائن وهذا إذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته، أما إذا حدد مدة لكفالته فإنه بهذا التحديد قد التزم التزاما محدد الوقت أمام الدائن فلا يجوز له العدول عن هذا الالتزام؛ شأنه شأن إيجاب محدد الوقت في عقد من العقود إلزاما له بالتزامه، وفي رأي أن الالتزام بالكفالة قد تم بالارتباط به والتعاقد عليه بين الكفيل والمكفول له في الحالين، فلا يجوز التفرقة بينهما في الرجوع فإذا جاز للكفيل أن يرجع في إحداهما كان الواجب كذلك أن يرجع في الأخرى ما دام الدين المكفول به لم ينشأ بعد، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية^(١).

(١) قد يفرق بين الحالين بأن الكفيل حين تعيينه مدة لكفالته قد يتأني له أن يتعرف عن حاله وظروفه المالية وظروف المكفول عنه في تلك المدة وبناء على ذلك حدها، أما عند الإطلاق فليس من اليسير عليه أن يحيط بظروفه في مستقبل غير محدود فكان له حق الرجوع إذا رأى أن حاله تستوجب ذلك.

٣- الأثر المترتب على العقد - وقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على الكفالة من آثار.

فذهب أهل الظاهر والشيعة وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل وحده. وذهب الجمهور إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المكفول عنه مع بقاءه شاغلا لذمة المدين «المكفول عنه» فيكون كل منهما مطالبا بالدين.

وذهب فريق من الحنفية إلى أن الأثر الذي يترتب عليها هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هذا الدين شاغلا لذمة المدين المكفول به مع بقاء حق مطالبته به ومع عدم شغل ذمة الكفيل به. وقد بينا ذلك فيما مضى، وفصلنا دليل كل رأى وما يوجه إليه من نقد. ويقتضينا هذا أن نفصل القول في بيان حدود التزام الكفيل بالنسبة لهذه الآراء الثلاثة.

فعلى الرأى الأول - رأى الشيعة وأهل الظاهر - يترتب على الكفالة أولا براءة ذمة المدين الأصلي من الدين نهائيا، فلا يرجع عليه الدائن سواء أكانت الكفالة بأمره أم بغير أمره؛ وذلك عند أهل الظاهر إلا في صورة واحدة وهى ما إذا قال المدين للكفيل ضمن عنى ما لهذا من الدين على فإذا أديت عنى فهو دين لك على فعندئذ يكون له أن يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه بقوله فإذا أديت فهو دين على؛ وذلك قرض صحيح له أن يرجع به عليه حال حياته وأن يرجع به بعد وفاته فى تركته إذا أدى، أما فى غير هذه الحال فلا يرجع الضامن على المدين حال حياته ولا فى تركته بعد وفاته بشئ أبدا، وهذا عند أهل الظاهر. أما عند الشيعة الجعفرية فإن له حق الرجوع على المدين إذا أدى الدين عنه وكانت الكفالة بأمره كما سيأتى بيانه.

ثانيا: انتقال الدين إلى ذمة الكفيل بحالته ووجوب أدائه عليه ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المدين الأصيل ولا أن يطالبه بشئ من هذا الدين لسقوطه عنه ولا أن يطالب ورثته من بعده ليؤدوه من تركته سواء انتصف فوفى الدين أو لم ينتصف فلم يؤد إليه شئ، وهذا عند أهل الظاهر والشيعة جميعا.

وانتقال الدين بحالته إلى ذمة الضامن إذا كانت الكفالة به مطلقا، أما إذا كانت مقيدة أو مشروطة بشروط فإنه يتقل إليها مع مراعاة هذه الشروط عند الشيعة.

وعلى ذلك إذا كان الدين حالا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم انتقل إلى ذمة الكفيل مؤجلا وذلك لرضا الدائن بتأجيله.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فكفله حالا انتقل إلى ذمته حالا لاتفاقيهما على إسقاط الأجل؛ غير أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا إذا أدى فعلا وانتهى الأجل الذي كان للمدين وكان للضامن حق الرجوع بأن كانت الكفالة بأمر المدين على ما سيأتي بيانه.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فضمنه إلى أجل أزيد أو أنقص.

وإذا ضمن الحال مؤجلا فتوفى حل هذا الدين بوفاته وليس لورثته للرجوع على المضمون إلا بعد الأداء وانقضاء الأجل.

وليس لوفاة المضمون اعتبار في حلول الدين.

ومن الشيعة من يرى عدم صحة كفالة الحال مؤجلا وعدم صحة كفالة المؤجل حالا ومنهم الشيخ الطوسي^(١).

ولعل وجه ذلك أن هذا تغيير للدين، وإنما ينتقل بالكفالة ما كان في ذمة المدين من دين على وضعه، والظاهر أن ذلك مذهب أهل الظاهر أيضا لذهابهم إلى عدم جواز تغيير وصف الدين من حلول إلى تأجيل أو من تأجيل إلى حلول بناء على أن ذلك اشتراط لشرط ليس في كتاب الله^(٢).

وبناء على ما تقدم يكون للدائن حق مطالبة الكفيل بأداء الدين في محله «أى في أجله» دون نظر إلى حال المضمون من ناحية المقدرة على مطالبته أو عدم المقدرة على ذلك، ودون نظر إلى قدرته على الوفاء أو عدم قدرته بل ليس للدائن مطالبة المدين الأصلي المضمون بالدين لبراءة ذمته بالنسبة له، وليس له أن يرجع عليه بشيء إذا لم يتصرف من الكفيل متى كانت الكفالة صحيحة مستوفية لشروطها ومنها ملاءة الكفيل أو علم الدائن بعسرتة عند الشيعة.

ومذهب أهل الظاهر والشيعة في ضمان المال قد يرى أنه يشبه إلى درجة ما يعرف في التشريع الوضعى بالحلول الاتفاقي وهو ما نص عليه في المادة ٣٢٧ مدني ونصها:

(١) توفى سنة ٤٦١ هـ.

(٢) المحلى ج٤ ص ٨٤.

«للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

فإن هذه المادة تميز أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يوفيه دينه قبل فلان ويحل محله في هذا الدين سواء أقبل المدين ذلك أم لم يقبل، وليس يجوز أن يكون هذا الاتفاق بعد وفاء الدين بل يجب أن يكون معه أو سابقاً عليه وبناء عليه يوفى الأجنبي الدين ويحل محل الدائن فيه وفي كل ما لهذا الدين من خصائص وما يلحقه من توابع. وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن «٣٢٩ مدني» أو بالقدر الذي سقط من الدين نتيجة قيامه بالوفاء بناء على هذا الاتفاق.

وقد علمت أن أهل الظاهر لا يجعلون للضامن حق الرجوع على المدين بما يوفى، وهذه هوة كبيرة بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول في التشريع الوضعي ويجعلون الضامن متبرعاً بالوفاء ملتزماً به، وكذلك الشيعة يوجد فرق كبير بين مذهبهم في الضمان وبين الحلول، فإنهم وإن جعلوا للضامن حق الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة والأداء بأمره - على ما سيأتي - لا يحلون الضامن محل الدائن فيما كان لدينه من خصائص وتوابع وتأمينات.

ثم يلاحظ مع هذا أن الحلول في التشريع الوضعي لا يتحقق إلا بوفاء الدين فعلاً بينما أن انتقال الدين إلى الضامن عند هؤلاء يتحقق بمجرد نشوء الالتزام بين الدائن والضامن.

ولكن الظاهر أن مذهب الشيعة يتفق مع طريقة تجديد الدين بتغير المدين فإن هذا التجديد ينهي الالتزام الأصلي وينشئ مكانه التزاماً جديداً بتغيير المدين فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي دون أن يكون له خصائص هذا الالتزام وتوابعه وتأميناته - وقد نصت المادة (٣٥٦ مدني) على أنه «يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك» ثم نص في المادة ٣٥٨ على أنه «لا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد سواء أكانت عينية أم شخصية».

والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه -

أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقل أن يكون هو المدين الجديد. «م ٣٥٢ مدني» وليس من شك في أن المدين الجديد يكون له بذلك حق الرجوع على المدين الأصلي نتيجة لما تقضى به القواعد العامة.

رأى الجمهور:

وعلى الرأى الثانى وهو رأى الجمهور يترتب على الكفالة كما قلنا شغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به فيصير ملتزما به مع بقاء التزام الأصيل به.

وعلى ذلك يتحدد التزام الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل مع مراعاة ما تضمنه عقد الكفالة مع بيان وشروط لأن الكفيل لا يلزم إلا بما يلتزم به الأصيل وعلى ذلك يجب أن يكون التزامه في حدود ما التزمه بعقده، فلا يتجاوز التزامه هذه الحدود فإذا ضمن جزءا من الدين لم يلزم بغيره من الأجزاء الأخرى. وإذا كفل بالدين لفلان على أنه ألف جنيه، فظهر أنه ألفان لم يلزم إلا بألف فقط كما أن كفالته بالدين لا تتناول ما يغرم الدائن في سبيل مطالبة الأصيل به أو مقاضاته به ونحو ذلك من النفقات.

التشريع الوضعى:

وخالف فى ذلك القانون المدنى إذ تنص المادة ٧٨١ منه على أنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة بالدين تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل؛ وعلى هذا يسأل الكفيل عن الفوائد وعن الشرط الجزائى إن وجد وعن التعويضات الناشئة عن تأخير الوفاء وعن نفقات المطالبة بالدين سواء أكانت موجهة إلى الأصيل أم إلى الكفيل وعن نفقات التنفيذ؛ غير أنه يلاحظ أن الكفيل إنما يسأل عن نفقات المطالبة الأولى الموجهة إلى الأصل وهى المصروفات التى ينفقها الدائن فى بداية الإجراءات كنفقات التنبيه بالدفع ونفقات رفع الدعوى، أما النفقات الأخرى التى تنفق بعد قيام الدعوى فلا يسأل عنها الكفيل إلا إذا كانت بعد إخطاره بحصول مطالبة المدين.

وكذلك لا تتعدى الكفالة ما حدد لها من زمن إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ولا ما حدد لها من وقت إذا كانت مؤقتة بوقت تنتهى بانتهائه كما بينا ذلك عند كلامنا على إضافة الكفالة وتوقيتها، وكذلك يراعى فيها تعليقها إذا ما علق على شرط فلا يعد الكفيل كفيلًا إلا بعد تحقيق هذا الشرط، فإذا علق الكفيل كفالته على تقديم العميل رهنا وافية بالدين أو على وفاة المدين لم يلزم بشيء إلا بعد تحقق ذلك.

حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق:

وإذا كان الدين المكفول به مؤجلا فكفله الكفيل كفالة مطلقة لزمه مؤجلا، ولا يجوز أن يطالب به في الحال، وكذلك الحكم إذا كان حالا لزمه حالا ولا يتأجل بالنسبة إلى الكفيل بعد ذلك إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين الدائن، وتأجيله للكفيل بناء على ذلك ليس تأجيلا للأصيل.

في كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من أجله:

مذهب المالكية:

إذا كان لشخص دين مؤجل في ذمة آخر فأعطاه المدين كفيلا على أن يؤخره دينه إلى أبعد من أجله بأن كان الدين مؤجلا شهرا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى شهرين لم يجز ذلك عند مالك إلا بشرطه. أما إذا حل الأجل أو كان الدين حالا فكفله شخص على أن يكون مؤجلا إلى أى أجل قريب أو بعيد فذلك جائز وإنما لم تجز الكفالة في الحالة الأولى لأن التأخير إلى أجل أبعد يعد سلفا جبر منفعة للدائن هي توثيق دينه بالكفالة من الآن إلى حلول أجله الذي كان مؤجلا إليه ولم يكن موثقا في هذه المدة. أما الحالة الثانية فهي بمنزلة من أسلف سلفا عن ظهر يد وأخذ به كفيلا وذلك جائز.

وإذا كفله شخص على أن يوفيه الآن أو قبل حلول أجله فذلك جائز؛ إذ لا تهمة حيثذ، كما لو كفله على وضعه وليس فيما تقدم إلا أنه عجل الدين قبل أجله وزاد حمالة وذلك لا بأس به.

جاء في «المدونة»: قلت رأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل على أن يوفيني الدين قبل محل الأجل. قال: لا بأس بذلك لأنه لا تهمة ها هنا وكذلك الرهن، وكذلك إن أعطاني حميلا أو رهنا قبل محل الأجل على أن يعطيني حتى عند محل الأجل أيجوز ذلك أم لا؟ قال: لا بأس به، قلت: رأيت إن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل وكان ديني عليه إلى ستة فأعطاني كفيلا بحقي إلى ستة أشهر؟ قال: هذا لا بأس به لأن هذا لا تهمة فيه؛ ألا ترى أنه عجل الدين الذي عليه قبل محل الأجل وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك^(١).

هذا ما جاء في المدونة وإذا لوحظ أن هذا النص مطلق كانت كفالة الدين المؤجل إلى أجله أو إلى أقل منه أو كفاله حالا جائزة دون أن يقيد ذلك بقيد.

(١) المدونة ج ١٣ ص ١٢٢.

ولكن جاء في الخرشى وغيره كالشرح الكبير أن ضمان الدين المؤجل حالا إنما يلزم ويصح بشرطين: أحدهما إذا أسقط المدين حقه في الأجل؛ لأنه إذا لم يسقط المدين حقه في الأجل لم تصح الكفالة لأن الكفالة انضمام في دين المدين، ودين المدين مؤجل فلا يكون حالا في ذمة الكفيل، بينما هو مؤجل في ذمة الأصيل. ثانيهما أن يكون هذا الدين مما يقضى على الدائن بقبوله الوفاء عند تعجيله لأنه إذا كان مما لا يقضى على الدائن بقبوله الوفاء المعجل كأن يكون طعاما أو عروضا من بيع فلا يجوز ضمانه حالا، وإن تنازل المدين عن حقه في الأجل؛ لأنه لو جاز الضمان في هذه الحال فأدى الدين فإن قبل الدائن الوفاء كان في ذلك حط الضمان وأزيدك. والحط هنا بالتنازل من الدائن عن الأجل والزيادة بالتوثيق على أساس أنه قد لا يحصل الوفاء فعلا بعد الضمان، وإن لم يقبل الوفاء كان في ذلك إضرار بالكفيل يشغل ذمته إلى الأجل وهو لم يرض بذلك.

وقد صورت مسألة ضمان المؤجل حالا بما يأتي: أن يكون لشخص دين مؤجل قبل آخر فأسقط المدين حقه في الأجل وضمنه الكفيل على الحلول فإن هذا الضمان يصح ويلزم. ويظهر من هذا التصوير أنه يشترط في صحة ضمان المؤجل حال نزول المدين عن حقه في الأجل حتى يكون ذلك من قبيل ضمان الحال حالا، ومحل هذا إذا كان الدين مما يقضى بقبوله تعجيله كما تقدم.

رأى الشيعة وأهل الظاهر:

ذلك مذهب المالكية، ومن الشيعة من ذهب مذهب المالكية في عدم جواز كفالة المؤجل حالا وذلك أيضا هو مذهب أهل الظاهر على ما يظهر.

رأى الحنفية:

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة المؤجل حالا ويقتصر الحلول على الكفيل.

رأى الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى صحتها أيضا ولكن لا يصير بها الدين حالا بل يكون مؤجلا على الكفيل أي ويلغى وصف حلولة، وعندهم احتمال آخر بصحة كفالاته حالا ويبقى حلولة على الكفيل.

أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال: قول يتفق مع الحنفية، وآخر يتفق مع الحنابلة، وقول بعدم صحتها كالمالكية.

كفالة الدين الحال مؤجلا

إذا كان لشخص دين حال في ذمة آخر فكفله كفيل على وضعه فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم كما قدمنا. أما إذا كفله على أن يكون مؤجلا فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

ذهب الحنفية إلى أن كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا صحيحة، وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعا إلى الأجل الذي أجل إليه الدين في ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد إلى أن التأجيل يقتصر على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا على الأصيل؛ ذلك لأن عقد الكفالة إنما تضمن تأجيلا على الكفيل فقط فينتصر عليه كما إذا كان التأجيل له بعد عقد الكفالة؛ إذ لا فرق بين الحالين في أن ما تم الاتفاق عليه بين الدائن والكفيل هو تأجيل الكفيل دون تعرض لتجاوز هذا الأجل إلى الأصيل فيبقى الدين عليه كما كان.

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة نفسه، وإذا كان في عقد الكفالة وهو يقتضى إثبات الدين في ذمة الكفيل كان الأجل صفة للدين وتغير به وصفه ووضعه فصار بسبب ذلك مؤجلا عليهما جميعا؛ لأنه دين واحد تغير وصفه بعقد تم بين الدائن والكفيل بخلاف تأجيله على الكفيل بعد عقد الكفالة؛ لأنه حين ثبت في ذمته ثبت حالا، فإذا أجل بعد ذلك كان ذلك اتفاقا على تأخير المطالبة لا على إثبات دين مؤجل في ذمة الكفيل. والفرق بين هذه الحال وحال كفالة المؤجل على أن يكون حالا إذ يبقى مؤجلا على الأصيل وحده أن الدائن لا يملك إسقاط الأجل على الأصيل وإلزامه بالدين حالا دون التزامه بذلك بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك ذلك الدائن لأنه خالص حقه.

وذهب الحنابلة إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا صحيحة ويكون التأجيل مقتصرا على الكفيل ويبقى حالا على الأصيل، وإلى هذا ذهب الشافعي في أصح القولين عنده. والقول الآخر عنده عدم صحة كفالة الحال مؤجلا؛ لأن الكفالة التزام ما في ذمة الأصيل، وما في ذمة الأصيل دين حال لا مؤجل. ووجه القول الأول ما رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ كفل ديننا حالا مقداره عشرة دنانير على أن يكون مؤجلا شهرا. ولأن الكفالة عقد تقتضى إثبات دين في ذمة الكفيل فيثبت في ذمته على الوصف الذي تم عليه التعاقد، ولا مانع من أن يكون الدين في ذمة أحدهما مؤجلا وفي ذمة الآخر حالا وذلك حاصل في كثير من المسائل عند وفاة أحدهما والدين مؤجل إذ يحل بالنسبة له فقط.

وذهب المالكية إلى أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً لأنه يعتبر سلفاً بكفيل في الحال غير أنه يشترط لصحته أحد شرطين:

أحدهما: أن يكون المدين موسراً ولو في أول الأجل فقط وذلك لكي لا يصير سلفاً جر نفعاً وهو محظور؛ ذلك لأنه لو كان معسراً في أول الأجل فإن تأجيله يعد سلفاً جديداً وكان التوثيق في هذه الحال نفعاً جرّه هذا التأجيل؛ إذ الظاهر أنه لولا التوثيق ما كان التأجيل ولما كان الدين ثابتاً قبل التوثيق بالكفالة وكان المدين معسراً لم يكن الدائن متمكناً حيثئذ من استيفاء الدين وكان من الجائز أن يتوى عليه، فإذا وثق في هذه الحال بكفيل كان ذلك نفعاً له نظير تأجيله اندين أى نظير إقدامه على ما يعد إقراضاً من جديد، وكأنهم أغفلوا مراعاة أن ذلك يعد إقراضاً جديداً بكفيل؛ لأنه لم يكن في الواقع إقراضاً مبتدأً في الحقيقة حتى يقال إنه ابتداء سلف بكفيل؛ وذلك للابتعاد عن الشبهة. أما إذا كان موسراً في أول الأجل فإن الدائن يكون قادراً على الاستبقاء منه في الحال فلم يكن له في التوثيق عندئذ نفع.

ثانيهما: أن يكون معسراً في أول الأجل بحيث لا يظن يساره فيه عادة وإنما صحت الكفالة في هذه الحال لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب أنظار المدين فيها إلى مسيرته بنص الكتاب فلم يكن الأجل عندئذ في معنى إقراض جديد بأجل، وإلى هذا ذهب ابن القاسم.

أما إذا كان يظن يساره عادة في أثناء الأجل فلا تجوز الكفالة لإمكان استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله فإذا أجمله إلى ما بعد ذلك الوقت وأخذ كفيلاً فإن تأجيله إلى ما بعده يعد سلفاً في نظير أنه أخذ كفيلاً بالدين من الآن وهذا نفع له. أما إذا كان موسراً كل المدة أو معسراً كل المدة فإن التهمة في أخذ الكفيل مع التأجيل تكون معدومة؛ لأنه في حال اليسار لم يكن في حاجة إلى التوثيق وفي حال الإعسار مرجأً إلى اليسار فلم يكن بحاجة إلى التأجيل - وعليه إذا صحت الكفالة بتوافر أحد شرطيهما تأجل الدين بها على الأصيل والكفيل جميعاً - وعند الشبهة العبرة بأول الأجل ولا نظر إلى العادة استصحاباً للحال^(١).

والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل وتأخير الكفيل لتأخير الكفيل تأخير على الأصيل إلا إذا نص على أنه خاص بالكفيل وحده.

(١) الخرشى ج ٥ ص ٢٥.

الخلاصة:

جواز الحنفية والحنابلة والشافعية على أصح القولين والشيعية الجعفرية والزيدية كفالة الحال مؤجلا، وعندئذ يقتصر التأجيل على الكفيل عند الحنابلة والشافعية والشيعية والزيدية، ويتجاوزة عند الحنفية إلى الأصيل في ظاهر الرواية خلافا لرواية أخرى. وعند الشيعة وكذلك أهل الظاهر وفي قول عند الشافعي لا تجوز كفالة الحال مؤجلا.

وعند المالكية - يجوز ضمان الحال مؤجلا بشرط: يسار المدين أول الأجل أو إعساره بحيث لا يفى يساره في أثناء المدة ويرون أن التأجيل على الكفيل تأجيل على الأصيل.

كفالة المؤجل حالا:

رأى الشيعة: تجوز كفالة المؤجل حالا كما تجوز بأجل أقل أو بأجل أزيد ومنهم من لا يجوز ذلك، وربما كان ذلك مذهب أهل الظاهر، ويستمر كما كان على الأصيل لأنه لم يلتزم بوصف آخر - فلا يتجاوز ذلك الكفيل.

رأى الحنفية: تجوز كفالة المؤجل حالا ويقتصر ذلك على الكفيل.

رأى الحنابلة: تجوز كفالة المؤجل إلى أجل أقرب وأبعد وهو رأى للشافعي أيضا.

أما ضمان المؤجل حالا فتصح ولا يصير بها الدين حالا فيلغى الوصف ويبقى مؤجلا. وهناك احتمال بالصحة، كما يصح ضمان الحال مؤجلا والقولان عند الشافعية.

رأى الشافعية: تجوز كفالة المؤجل حالا ولا يلزم الحلول ويثبت الأجل في حق الكفيل تبعا للأصيل. وقيل تصح حيثئذ ويلزمه الحلول وقيل لاتصح مطلقا.

ويرى المالكية جواز كفالة المؤجل حالا أو إلى أجل أقرب بشرط تنازل الأصيل عن الأجل. وإن كفه إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يصير قرضا جر نفعا وفي «المدونة» كفلا دينا مؤجلا على أن يوفيه في محله أو إلى أدنى من ذلك جاز - ابن يونس إنما لا يجوز ذلك - أي إلى أدنى من الأجل أو على أن يكون حالا إذا كان الحق مما يجوز تعجيله. أما إن كان عرضا أو حيوانا من بيع فلا يجوز لأنه فيمعنى حط الضمان عنى

وأزيدك أى كأن المدين طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل نظير زيادته توثيقا بالكفالة.

أما ضمان الحال مؤجلا فلا يجوز إلا إذا حل الأجل بأى سبب لأنه بحلوله استحق استيفاء دينه فتأخيره كابتداء سلف بجميل، وهذا جائز. أما إذا لم يحل فأخره إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يكون سلفا جر نفعاً.

والنتيجة عند المالكية، أن ضمان الحال مؤجلا جائز مطلقا بشرطه، أما ضمان المؤجل إلى أجل أبعد لا يجوز؛ لأنه قرض جر نفعاً وضمائنه إلى أجل أقرب أو حالا جائز إذا كان مما يجوز تعجيله. أما إذا لم يكن مما يجوز؛ تعجيله فلا يجوز لأنه حط الضمان وأزيدك (ج ٥/ ٩٨ بالهامش المواق).

فى تأجيل الكفالة والدين

تأجيل المدين وتأجيل الكفيل:

مذهب المالكية:

إذا كان لشخص دين قبل آخر وبه كفيل فأجله على الأصيل كان ذلك تأجيلا للكفيل أيضا إلى الأجل نفسه غير أنه يجوز للكفيل أن يعترض على ذلك ويعارض فى التأجيل بحجة أنه يخاف أن يفلس المدين ويذهب ماله أثناء الأجل، ويخير الدائن بين أمرين إن شاء أصر على التأجيل ولا كفالة له وإلا بطل التأجيل إلا أن يرضى به الكفيل كما جاء فى المدونة: رأيت إن كان لى على رجل حق وقد أخذت منه كفيلا فلما حل الأجل أخرت الذى عليه الأصل أيقون ذلك تأخيرا عن الكفيل أيضا؟ وما الحكم إن أخرت الكفيل أيقون ذلك تأخيرا للذى عليه الأصل؟ قال: أما إذا أخر الغريم «الأصيل» فهو تأخير للكفيل إلا أنه إذا أخر الذى عليه الأصل فقال الحميل: لا أرضى لأنى أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان له ذلك ويكون صاحب الحق فيه بالخيار إن أحب أن يؤخر الذى عليه الحق ولا حمالة له على الحميل فذلك له، وإن أبى لم يكن له ذلك إلا أن يرضى الحميل، وتأجيل الأصيل تأجيل للكفيل أيضا. أما إذا سكت الحميل وقد وصل إلى علمه تأجيل المدين الأصيل فإن الحمالة تلزمه. وأما إذا لم يعلم بتأجيل الأصيل حتى

حل الأجل الذي أجل إليه فإن للحميل أن يحلف الدائن بالله ما آخر مدينه ليبراً الحميل من حمالته، فإن حلف لزم الحميل حمالته وإن أبي بطلت حمالته.

وإذا أخر الحميل كان ذلك تأخيراً للأصيل إلا أن يحلف الدائن ما كان ذلك منى تأخيراً للحق عن صاحبه ولا كان ذلك منى إلا للحميل، فإن حلف كان التأخير للحميل فقط وكان له أن يطالب صاحب الحق، وإن أبي أن يحلف لزمه التأخير بالنسبة إلى كل منهما؛ ذلك لأنه لو وضع عن الحميل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال إنما أردت وضع الحماله واتباع غريمي فالتأخير بمزتلته.

وقال سحنون: إذا أخر الغريم وهو ملء موسر تأخيراً بيننا سقطت الحماله وإن أخره وهو فقير معدم لا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على الكفيل وله أن يكف عنه - وإلى هذا ذهب أيضاً بعض المالكية - ذلك ما جاء في «المدونة» بتصرف^(١). والظاهر أن قوله فيما تقدم فلما حل الأجل لا يراد منه تقييد هذا الحكم بأنه في دين مؤجل حل بل هو والدين الحال ابتداء سواء. وهذا ظاهر.

مذهب الجمهور:

وذهب الحنفية والزيدية إلى أن إقدام الدائن على تأخير الدين للأصيل تأخير للكفيل أيضاً؛ لأن الكفيل بمزتلته التبعية للأصيل فإذا أجل الدين على الأصيل تأجل على الكفيل أيضاً إذا لا يطالب الكفيل بأكثر مما يطالب به الأصيل. أما تأجيله الدين للكفيل فيقتصر عليه ولا يتأجل على الأصيل بذلك. وذهب بقية المذاهب إلى أن تأجيل الدين لأحدهما لا يعد تأجيلاً للآخر منهما سواء في ذلك الكفيل والأصيل.

التشريع الوضعي:

أما القانون المدني فإنه يقضى بأنه إذا استبدل بالمدين المكفول عنه مدين آخر برثت ذمة الكفيل، (م ٣٥٨ مدني)، وكذلك إذا أحيل الدائن المضمون إلى شخص غير المدين الأصيل برثت ذمة الكفيل (م ٣١٨ مدني) وكذلك إذا قبل شخص أن يتحمل الكفالة إلى وقت محدد لم يجز أن يتجاوز التزامه ومطالبته ذلك الوقت، كما يجب مراعاة الوقت الذي حدد لنشوء الكفالة والوقت الذي حدد لبراءة ذمته منها.

(١) المدونة ج ١٣ ص ١١٦، ١١٧.

وقد تضمنت المادة (٣٨٠ مدني) أن الكفالة لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المكفول عنه ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول عنه، ولكن تجوز بما هو أقل قدرا وبشروط أخف، وعلى ذلك إذا كان المكفول عنه ملتزما بمائة جنيه لم يطالب الكفيل بأكثر من ذلك، وإذا كان الدين مؤجلا على الأصيل لم يجز أن يكون حالا على الكفيل بل ينتظر بمطالبة الكفيل إلى حول أجله على الأصيل.

وإذا لم تصح الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصيلي المكفول فإنه يقبل مع ذلك أن يقوم الكفيل بتقديم تأمين كالرهن، ولو لم يكن بالالتزام الأصيلي رهن ما؛ ذلك لأن الكفيل لا يعد ملتزما بأكثر من الالتزام الأصيلي إذا ما التزم ذلك، ولا بشروط أقسى؛ إذ كل ما في الأمر أنه مدين قدم إلى دائته ضمانا خاصا لوفائه بالتزامه، وإذ قد بينا ما للكفالة من أثر أصلي فإنه يتبع ذلك آثار أخرى نبينها فيما يأتي:

ما للدائن المكفول له من حقوق:

إذا تمت الكفالة كان للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله عليه دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصيل، وله أيضا مطالبة الأصيل كذلك عند حلول الدين عليه، فإذا كان حالا عليهما كان له الخيار إن شاء طالب الكفيل بكل الدين وإن شاء طالب الأصيل به أيضا، وإن شاء طالبيهما به كله في وقت واحد، وإن شاء طالب كلا منهما بجزء منه دون أن يتقيد في ذلك بقيد من القيود، غير أنه لا يستوفى الدين إلا مرة واحدة من أحدهما أو منهما جميعا، فلا يجوز له أن يستوفى كل الدين من كل منهما؛ إذ ليس له إلا دين واحد ولأن أداء واحد منهما يبرئ ذمة الآخر مما أدى، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية، وأساس ذلك أن ذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه فكان له مطالبه أيهما شاء اجتماعا وانفرادا، وهذه أيضا رواية عن مالك جرى عليها العمل في بعض البلاد.

وفي رواية أخرى عنه ليس للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كانه حالا والأصيل حاضر موسر ليس ذا لد في الخصومة ولا محاطل في الوفاء - وكذلك إذا كان الأصيل غائبا وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن في الوفاء على الأصيل؛ وذلك لأن الدين إنما وجب ابتداء

(١) راجع الدكتور عبد الباقي، التأمينات. والوسيط للدكتور السنهوري باب انقضاء الالتزام.

على الأصيل، والقضاء على الضامن بالدين لو قضى به عليه قضاء على الأصيل، ولم يكن ضمان الكفيل إلا للتوثق. والتزام الدائن بالدين حيثئذ أقرب إلى إنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء، وإذن فلا موجب حيثئذ لإزعاج الضامن بمطالبته والتنفيذ عليه في ماله، وذلك اعتباراً بحال المرتهن، فكما أنه لا سبيل له إلى الرهن إلا عند عدم^(١) الرهن وامتناعه عن الوفاء فكذلك لا سبيل إلا الكفيل إلا عند عدم المكفول عنه.

أما في غير هذه الأحوال فيحق للدائن مطالبة الضامن لالتزامه بالدين وحاجة الدائن إلى ذلك كما يحق له مطالبة الأصيل أيضاً. وهذه الرواية هي التي رجع إلى القول بها مالك وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهي أظهر الروايتين في المذهب^(٢) وعليه العمل في القضاء.

وإذا شرط الضامن على الدائن في ضمانه ألا يؤخذ الحق منه إلا إذا مات المدين معدماً، أو إلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين صح هذا الشرط عند المالكية ولزم فلا يكون للدائن مطالبة الضامن إلا على أساس هذا الشرط وتحققه.

وإذا تنازع الضامن والدائن في يسار المكفول عنه فقال الضامن إنه موسر وقال الدائن إنه معسر، فالرأى الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن وعلى الضامن أن يقيم البيينة على يسار المدين وملاءته وذلك لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»، فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين.

وإذا ادعى الكفيل أن الدائن يعرف ملاءة المدين ويسره وإنما ينكر ويكابر فيه حلف الدائن على ذلك، فإن حلف ألزم الكفيل. وللدائن رد اليمين على الكفيل، فإن حلف برئ من المطالبة، وقيل: إن القول قول الكفيل عند التنازع في يسر المدين ويصدق بلا يمين؛ لأن الغالب على الناس الملاءة وعلى الدائن عبء إثبات عسره، وهذا قول ابن القاسم واختاره بعض المالكية، وعند عدم إقامة البيينة على عسره لا يطالب الضامن؛ لأنه (أي الضامن) مصدق في يسر المدين ولا يطالب المدين في هذه الحال لإقرار «الدائن» بعدمه إلا أن يقيم الدائن البيينة على عدمه أو يتجدد له مال بعد ذلك فيطالب عندئذ، وفي «الواضحة»: قال ابن القاسم: «ليس على الحميل سبيل حتى يبدأ الدائن بالمدين، وذلك عند النزاع في يسار المدين»^(٣).

(١) العدم والعدم الفقر.

(٢) بدائع ج٢ ص ١٠ نهاية ج٤ ص ٤٣ معنى ج٥ ص ٨٣ مترق ج٦٧، الدردير والدسوقي ج٣ ص ٣٣٨ والخرشي ج٥ ص ٣٣.

(٤) منح الجليل ج٣ ص ٢٥٩ وص ٢٦٠.

وإذا كفل الدين أكثر من واحد فإن كفل به كل واحد منهم بعقد منفرد كان الحكم بالنسبة لكل واحد منهم كالحكم فيما سبق فيكون للدائن قبل كل واحد منهم من الحقوق ما له قبل الكفيل المنفرد الواحد؛ لأن كل واحد كفيل بكل المال فلا يؤثر في ضمانه أو يضمه غيره إذ يجوز أن يضمن المال الواحد كثير، وإلى هذا ذهب القانون المدني أيضاً، (المادة ٣٩٢/٢) إلا عندما يحتفظون بحق التقسيم بينهم، وإن كفّلوا بالدين بعقد واحد فكذلك الحكم على قول عند الشافعية إذ يعد كل منهم كفيلاً بكل الدين، وفي قول آخر ينقسم الدين عليهم حسب رؤوسهم لأن الضامن للدين مجموعهم فصاروا في ضمانه شركاء وهو ينقسم عليهم فوجب أن ينقسم عليهم، فإن كانوا ثلاثة طوّل كل واحد منهم بثلثه وإن ضمنه اثنان طوّل كل واحد منهما بنصفه وهكذا، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية أيضاً، وبه أخذ القانون المدني، (المادة ٧٩٢) إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم، غير أن المالكية قد اشترطوا في ذلك ألا يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض فإذا اشترط ذلك عليهم كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدماً، أما إن حضروا جميعاً أملياً فإنه يتبع كل واحد منهم بحصته فقط حسب انقسام الدين عليهم.

وجملة القول في هذه الصورة إن الأحوال فيها أربع:

١- أن يتعدد الحملاء وليس بعضهم حميلاً عن بعض ولم يشترط الدائن عليهم أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفي هذه الحال لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بحصته من الدين إن أعدم المدين مطلقاً أو كان موسراً وهو غائب، ولا مال له حاضر، أو له مال حاضر لا يمكن التنفيذ فيه أو كان ذا لد في الخصومة.

٢- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل واحد منهم صاحبه ولم يشترط عليهم الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه، وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إن غاب الباقي أو أعدم مع مراعاة غيبة المدين أو إعدامه أيضاً على ما تقدم وإلا أخذ المدين وحده.

٣- أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل منهم صاحبه واشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفي هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً - وللغارم في هاتين الحالتين الثانية والثالثة أن يرجع على أصحابه كما يكون له الرجوع أيضاً على الغريم.

٤- أن يتعدد الحملاء ولم يضمن بعضهم الآخر ولكن اشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء. وفي هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بكل الدين ولو كان غيره حاضرا مليئا، ولكن لا يكون للغارم أن يرجع على أصحابه لأنه ليس ضامنا وإنما يكون له حق الرجوع على المدين فقط^(١).

وعند الشيعة إذا تعدد الضامن فضمن إثنان أو أكثر الدين في وقت واحد بعقد واحد صح الضمان وانقسم الدين عليهم كما هو الرأي عند غيرهم، وإن ضمنه كل منهم بعقد صح ضمان الأول منهم فقط؛ لأنه ضمان صادم ذمة مشغولة يدين ولم يصح ضمان من بعده لأن ضمانه صادم ذمة برئت من الدين بالضمان السابق.

وفي القانون المدني يجوز للدائن أن يطالب كلا من المدين والكفيل، ولكن لا يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء إذا كانت مطالبة المدين الأصلية ممكنة، فإذا امتنعت امتنع تبعاً لذلك مطالبة الكفيل، ولذا كان التأجيل للأصيل تأجيلاً للكفيل، ولكن قد تجوز مطالبة المدين الأصلي ولا تجوز مطالبة الكفيل. وذلك كما إذا كان للكفيل أجل ليس للأصيل كأن كان له هذا الأجل لاشتراطه في عقد الكفالة أو لغير ذلك من الأسباب؛ لأن التأخير الذي يخص به الكفيل لا يتمتع به الأصيل.

وإذا كانت مطالبة الأصيل ممكنة جاز للدائن مطالبة الكفيل إذا لم يكن الدين مؤجلاً بالنسبة له على أن تكون بعد مطالبة الأصيل وعجزه عن الوفاء أو معها، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي وذلك بناء على المادة (٧٨٨/ فقرة ١ مدني) إذ تنص على أنه: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. وهي تدل بمفهومها على أنه يجوز للدائن أن يرجع عليهما معا ولو لم يسبق ذلك رجوعه على المدين الأصلي. والمراد بالرجوع فيها مخصصته أمام القضاء ومطالبته بالوفاء. وكذلك اشترطت هذه المادة (فقرة ٢) ألا ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق - وإذا كان يجب عليه التمسك بهذا الحق ليدفع التنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين من أمواله، جاز التنفيذ على أمواله إذا لم يبد ذلك لاعتباره حيثئذ متنازلاً عن حقه في طلب التجريد، وكذلك تجوز مخصصته وحده إذا لم يدفع ذلك

(١) منح الجليل ج٢ ص ٢٦٧، والدسوقي ج٣ ص ٣٤٣ ونهاية المحتاج ج٤ ص ٤٤٤ والمغني ج٥ ص ٩٥ والبحر ج٦ ص ٢٦٣ وتحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٣.

بوجوب البدء بمخاصمة المدين أو بإشراكه معه في المخاصمة إذ الخطر عليه في هذه الحال أقل من الخطر عليه في الحال السابقة، فإذا عد سكوته عن طلب التجريد تنازلاً وقبولاً لمخاصمته في هذه الحالة مع ما هو معرض له من خطر حين ذلك، فأولى أن يعد سكوته في الحال الثانية قبولاً لمخاصمته، وتنازلاً عن حق مخاصمة المدين معه، وبناء على ذلك فليس يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين الأصلي، حتى إذا لم تبقى له بقية بعد تجريد منها جميعها نفذ على أموال الكفيل ما دام أن الكفيل قد تمسك بحقه في ذلك. وهذا ما يسمى في التشريع الوضعي بحق التجريد.

وإذا تعدد الكفلاء الذين كفّلوا الدين بعقد واحد، فقد ذكرنا أنه لا يلزم كل منهم إلا بحصته من الدين بعد قسمته عليهم ما داموا غير متضامين، ولكل منهم حق التجريد بالنسبة لحصته أيضاً، وعلى ذلك فليس للدائن أن يطالب أياً منهم إلا بحصته وذلك بعد مطالبة المدين أو معها، وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بقدر هذه الحصة وذلك بعد ملاحظة حقه في طلب التجريد إذا تمسك به إلا إذا كان متضامناً معه فإنه حينئذ يحرم من حق التقسيم فينفذ عليه في أمواله بكل الدين بناء على تضامنه مع المدين ومن كفله، كما يحرم كذلك من حق التجريد بناء على هذا التضامن.

ومن هذا يرى أن ما ذهب إليه القانون المدني يتفق في روحه وفي بعض شروطه مع مذهب المالكية على الرواية الثانية.

«فيما للكفيل من حقوق»:

ما للكفيل من حق قد يكون له قبل الدائن، وقد يكون له قبل المدين المكفول عنه، وقد يكون له قبل كفيل آخر.

فيما للكفيل قبل الدائن من حقوق:

جاء في الحديث أن الكفيل غارم، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالاته عبثاً يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره - وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحق في أن يطلب إلى الدائن المضمون له عندما يفلس الأصيل أن يطلب منه بيع مال الأصيل لسوفى منه دينه أو مما يخصه منه وذلك قبل الرجوع عليه - إن كان للأصيل غرماء آخرون - على أن يدفع للدائن ما يبقى له من دينه قبله إن كان له بعد هذا الوفاء بقية منه.

وثبت هذا الحق للضامن مشروط بأن يكون الضمان بإذن الأصيل، أما إذا كان قد ضمن بغير إذنه فلا يحق له هذا الطلب؛ لأنه وقد ضمن بغير إذنه وطن نفسه على ألا يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء، وإذن يكون ضياع ما يخص الدائن من مال الأصيل إذا ما ضاع عليه لا يترتب عليه إلزامه بشيء لم يوطن نفسه عليه، وهذا مذهب الشافعية.

كما ذهبوا أيضا عندما يكون الضمان بإذن المدين إلى أنه يحق للضامن إذا ما توفى الأصيل قبل الوفاء عن تركة أن يطالب المضمون له بأن يأخذ منها ما يفى بدينه أو ما يخصه منها عند المزاومة أو يبرئه ليتجنب بذلك احتمال تلفها وعدم الرجوع فيها إذا ما وفى الدين من ماله. أما إذا لم يكن الضمان بإذن فلا يحق له هذا الطلب كما في الحال السابق، وقال بعض الشافعية: لو قيل بأن له هذا الحق في هذين الحالين لم يبعد هذا القول عن الصواب حتى لا يناله ضرر فيهما إلا أن يقال بأنه مقصر في كفالاته بدون استئذان المدين الأصيل^(١).

وكذلك ذهب المالكية إلى أن للضامن إذا ما طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتي:

أولاً: أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبته إلا بعد مطالبة المدين، وظهور عجزه عن الوفاء أو أن الوفاء من ماله متعذر بسبب من الأسباب، فإذا تبين أن المدين حاضر موسر، ولا يتعذر الوفاء منه لم يكن للدائن حق مطالبة المدين على أشهر الروايتين عن مالك، وهي الرواية التي رجح إليها في آخر حياته كما بينا.

ثانياً: أن يدفع بأن للمدين مالا حاضرا يمكن الوفاء منه من غير مشقة، وإن لم يكن المدين حاضرا، فإذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته على هذه الرواية.

كما جعلوا له أيضا حق الاعتراض على تأجيل الدائن الدين للمدين عند يساره ويكون له في هذه الحال أن يخير الدائن بين أمرين:

إما إبرائه من الكفالة وامضاؤه التأجيل، وإما عدوله عن التأجيل، وذلك بناء على تلك الرواية أيضا.

(١) راجع نهاية المحتاج ج٤ ص٤٤٤، ٤٤٥ والمهذب والبحر ج٣ ص٤٠.

أما عند إعساره فإنه يجب إنظاره شرعا، وإذن لا يحق للضامن الاعتراض على ذلك، كما لا يحق له الاعتراض أيضا إذا ما أقر الدائن مدينه عند يساره، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت، وكذلك إذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصدا إبطال الضمان، أما إذا طلب منه اليمين على ذلك فتكفل فإن الضمان يسقط، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك.

وكما جعلوا له حق الاعتراض على التأجيل جعلوا له أن يلزم الدائن بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس إذا كان المدين مليئا قادرا على الوفاء، وإلا أسقط عند الكفالة. وذلك خشية إفلاس المدين بعد ذلك^(١) وسواء في ذلك أن يكون الضامن قد توجهت إليه مطالبة بالدين أم لم توجه - والظاهر أن المدين إذا كان قادرا على الوفاء ببعض الدين كان للضامن أن يطلب إلى الدائن مطالبته بما يقدر على الوفاء منه أو يبرئه من الكفالة به لأن بعض الدين يعد دينا مكفولا أيضا، وقد يطرأ الإعسار على المدين في ذلك القدر أيضا فينال الضامن ضرر.

فيما للكفيل من حق قبل المكفول عنه:

أولا - إذا كانت كفالته بأمر المدين كان له الحق عند الحنفية في أن يطالب المدين بتخليصه من الكفالة إذا ما طالبه الدائن بالدين؛ وذلك بأن يؤدي الدين للدائن. كما له الحق في ملازمته إذا لازمه الدائن وحق المطالبة بحبسه إذا ما طلب الدائن حبسه، وهذا كله مشروط بالألا يكون الكفيل مدينا للمكفول عنه بمثل الدين المكفول به، فإن كان مدينا للمكفول عنه بذلك لم يكن حق مطالبته بتخليصه من الكفالة ولا حق الطلب في حبسه ولا حق ملازمته؛ إذ عليه أن يؤدي دين الطالب، فإذا أدى سقط بذلك ما للمكفول عنه من دين قبله دون أن ينال الكفيل أى ضرر وذلك بطريق المقاصة.

وإنما كان له ذلك لأن المدين هو الذي أوقعه فيما صار إليه من عنت من مطالبة الدائن إياه أو ملازمته أو حبسه فكان له بسبب ذلك أن يعامله بمثل ما يعامل به.

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فليس للكفيل الحق في شيء من ذلك لأنه متبرع بها ويأداء الدين عن المدين، والمتبرع ليس له حق إلزام غيره بما التزم به؛ وهذا كله عند الحنفية^(٢).

(١) راجع الشرح الكبير ج٣ ص٣٣٨، ص٣٣٩، ص٣٣٨، ص٣٤٠، ومنع الجليل ج٣ ص١٦٠.

(٢) راجع الزيلعي وحاشيته الشلبى وعليه ح ص١٥٦ والبدائع ج٦ ص١١.

هذا، وليس للكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يسلم ما به وفاء الدين إليه ليوصله إلى الدائن؛ لأن الوفاء إذا وجب بحلول الدين فإنه يجب على الأصيل في ماله أو على الكفيل في ماله لا في مال الأصيل، ومن أراد الوفاء كان الوفاء من ماله وكان له ولاية دفعه إلى الدائن.

ولكن يجوز للأصيل اختياراً أن يدفع ما به الوفاء إلى الكفيل ليوصله إلى الدائن قبل أن يقوم الكفيل بالوفاء فإذا دفع الأصيل إلى الكفيل ما به الوفاء، وكانت الكفالة بأمره، فهذا على وجهين: أحدهما أن يدفعه إليه على وجه القضاء. الثاني أن يدفعه إليه على وجه الرسالة، أي ليكون رسولا من قبله في توصيله إلى الدائن لا باعتبار أنه كفيل مطالب وقد دفع إليه وفاء، حتى لا يكلف الوفاء من ماله الخاص.

فإذا كان قد دفعه إليه على وجه القضاء عنه فإنه يمتلكه بمجرد قبضه، ولا يملك المدين استرداده منه بعد ذلك، وأساس هذا - فيما يرون - أن الكفيل قد صار بالتزامه مطالبا بأداء الدين من ماله واجبا عليه وفاؤه منه - رضى أم أبى كما استوجب أمره بالكفالة أن يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا ما قام بالوفاء به وصار بسبب ثبوت هذا الحق له منذ قيامه بالكفالة كدائن للأصيل بدين مؤجل إلى وقت الأداء، وكان للمدين أن يوفيه قبل أجله شأن كل دين مؤجل، فإذا أعطى المدين للكفيل ما به وفاء دينه قبل أن يقوم الكفيل بأدائه للدائن فإنه يعتبر كأنه وفى ما عليه للكفيل قبل أجله فيملكه الكفيل بقبضه، ولا يملك المدين بعد ذلك أن يسترده لذلك، ويؤيد ذلك ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للكفيل أن يأخذ من الأصيل رهنا بهذا الدين المكفول به فيكون لديه إلى أن يخلصه المدين من الكفالة. ومن أن الكفيل إذا أبرأ الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الدائن شيئا جاز ذلك، وترتب عليه أن الكفيل إذا أدى الدين بعد ذلك إلى الدائن لم يرجع على المدين بما أدى غير أن المدين لا يبرأ بالدفع إلى الكفيل بالنسبة إلى الدائن بل يستمر الدائن على حقه في مطالبة كل من الكفيل والمدين بالدين، فإذا وفاه الكفيل فقد برئ وبرئ المدين، وإذا وفاه المدين قبل أداء الكفيل برئ هو والكفيل من الدين، وتبين أن ما دفعه إلى الكفيل لم يكن على وجه القضاء بل كان أمانة، ولذلك كان له عندئذ حق استرداده. أما قبل ذلك فليس له الحق في أن يسترده لما ذكرنا، ولأن حق القابض له وهو الكفيل قد تعلق به على احتمال قيامه بقضاء الدين فلا يسترده ما دام هذا الاحتمال باقيا، وذلك كمن عجل الزكاة فدفعها إلى الساعي قبل وقت وجوبها: وكمن اشترى سلعة بشرط الخيار للبائع ونقد الثمن ثم أراد أن يسترده قبل

مضى مدة الخيار وقبل أن ينقض البائع العقد، إذ ليس لأحدهما ذلك؛ لأن دفع المال كان لغرض وهو أن يصير زكاة في الحال الأولى عند حلول الوقت. وثمنا في الحال الثانية بعد مضي مدة الخيار بلا نقض للعقد، وما دام هذا الاحتمال باقيا فإن حق القابض يستمر فلا يجوز الاسترداد منه.

الوجه الثاني: أن يدفع المدين للكفيل على وجه الرسالة بأن يقول له: خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب نيابة عني، وفي هذه الحال لا يصير المال المؤدى ملكا للكفيل بل أمانة في يده ولكن مع ذلك لا يكون للأصيل حق استرداده من الكفيل أيضا لتعلق حق الطالب به وهو وفاء الدين منه. وفي استرداده إبطال لهذا الحق فلا يمكن منه ما لم يقم قبل ذلك بقضاء دينه كما في المسألة الأولى.

وقد فرعوا على ما تقدم أن الكفيل إذا اتجر فيما دفعه إلى المدين فربح قبل أن يقوم بالوفاء فإن كان الدفع على وجه القضاء طاب له الربح؛ لأنه نماء ملكه في هذه الحال وليس عليه أن يتصدق به سواء أقام هو بالوفاء بعد ذلك أم قام به المدين، غير أن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان المدفوع مما يتعين بالتعيين كالعروض، فعليه أن يعطى الربح إلى المدين استحساناً. وفي موضع آخر قال: يتصدق به ولا يطيب له، أما الصاحبان فقد ذهبوا إلى أن الربح يطيب له مطلقاً.

أما إن كان الدفع على وجه الرسالة فإن الربح لا يطيب له على قول الطرفين لعدم تملكه ما دفع إليه ويطيب له عند أبي يوسف إذا كان المدفوع نقوداً لعدم تعيينها بالتعيين^(١).

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فإن الدفع إلى الكفيل في هذه الحال يعد على وجه الرسالة دائماً؛ إذ ليس للكفيل حق قبل المدين حتى يكون الدفع إليه قضاء عن ذلك الحق. وقد بينا حكم هذه الحال.

وذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا ضمن من غير إذن المضمون لم يجز له مطالبته بتخليصه لأنه لم يدخل في ضمان بإذنه فلم يلزمه تخليصه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

(١) راجع البدائع ج٢ ص١٤، والزيلعي ج٤ ص١٦١، ١٦٢.

وإن ضمن بإذنه فطالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بأن يخلصه؛ لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه إذا طوّل، وهو رأى الحنفية أيضاً، وإن لم يطالبه الدائن ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون له حق مطالبته بتخليصه لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له أن يطالبه بتفريغ ذمته، كما إذا أعاره عينا ليرهنها كان له أن يطالب المستعير بتخليصها.

ثانيهما: ليس له ذلك وهو الصحيح في المذهب لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالب. وهذا بخلاف مسألة العارية؛ لأن في العارية ضرراً واقعاً على المعير هو حبس العين ومنعه من التصرف فيها، ولا عليه في مجرد شغل ذمته بدين لا يطالب به.

فإن دفع المدين مالا إلى الضامن وقال له خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان: أحدهما أن الضامن يملكه بالقبض، وهو مذهب الحنفية؛ لأن الرجوع على المدين يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديم الوفاء لذلك كإخراج الزكاة قبل حولان الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه لما قبض، وإن أبرئ المدين من الدين قبل القضاء وجب عليه رد ما أخذه كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصيب قبل حولان الحول.

والثاني: لا يملكه لأنه لم يأخذه بدلا عن واجب وإنما أخذه بدلا عما يجب في ثاني الحال، فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البذل فضمنه لذلك كالمقبوض على مومّ البيع^(١).

وعند مالك للضامن الحق في مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان ويجبره على ذلك سواء أطلبه الدائن بالدين أم لم يطالبه، وذلك عند حلول الدين. كما أن له أن يطالب الدائن إذا ما حل أجل الدين أن يخلصه من الضمان إذا ما سكت فلم يطلب من الأصيل الوفاء فيقول له إما أن تطلب حقا من المدين أو تسقط عني الضمان كما تقدم. وسواء في ذلك أن تكون الكفالة بإذن المدين أو بدون إذنه؛ إذ للضامن حق الرجوع على المدين في الحالين عند المالكية - كما سيأتي - وليس للضامن مطالبة المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليوصله إلى الدائن لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه، غير أنه إذا دفعه إليه فهلك عنده ضمنه للمدين إن كان قد قبضه على وجه

(١) راجع المذهب ج١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

الاقضاء، واستمر للدائن حقه في مطالبة المدين - وعلى هذا لو طالبه الكفيل بذلك فذفع إليه ما به الوفاء ثم تلف عنده أو هلك كان ضامنا له سواء أكان هلاكه نتيجة تفريط أم لا؛ لأنه قد تسلم المال على وجه القضاء. أما إن تسلمه على وجه الرسالة بأن أرسله المدين إلى الدائن بالدين ليوصله إليه فضاع منه أو تلف من غير تفريط فلا يضمته لأنه أمين حيثئذ. والفرق بين قبضه على وجه القضاء وقبضه على وجه الرسالة أن الدفع على وجه الرسالة يكون بأداء المال إليه من غير مطالبة من الضامن وليس معه اشتراط براءة المدين من الدين، كذلك يكون في توكيله في توصيل المال إلى الدائن وأن يسلمه المال على هذا الوضع.

وجملة القول في ذلك أن قبض الكفيل المال يكون على خمسة أوجه:

الأول: أن يقبضه على وجه الرسالة، وفي هذه الحال إذا ما ظل المال قائما لدى الكفيل يكون الدائن مخيرا إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل فله أن يتبع أيهما شاء دون أن يتقيد في ذلك بأن يكون قد اشترط ذلك أو بأن يكون الضامن معدما ونحوه، فإن تلف المال في يده وكان تلفه من غير تفريط ولا تعد فلا يضمته الكفيل لأنه أمانة في يده، ويبقى عليه الطلب بمقتضى الكفالة حيثئذ على ما بينا في حكمها من البداءة بمطالبة الأصيل أو بتخيير الدائن في مطالبة أيهما شاء على اختلاف الرواية في ذلك، وإن كان قد فات المال بتفريط من الكفيل أو بإتلافه ضمنه للأصيل فإن غرمه الكفيل للدائن فلا تراجع بينه وبين الأصيل، وإن غرمه للأصيل فإن الدائن يبقى على حقه الثابت له بالكفالة قبل كل منهما على ما بينا.

الثاني: أن يقبضه وهو وكيل عن الدائن في ذلك - والدائن مقر بذلك - وفي هذه الحال يبرأ المدين والكفيل بهذا الدفع لسقوط الدين به، وكذلك إذا أنكر الدائن الوكالة، فقامت عليها الحجة وإلا كان القول قول الموكل وحيثئذ يكون الحميل ضامنا لما قبضه.

الثالث: أن يقبضه على وجه الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء به كما إذا غاب الدائن وحل أجل الدين وخاف الكفيل لإعدام المدين أو حدوث الفلاس، فإن للحاكم حيثئذ أن يأمره بقبض الدين، ولا تبرأ ذمة المدين بذلك بل يكون للدائن إذا حضر مطالبة مر شاء منهما سواء أظل المال قائما لدى الكفيل أو فات، غير متقيد بشيء مما تقدم - ويضمته الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط ويأخذ حكم هذه الحال

أيضا ما إذا طلب الكفيل المدين بالأداء إليه فدفعه إليه بناء على طلبه أو دفعه إليه من غير طلب مشترطا عليه براءة ذمته بذلك الدفع فالحكم في هذه الأحوال واحد.

الرابع: اختلافهما في صفة القبض فيدعى الكفيل أنه كان على وجه الرسالة ويدعى الأصيل أنه كان على وجه الاقتضاء ولا بينة. وفي ذلك قولان. أحدهما: أن القول قول المدين، وهو قول مالك، قياسا على قوله في القرض، وثانيهما: أن القول قول القابض، وهو قول أشهب وغيره، وهو ظاهر ما في «المدونة»، وسبب هذا الخلاف تعارض أصليين، أحدهما اتفاقهما على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه للقابض، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه، فلا يقبل ذلك منه إلا بدليل - وثانيهما أن الأصل عندما يجتمع موجب الحظر مع موجب الإباحة أن يغلب موجب الإباحة. وقد ادعى الكفيل قبضا صحيحا، وادعى الأصيل قبضا فاسدا فوجب أن يكون القول قول القابض وهو الكفيل؛ لأنه إنما يدعى أمرا مباحا والأصيل قد ادعى الفساد لأن الكفيل ليس له القبض نيابة عن الدائن.

الخامس: إبهام الأمر وذلك لانعدام القرائن بعد موت كل منهما، وفي هذه الحال القولان السابقان^(١).

وقال الشيعة الجعفرية إذا كان الضمان بغير إذن المدين لم يكن للضامن الحق في مطالبة المدين بشيء؛ لأنه قد تبرع عنه بأداء الدين وبرئت ذمته بذلك. وإن ضمنه بإذنه كان للضامن حق مطالبته بالمدين إذا طالبه الدائن. وذهب الشيخ إلى القول بثبوت حق المطالبة له وإن لم يطالبه الدائن إذ له حق الرجوع عليه - وليس للضامن مطلقا مطالبة المدين بتسليم المال إليه قبل أن يقوم هو بالوفاء حتى ولو زعم أنه إنما يريد توصيله إلى الدائن^(٢)، وعلى هذا فليس في مطالبته بالأداء فائدة قبل أداء الضامن إلا إذا كان الغرض منها أن تكون وسيلة إلى أداء الدين إليه اختيارا.

ثانيا: حق الضامن في الرجوع على المدين؛

اجتمعت كلمة الفقهاء على أنه ليس للضامن أن يطلب إلى المدين أن يسلمه ما به وفاء الدين قبل أن يقوم بأدائه إلى الدائن، أما إذا قام بأدائه إلى الدائن وكان أداءه إليه بنية التبرع عن المدين وعدم الرجوع لم يكن له حق الرجوع عليه اتفاقا، وإلا ففي ثبوت

(١) راجع منح الجليل ج٣ ص ٢٦١ وما بعدها، والشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٣٤٠.

(٢) تحرير الأحكام ج٢ ص ٢٢٣.

حق الرجوع على المدين بما أدى أربعة مذاهب، منها مذهب لا يجعل له حق الرجوع مطلقاً ومنها مذهب يجعل له حق الرجوع مطلقاً وبين هذين مذهباً وسطان وهاك التفصيل.

المذهب الأول: ذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن فيبرأ بها المدين ثم لا يكون للضامن بعد ذلك حق الرجوع عليه مطلقاً سواء أكان الضامن بأمر المدين أم بغير أمره؛ لأنه قد التزم بالدين متبرعاً فلا يكون له بناء على ذلك حق الرجوع على المدين إلا إذا قال له أد الدين عنى. فإنه يعد بمثل هذه العبارة وما فى معناه مستقرضاً من الضامن ما به وفاء وموكلاً إياه فى أدائه إلى الدائن وبناء على ذلك يكون له حق الرجوع إذ أدى بحكم القرض لا بحكم الكفالة^(١).

المذهب الثانى: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن غير متبرع عن المدين بل بنية أن يرجع عليه كان له حق الرجوع عليه بما أدى على التفصيل الآتى: ذهب المالكية إلى أن الضامن إذا ما قام بأداء ما به وفاء الدين المضمون ثبت له حق الرجوع على الأصيل سواء أكانت الكفالة بإذن المضمون أم بغير إذنه وعندئذ يرجع على الأصيل بمثل ما أدى إذا كان ما أداه الدائن من جنس الدين سواء أكان الدين مثلياً أم قيمياً، فإذا كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن خمسة أثواب من جنسها فإنه يرجع على الأصيل بخمسة أثواب مثلها لا بقيمتها؛ ذلك لأن الضامن كالمسلف وفى السلف يرجع بالمثل حتى فى المقومات، ولا يرجع فى هذه الحال بأكثر من الدين كما هو واضح لأن دفع الزيادة إلى المدين يعد ربا أو هبة وفيهما لا رجوع. أما إذا كان الأداء من غير جنس الدين فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذى دفع كما لو كان الدين خمسة دنائير ودفع الضامن وفاء له خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب إذا لم يكن ذلك المقوم قد اشتراه الضامن من ماله، أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه ما دام أقل من قيمته بشرط ألا يكون فى شرائه محاباة وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار المحاباة بل يضيع عليه مقدارها.

وإنما ثبت حق الرجوع للضامن إذا أدى لأنه قام بوفاء ما كان واجبا على الأصيل فيرجع بما غرم فى هذه السبيل ويشب للضامن حق الرجوع إذا ثبت أدائه بينة أو بإقرار الدائن. أما إذا أنكر الدائن الوفاء وأقر بذلك المضمون، ولا بينة على الدائن فإن كان الضامن قد أدى فى غيبة المضمون فلا رجوع للضامن عليه لتقصيره بترك الإشهاد على

(١) راجع للمحلّى ج٥ ص ١١١.

الأداء، ولعدم براءة المدين بذلك أمام الدائن. أما إذا كان الأداء يحضره المضمون فقولان:

أحدهما: لا يرجع أيضا لما سبق، والثاني يرجع لأن التقصير من المدين من ناحية أنه لم يشهد وكان عليه أن يشهد على الأداء إلى الدائن لتبرأ ذمته عند الإنكار من الدائن. والأول أقوى في المذهب لأن الأداء من الضامن والمال ماله لا مال المدين فالإشهاد حيثنذ يكون عليه لا على المدين.

هذا إذا كان الضامن قد أدى من ماله، أما إذا كان الأداء من مال للمدين بأن كان المدين قد دفعه إليه ليؤديه إلى الدائن ثم أنكر الدائن ولا بينة فإن كان الدفع في حضرة المدين فلا يضمنه الضامن ويغرمه المدين ثانيا بعد يمين الدائن، ويظل الدائن على وضعه الذي كان قبل دفع المال إلى الضامن مرة أخرى لتقصيره بعدم الإشهاد وبقاء كفالته، ولا يرجع به على المدين لعلمه بأن ذمته بريئة ولا شيء عليه للدائن - وإن كان الدفع في غيبة المدين ضمنه له لأنه أتلفه بتركه الإشهاد على دفعه، ويظل الدائن على وضعه بالنسبة إليهما.

وإذا أراد الحميل مصالحة الدائن فلإن في ذلك خلافا عند المالكية، قيل: لا يجوز مطلقا لما في جوازه من إلزام المدين بما لم يلتزم وقيل يجوز مطلقا فيصالح الحميل الدائن عن الدين بما يجوز للمدين الصلح بما عليه له؛ لأنه في منزله وساع في براءة ذمته فما جاز للغريم أن يدفعه عوضا عما عليه يجوز للحميل أن يدفعه كذلك وما لا فلا مع ملاحظة استثناء مسألتين:

الأولى: الصلح بدنانير عن دراهم أو بدراهم عن دنانير بعد حلول الأجل.

الثانية: الصلح عن طعام مسلم فيه بعد الأجل بأدنى منه أو بأجود منه فإن الصلح في هاتين المسألتين جائز للغريم وليس جائزا للضامن.

وإنما لم يجز للضامن في المسألة الأولى لما يترتب على قيام الضامن بالصلح فيها من حدوث صرف متأخر بين الضامن والمدين؛ لأن ذمة المدين مشغولة إما بدنانير وإما بدراهم على حسب اختلاف الحال، وسيرجع عليه الضامن بصرف ذلك من غير جنسه إذ يرجع عليه بما دفع من دراهم في مقابل دنانير عليه أو بما دفع من دنانير في مقابل دراهم عليه، وذلك صرف مؤخر عن وقت دفع البدل وهو ممنوع.

ولم يجز في المسألة الثانية لأن رب الدين وهو المسلم بعد أنه قد باعه للضامن قبل أن يقبضه من المسلم إليه وهو المدين وهو تصرف ممنوع؛ ذلك لأن الضامن قد تملكه بما دفعه للمسلم قبل أن يقبضه المسلم من المسلم إليه وذلك منهى عنه .

وذهب آخرون إلى رأى ثالث هو أن الصلح يجوز إذا كان بمثابة مائل لجنس الدين . إذ يكون صلحا عن مثل جنسه أو كان بمقوم مائل لجنس الدين أو مخالف له إذ يكون حيثئذ مبادلة بين الدين وبدل الصلح، أما إذا وقع بمثابة مخالف لجنس الدين سواء كان الدين مثليا أو مقوما فلا يجوز لما يترتب على ذلك من غرر بالضامن فيما سيأخذه من المدين . وذلك لتخيير المدين في هذه الحال بين أن يدفع الدين وبين أن يدفع ما أدى عنه فعلا . وأصح الأقوال أوسطها وهو القول الثاني .

وإذا تم الصلح بين الحميل والدائن رجع الحميل على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة المصالح عليه الذي هو بدل الصلح .

وإذا وهب الدائن الدين للضامن صحت الهبة ولكن لا تتم إلا إذا قبض الضامن الدين فعلا من المدين قبل حدوث المانع من الهبة للواهب، وبناء على هذا يكون للضامن مطالبة المدين بالدين لحلوله محل الدائن بالهبة كما يكون له كذلك مطالبة به إذا توفى الدائن وكان الضامن وارثه الوحيد فإن الدين ينتقل إليه ميراثا ويطالب المدين وفي الحالين تنتهي الكفالة .

وإذا كان الدين المضمون مؤجلا على المدين وضامته ثم حل بالنسبة إلى أحدهما بحلول الأجل بالنسبة له لم يحل الدين على الآخر منهما ما دام أجله باقيا . كما يحل أيضا بالنسبة إلى أحدهما بموته أو فلسه قبل حلول أجله، وعندئذ يؤخذ الدين من تركته ولا يمنع من استيفائه من تركته الضامن إذا ما توفى أو فلس مع حضور المدين مليا .

وجملة القول أن الضامن إذا مات أو أفلس قبل حلول أجل الدين خير الدائن بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل ويتبع المدين وبين أن يتعجل الوفاء ويأخذ الدين من تركته الضامن . فإذا تعجل لم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المدين بما دفعوا عنه من تركته مورثهم في حال الموت، كما لم يكن للضامن في حالة الفلاس أن يرجع بما أخذ الدائن من ماله إلا بعد حلول الأجل بالنسبة للمدين أو بعد موته، وإذا كانت وفاة الضامن أو فلسه عند حلول الأجل بالنسبة للمدين . لم يكن للدائن طلب في مال الضامن إذا كان المدين حاضرا مليئا وإلا كان له حق الطلب كما تقدم (١) .

(١) الخرشى ج٥ ص ٣١ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه ج٣ ص ٣٣٧ وما بعدها .

وذهب الحنابلة إلى أن الضامن إذا أدى الدين عن المدين بنية الرجوع عليه كان تحت ذلك أربعة أحوال.

الحال الأولى: أن يكون الضامن قد ضمن المدين بإذن المدين ثم أوفاه كذلك بإذنه وفي هذه الحال يرجع عليه سواء قال له المدين اضمن هذا الدين عنى وأده عنى أو أطلق فلم يقل له إلا ما يفيد إذنه بالضمان والأداء دون أن يقول له افعل ذلك عنى؛ وإلى هذا ذهب مالك كما تقدم وهو مذهب: أبي يوسف من الحنفية.

الحال الثانية: أن يكون الضامن قد ضمن بإذن المدين ولكنه قد أداه بدون إذنه، وفي هذه الحال يكون له حق الرجوع على المدين أيضا وهو مذهب مالك كما تقدم ورواية عن الشافعي. وفي رواية أخرى عنه أنه لا يرجع عليه في هذه الحال إلا إذا كان قد تعذر الأداء على المدين فأدى الضامن بناء على ذلك. أما إذا كان للمدين مال ثم أدى فإنه يكون متبرعا بالأداء فلا يرجع - ويرى الحنابلة والمالكية أن إذن الضامن في الضمان يعد إذا له في الأداء عرفا فكان له بسبب ذلك حق الرجوع ولا يعد متبرعا.

الحال الثالثة: أن يكون الضامن قد ضمن الدين بدون إذن من المدين ثم أداه كذلك بدون إذنه، وفي هذه الحال له أن يرجع على المدين أيضا وهو مذهب مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يرجع، وهي أيضا رواية عن أحمد ومذهب ابن المنذر، ووجه هذه الرواية حديث أبي قتادة: إذ إنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير إذنه ما برئت ذمة الميت بضممان أبي قتادة ولم يصل النبي ﷺ على المتوفى لشغل ذمته عندئذ بدين لأبي قتادة إذا ما أدى عنه ولكن النبي ﷺ صلى عليه قبل الأداء فدل بذلك على براءة ذمته. وقد ضمن أبو قتادة ديننا بلا إذنه. ووجه الرواية الأولى أن قضاء الضامن في هذه الحال قضاء مبرئ عن دين واجب على المدين فكان ضمان هذا الأداء عليه؛ إذ قيام الإنسان بقضاء ما هو واجب على غيره يستلزم حق رجوعه عليه ما دام لم يكن متبرعا كما هو ظاهر من واقعة الحال لعلمه بأن الميت قد توفى ولم يترك شيئا.

الحال الرابعة: أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين، ولكنه أدى الدين بإذنه وفي هذه الحال فللضامن حق الرجوع أيضا؛ لأن إذنه بالقضاء دل على إرادة قيامه عنه فيه، وخالف في ذلك الشافعي.

ويرى الحنابلة أن الضامن إذا ما أدى إلى الدائن ما به برئت ذمة المدين بالنسبة إلى الدائن فإنما يرجع بأقل المبلغين: مقدار الدين، وقيمة ما دفعه؛ لأن الدين إذا كان أقل مما دفع كان الضامن متبرعا بالزيادة وهي غير واجبة على المدين، وإن كان الدين أكثر فإن الضامن لم يغرّم في هذا السبيل إلا ما دفع فلا يرجع بأكثر منه؛ ولهذا لم يكن للضامن أن يرجع بشيء إذا ما أبر الدائن الضامن لأنه لم يغرّم شيئاً. وإذا أدى الضامن الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع به على المدين قبل أجله، وإذا أحال الضامن الدائن على ثلاث كان ذلك بمنزلة أداء ما به الوفاء إليه فيرجع الضامن على المدين بالأقل مما أحال به ومن قدر الدين، سواء استولى الدائن من المحال عليه أو أبراه أو تعذر عليه الاستيفاء منه لفلس أو مطلق؛ لأن الحوالة كالإقباض مبرئة لذمة المدين على ما سيأتى بيانه في الحوالة عند الحنابلة^(١).

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا أدى ولم يكن ناويا التبرع عن المدين كان له حق الرجوع على الأصيل إذا كان الأصيل قد أذنه في الضمان وفي الأداء فإن لم يأذنه فيهما أو أذنه في الأداء لا في الضمان لم يكن له حق الرجوع وذلك لتبرعه عند عدم الإذن بهما ولأنه عند الإذن في الأداء فقط فقد أدى بناء على ضمانه الذي تبرع به فيكون متبرعا به أيضا، ولذا إذا أذنه في الأداء فقط مشروطا عليه الرجوع كان له حق الرجوع، وسواء في ذلك أن يكون ضمانه بعد إذنه في الأداء أم قبل إذنه به. أما إذا أذنه في الضمان ثم أدى دون أن يأذنه في الأداء فإن له حينئذ حق الرجوع على الأصيل في الأصح؛ لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه شرعا فيرجع لذلك إذ يعد حينئذ ماذونا فيهما، وقيل لا يرجع لجواز أنه قد أدى متبرعا.

ومما يجب أن يلاحظ أن المراد بالإذن هنا هو إذن من يملك أن يوفى دينه بنفسه فليس يعتبر إذن المجنون والمعتهو والصبي الذي لا يملك التصرف في ماله، وإذا ثبت له حق الرجوع فإنما يرجع بما غرم لا بما لم يغرّم فيرجع بالدين إن أداه ويرجع بما أدى إن أدى بعضه وأسقط الدائن الباقي ويرجع بالأقل مما أدى من الدين إن صالح عن الدين بخلاف جنسه^(٢).

وإذا أحال الدائن دائنا له على الضامن كان ذلك بمنزلة القبض من الضامن للمحال عليه لبراءة ذمته بهذه الحوالة فيرجع الضامن بسبب ذلك على الأصيل متى كانت الكفالة

(١) المغنى ج٥ ص٨٦ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج وحاشية ج٤ ص٤٤٦ وما بعدها.

بالإذن وإن لم يؤد للدائن شيئاً وهذا إذا لم يسره المحتال، فإن أبراه لم يرجع بشيء لأنه لم يغرم شيئاً، ورجح البلقيني أن له حق الرجوع وإن لم يغرم شيئاً؛ ذلك لأن الحق ثبت له بمجرد الحوالة فلا يسقط ببراءته من قبل شخص آخر غير الدائن ولكن المعتمد الأول، ومثل ذلك في الحكم ما لو وهب الدائن الدين للضامن فإنه لا يرجع في هذه الحال على الأصيل لأنه لم يغرم شيئاً، وهذا بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له ثانية فإنه يرجع، وإذا ورث الضامن الدين بأن كان وارث الدائن رجع به على المدين لحلوله بالميراث محل الدائن.

وإذا ادعى الضامن أنه أدى الدين فكذبه الدائن وصدقه المدين لم يرجع على المدين في الأصح لعدم انتفاعه بأدائه؛ إذ مطالبة الدائن له باقية وقيل يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته. أما إذا صدقه الدائن فإن له حق الرجوع وإن كذبه المدين لبراءة ذمته.

المذهب الرابع: أن الكفيل لا يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا أدى عنه الدين إلا إذا كانت الكفالة بأمره وإلى هذا ذهب الحنفية والزيدية والشيعة الجعفرية.

فقد ذهب الزيدية إلى إعطاء حق الرجوع على الأمر لكل من دفع مالا إلى آخر بناء على أمر من غيره سواء أكان كفيلاً أم رسولاً، وسواء أكانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة، وكذلك جعلوا للكفيل حق الرجوع على المدين إذا أمره المدين بالضمان وأوفى الدين بلا أمره.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن الضمان إذا كان بإذن الأصيل كان للضامن الرجوع عليه إذا أدى سواء أذنه بالأداء إلى الدائن أم لم يأذنه، ولا يشترط في ذلك تعذر الرجوع على الأصيل. وإذا ضمن بغير إذن الأصيل لم يرجع سواء أدى بإذنه أم بغير إذنه^(١). وإذا رجع الضامن رجع بأقل المبلغين. قدر الدين وما دفعه للدائن أو قيمته.

وإذا أحال الضامن الدائن على آخر كان ذلك بمنزلة أدائه الدين إليه فيكون له حينئذ حق الرجوع على من كان مديناً وهو الأصيل متى كان الضمان بإذنه، ولكن إذا أبرأ الدائن الضامن من الدين لم يكن له حق الرجوع على الأصيل، وإذا أبرأ الدائن من أحيل عليه أو تعذر عليه أن يستوفى منه لفسله أو مطلقه لم يمنع ذلك الضامن من أن يرجع على الأصيل. وذلك لما قلنا من أن مجرد الإحالة بمنزلة أدائه الدين، وكذلك ذهبوا إلى أن له أن يرجع على المدين إذا أمر من جهة المدين بالوفاء وثبت له حق الرجوع

(١) المنتزع ج٤ ص ٢٧٠ وما بعدها، وتحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٧ وما بعدها.

عليه وإذا صالح عن المدين في هذه الحال بيدل وكان البدل من غير جنسه فإنه يرجع بأقل المبلغين الدين وبدل الصلح.

وذهب الحنفية إلى أن رجوع الضامن على المدين بعد قيامه بأداء ما به وفاء الدين مقيد بأمر ثلاثة:

أولها: أن يكون الضمان بأمر المدين مع ملاحظة أن يكون أمره معتبرا، وذلك بأن يكون من مدين له حق الإيفاء، فإذا كان المدين صبيًا مميزًا أو محجورًا عليه لعته أو سفه فلا اعتداد بأمره. أما إذا كان الصبي مأذونا له في التجارة فأمره بالضمان معتبر.

ثانيها: أن يتضمن كلام المدين ما يدل على أمر الضامن بأن يقوم بذلك عنه. كأن تقول له أذنتك بضمان هذا الدين الذي في ذمتي عنى أو اضمنه وأده عنى أو نحو ذلك. فإذا قال له: اضمن الدين الذي لفلان في ذمتي - ولم يقل عنى أو نحوه - لم يكن له بذلك الأمر حق الرجوع عليه عند الأداء؛ لأن الذي صدر من المدين مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذا أدى، ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في «إشارات الأسرار»: إذا قال مدين لرجل: اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا إذا كان المأمور خليطًا أو شريكًا - وذلك لأن يكون بين الأمر والمأمور في هذه الحال عادة من المعاملة أو المداينة والاتخذ والإعطاء مما يجعل مثل هذا الأمر دالا عرفا على الإنابة في هذا الحال.

وقال أبو يوسف يرجع مطلقا لأن الأداء وجد بناء على الأمر بالضمان فلا بد من اعتبار هذا الأمر فيه، واعتباره يقتضى أن يكون نائبا عنه في الأداء مطلقا.

ويرى الطرفان أن الأمر بالضمان يتضمن طلب إقراض وذلك أساس ثبوت حق الرجوع للضامن، ولا يتضمن الأمر بالضمان هذا الطلب إلا إذا تضمن ما يدل على الإنابة كلفظ «عنى» فلا بد من اعتبار ذلك فيه.

وقد أورد على ذلك ما إذا قال شخص لآخر: أدّ عنى زكاة مالي أو أطعم عنى عشرة مساكين فإنه إذا أدى عنه لا يرجع عليه مع تضمن الأمر لفظ «عنى» ولا يرجع في مثل هذه الحال إلا إذا اشترط الضمان بأن قال له: على أنى ضامن فلماذا اشترط في مثل ذلك النص على الضمان واكتفى في الكفالة بذكر لفظ عنى مع أن ذكرها في مثل هذه الصور لم يفد حق الرجوع. وأجاب شيخ الإسلام في مبسوطه بأن الأمر قد طلب من

المأمور التملك في الصور كلها بمقتضى أمره؛ لأنه أمره فيها أن يؤدي عنه وأن يكون قاضيا عنه ولن يكون كذلك إلا بعد أن يصير المؤدى ملكا للأمر. إذ لا يؤدي عنه ما ليس له. ولن يكون المؤدى ملكا للأمر بأدائه فعلا للدائن أو لمن أمر بالأداء إليه. فلا يملك شيئا قبل الأداء، وإذا كان الأمر كذلك فتملك الأمر إنما يثبت له في ضمن ملك القابض؛ إذ لا يثبت الملك كاملا لكل منهما إلا في وقت واحد، وإذا أثبت في ضمنه اقتضاء له ثبت على وقفه، ومثاله. فإذا كان الملك الثابت للقابض ملكا مضمونا بالمثل ثبت للأمر مثل ذلك، وإذا كان ملكا غير مضمون بالمثل ثبت للأمر كذلك ملك مماثل لذلك وفي قضاء الدين يثبت للدائن ملك مضمون بالمثل لأنه تملكه بالدين السابق، ولذا لو ظهر أن لا دين استرد منه ما قبض وعلى ذلك يثبت للأمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض وكان له بسبب ذلك حق الرجوع في هذه الحال. وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل وهو الملك على وجه الصلة، ولهذا لو ظهر أن لا زكاة على الأمر لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مماثل لذلك. وهو ملك لا ضمان فيه فلا يكون له حق الرجوع إلا بالشرط. وعلى ذلك يكون الأمر في الكفالة متضمنا طلب قرض إذا تضمن لفظ «عنى» وفي الزكاة والكفارات ولا يتضمن طلب إتهاب ولو تضمن لفظ «عنى»^(١).

وقد يكون الأمر بالضمان أو الكفالة للكفيل ثابتا حكما كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته في مهرها فإن له حق الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولى عليه والأمر في مثل هذه الحالة إليه فصارت كفالته كأنها قد صدرت من أجنبي بناء على أمره وبذلك ثبت له حق الرجوع في مال الصغير.

وبناء على ما تقدم إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يرجع الكفيل بالدين إذا آذاه عنه خلافا للملك وأحمد لأنه يعد متبرعا في أدائه وإذا كانت بأمره ولم يتضمن الأمر ما يدل على النيابة رجع عند أبي يوسف خلافا للطرفين.

هذا، ويلاحظ عند الرجوع على الأصيل ألا يكون الكفيل مدينا له وإلا كان هناك مقاصة بين الدائنين وعند ذلك لا يرجع إلا بزيادة ما أدى إذا كانت هناك زيادة على ما في ذمته من دين للأصيل.

ثالثها: أن يكون أداء الكفيل قد ترتب عليه إبراء ذمة الأصيل، فإذا لم يترتب عليه ذلك لم يكن له حق الرجوع؛ ذلك لأن حق الرجوع قد ثبت على أساس أن

الضامن قد حل محل الدائن في الدين بناء على أنه مأمور بأدائه كما تقدم. فإذا لم يترتب على أدائه سقوط الدين لم يحل محله فيه، وعلى ذلك إذا قام المدين بالأداء قبل أداء الكفيل ولم يعلم بذلك الكفيل فأدى الكفيل الدين بعد أداء الأصيل إلى الدائن وقبضه منه الدائن ولم يعلمه بما فعل الأصيل لم يكن له حق الرجوع على المدين بما أدى وإنما يسترد ما دفعه ممن دفعه إليه^(١).

أقول: ومثل ذلك في الحكم على ما يظهر لى ما إذا بطل الدين المضمون بسبب طارئ فأداه الكفيل بعد ذلك دون أن يعلم بسقوطه فإنه في هذه الحال لا يرجع على من كان مدينا به وإنما يسترد ما أدى ممن دفعه إليه. وإذا كان له حق الرجوع فرجع على المدين فإن وفي الدين بمثله من جنسه رجع بما أدى، وأساس ذلك عند الحنفية أن الكفيل في حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يمتلك الدين بذلك الوفاء، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه. وإذا كان ما أداه أقل من الدين فإنه يمتلك بقدر ما أدى فقط، أما الباقي فيسقط لتنازل الدائن عنه، ولا يجوز هنا أن يمتلكه الضامن كله في نظير ما أدى تجنباً للربا بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس، أما إذا وفاه بجنسه مساوياً أو وفاه بغير جنسه مطلقاً أو تصالح معه ففى كل هذه الأحوال يمتلكه الضامن كله فيرجع على المدين بما ضمن وهو قدر الدين ومن ذلك ما إذا كان الدين، من النقود الجياد فأداه زيوفاً أو بالعكس، ومثل ذلك في الحكم ما إذا وهب الدائن للضامن أو كان الضامن وارثاً للدائن فورث عنه ففى كل هذه الأحوال يرجع بما ضمن وهو الدين عند الحنفية.

فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض:

إذا لم يكن أحدهما كفيلاً عن الآخر بأن كانوا جميعاً كفلاء عن مدين واحد فلا صلة بينهم بعضهم مع بعض، وقدمنا حكم ذلك وبيننا صلتهم بالدائن وكيف يطالبهم عند الأداء.

أما صلتهم بالمدين فهي لا تختلف عن صلة الكفيل بالمدين عند عدم التعدد فلكل منهم بالنسبة إليه ما يكون للكفيل من حق قبل المدين. غير أنه يلاحظ أن الكفالة كما قدمنا يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل عند أهل الظاهر والشيعه الجعفرية، وعلى ذلك لا يتصور تعدد الكفلاء لدين واحد إلا إذا كانت كفالتهم جميعاً

(١) شلى ج٤ ص ١٥٣.

بعقد واحد، أما إذ حدثت كفالة المدين بعقود متعدد فإن ذمته تبرأ من الدين بناء على كفالة الأول وعلى ذلك لا يلاقى العقد الثاني محلاً فيصح العقد الأول دون ما تلاه من العقود. وإذا نشأ العقدان معا بأن صدر عقد الضامن بمن وكل فيه عن آخرته وعن نفسه فقال مثلاً: ضمنت هذا الدين بصفتي أصيلاً ووكيلاً عن فلان ففي حكم ذلك تردد بين بطلان العقدين لحدوث ضمان كل منهما حال ضمان الآخر، وبعبارة أخرى حال براءة ذمة المدين بالضمان، وبين تصحيح أحد العقدين بالافتراع بينهما وبين تصنيف الدين بينهما - أما إذا ضمن اثنان فأكثر ديناً واحداً على التجزئة بأن ضمن كل جزءاً منه غير ما ضمنه الآخر فذلك صحيح وليس فيه إشكال^(١).

أما إذا تعدد الكفلاء وكان بعضهم كفيلاً للآخر، فتحت ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون أحد الكفيلين كفيلاً للآخر بما كفل به دون أن يكون كفيلاً للأصيل ثم يكفل ثالث ثانيهم ورابع ثالثهم، وهذه هي مسألة كفالة الكفيل.

الصورة الثانية: أن يتعدد الكفلاء بدين واحد عند من لا يرى براءة ذمة المدين بالضمان ثم يكفل بعضهم بعضاً فيما كفل به.

حكم الصورة الأولى، وهي كفالة الكفيل:

يجوز أن يكفل الكفيل فيما كفل به شخص ثالث، وذلك محل اتفاق بين الأئمة، وتسمى هذه المسألة عند الشيعة الجعفرية بمسألة «ترامي الضمان»، وعند ذلك يتحول الحق عندهم من ذمة المدين إلى ذمة الضامن الأول ثم من ذمة الضامن الأول إلى ذمة الضامن الثاني وهكذا، وفي هذه الحال إذا أدى الدين الضامن «الآخر» رجع على من ضمنه هذا الضامن لا على من هو قبله، وهكذا إلى أن يرجع بالمؤدى على الأصيل أى ليس للفرع مطالبة السابق على أصله وإن تعذر الاستيفاء من الأصيل، وإذا أبرأ الدائن أول ضامنهم برئ الجميع كما يبرأ الجميع أمام الدائن بأداء أى واحد منهم - ويجوز للمضمون أن يضمن ضامنه فيما ضمنه به وعند ذلك يتحول الحق إلى ذمته، ومنع الشيخ ذلك حتى لا يصير الفرع وهو الضامن أصلاً^(٢).

(١) تحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٣.

(٢) المغنى ج٥ ص ٩١ والدوسقى ج٢ ص ٣٣٢.

وعند الحنفية - يكون ضامن الضامن ملتزما بما التزم به الضامن فيطالبه الدائن بالوفاء كما يطالب الأصيل وضامنه ولا يعتبر ضامنا للأصيل، وإنما يعتبر عندهم ضامنا للكفيل فيحق له الرجوع عليه إذا أدى إذا كانت الكفالة بأمره.

وعند مالك - رحمه الله - إذا ضمن الضامن ثالث صح ذلك وعندئذ يبدأ بمطالبة المدين إن كان حاضرا مليئا وإلا فالضامن الأول إن كان كذلك حاضرا مليئا وإلا فالثاني وهكذا.

وعند الحنابلة - إذا ضمن الضامن ثالث فقصى أحدهم الدين برثوا جميعا فإن كان القضاء من الأصيل فالأمر ظاهر، وإن كان من الضامن الأول رجع على الأصيل على ما تقدم ولا يرجع على ضامنه. وإن كان من الضامن الثاني رجع على الضامن الأول ثم رجع الأول على الأصيل وهذا مع ملاحظة ما قدمنا من أحكام الرجوع وشروطه عند الحنابلة وما لهم في ذلك من روايات ذكرناها.

وعند الشافعية: يجوز أن يضم الضامن ثالث لأنه يضمن دينا لازما ثابتا في الذمة فكان جائزا كضمان الضامن الأول، ولكن إذا ضمن الأصيل ضامنه لم يجز لأن الأصيل أصل والضامن فرع وتابع فلا يجوز أن ينقلب الأصل تابعا، ولأنه بذلك يضمن ما في ذمته فكان ضامنا لنفسه، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة أيضا^(١).

حكم الصورة الثانية:

إذا كفل عدد من الكفلاء بدين ثم كفل كل منهم الآخر بما هو كفيل به لم يصح ذلك عند الحنابلة؛ ففى المغنى لابن قدامة - ويجوز أن يضمن الحق عن المدين اثنان أو أكثر فإن ضمن كل واحد منهم جميع الحق برثوا جميعا بأداء بعضهم كما يرثون جميعا بإبراء الدائن المدين لأنهم فروع له، وإذا أبرأ الدائن أحد الضمان برئ وحده. وإذا ضمن أحدهم صاحبه لم يجز ضمانه لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصيل فلا يثبت مرة أخرى بضمان آخر إذ تحصيل الحاصل غير متصور. وعلى هذا فليس عند الحنابلة صلة بين الكفلاء بعضهم مع بعض عندما يكون كل منهم كفيلا للمدين؛ إذ لا تصح كفالة أحدهم للآخر عند ذلك.

وأجاز ذلك الحنفية والمالكية - وقد ذكرنا فيما مضى رأى المالكية في ذلك وأنه يؤخذ كل واحد منهم بجمع الدين إذا غاب المدين وباقي الحملاء أو أعدموا ما لم

(١) المهذب ج١ ص ٣٤٢ والمغنى ج٥ ص ٨٥.

يشترط عليهم الدائن أن يأخذهم أيهم شاء بالدين؛ فعند ذلك يكون له حق أخذ دينه من أيهم شاء، ولو كان باقي الحملاء حاضرين موسرين. وللغارم أن يرجع على الغرماء والمدين عند ذلك وهذا إذا تحملوا الدين دفعة واحدة، أما إذا تحملوا الدين على دفعات بأن ضمن الدين كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فإن الدائن يأخذ جميع دينه ممن شاء منهم، ولو كان الباقي حاضرا مليئا سواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا، وسواء أكان أحدهم على علم بحالة غيره أم لا، ما دام أن المدين غائب أو معدوم، أما إذا كان حاضرا مليئا فليس له حيثئذ إلا أخذ الدين منه أولا إلا أن يشترط أن يأخذ من شاء بالدين أصيلا أو كفيلا^(١).

وعند الحنفية - إذا كفل أناس متعددون بدين لشخص على التعاقب ثم كفل بعضهم بعضا فما آداه أحدهم بناء على أمر المكفول عنه يرجع به عليه إن شاء وعليه أن يرجع على المدين بما أدى إن كانت الكفالة بأمره إن شاء، وإن شاء رجع على أصحابه بما يخصهم من المؤدى بعد قسمته على رهوس الكفلاء جميعا فيرجع بنصفه إن كانوا اثنين وبثله على كل من صاحبه إن كانوا جميعا ثلاثة وهكذا إذا كانت الكفالة بأمرهم؛ لأن حق المطالبة بكل المال قد لزم كل واحد منهم بالأصالة عن نفسه وبكفالاته عمن كفله فكان الجميع متساويين في الالتزام. وهذا بخلاف ما إذا كان هناك كفيلان كل منهما بنصف الدين ثم كفل أحدهما صاحبه فإن ما يدفعه أحدهما من الدين إنما يرجع به عند أمره بالكفالة على الأصيل، وإذا رجع صاحبه فإنما يرجع عليه بما زاد على نصف الدين ولا يقبل قوله فيه أنه آداه عن صاحبه لا عن نفسه؛ لأن ما لزمه أصالة أولى بالأداء مما لزمه بالكفالة عن الكفيل فيتقدم عليه في الأداء؛ بخلاف ما زاد على ذلك فإنه ينصرف إلى الأداء على الكفيل الآخر، وكذلك الحكم إذا قال عند الأداء إنما أودى عن صاحبي فلا يقبل منه ذلك حتى يؤدي كل ما لزمه بكفالاته الأولى.

وإذا كان الدين على اثنين مثلا كل منهما مدين بنصفه ثم كفل كل منهما صاحبه فيما يؤديه أحدهما لا يرجع به على الآخر حتى يؤدي ما لزمه في ذمته أصالة وما زاد على ذلك إن شاء رجع به على المدين صاحبه إذا كانت الكفالة بأمره، وإذن يكون الحكم في هذه المسألة كالحكم في سابقتهما عند الحنفية، وعلى ذلك لا يقبل عندهم ممن يؤدي أولا منهما أن يقول إنما دفعت عن صاحبي باعتباري ضامنا عنه لا عن نفسي حتى ولو

(١) الشرح الكبير والدسوقي عليه جهه ص ٣٤٣.

قال ذلك عند الأداء، ويجب صرف ما يدفعه إلى ما هو عليه أصالة، حتى إذا انتهى منه كان ما يزيد مؤدى عن صاحبه.

وذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك فقالوا: إذا قال عند الأداء إنما أدفع عن صاحبي أو أقام البيعة على ذلك قبل ذلك منه ولو لم يكن قد أدى ما يخصه من الدين لأن الوفاء ينصرف إلى ما في ذمته مطلقاً فيكون له حق التعيين، إذ المعتبر عند الوفاء نية الموفى التي دل عليها بعبارة.

انقضاء الكفالة بالدين:

انقضاء الكفالة قد يكون نتيجة لانقضاء التزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا سقط الأصل سقط التسع ضرورة، وقد يكون انقضاؤها بصفة أصلية فينتهي التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل. إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلي وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان:

الأولى: انقضاؤها تبعاً لانتهاء التزام الأصيل.

ثانيهما: انقضاؤها بسبب لا يمس التزام الأصيل وبقائه. ففي الحالة الأولى تنقضى الكفالة إذا ما انتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه؛ لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقاً لالتزام الأصيل فإذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه؛ إذ لا يتصور توثيق المعدوم وعلى ذلك تنتهي الكفالة في الأحوال الآتية:

١- أداء الدين - إذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك حتمياً انتهاء الكفالة، وإذا وفى بعضه برئت ذمة المدين بما أدى وتبع ذلك انتهاء الكفالة به وبقيت ذمة المدين مشغولة بباقيه كما تبقى الكفالة بهذا الباقي. وسواء فى ذلك أن يقوم بالوفاء الأصيل أو أجنبي متبرع أو مأمور بالوفاء - وكذلك الحكم إذا قام بذلك الوفاء الكفيل فإن ذمة الأصيل تبرأ بوفائه وتبع ذلك انقضاء كفالته بما أدى وتحول بذلك إلى دائن للأصيل عند المالكية والحنابلة مطلقاً على ما بينا، وكذلك فى حالة ما إذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية والزيدية، وفى حالة ما إذا كانت الكفالة والأداء كلاهما بأمره عند الشافعية، أما عند الشيعة الجعفرية فإن أداء الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة الأصيل؛ لأنها قد برئت بالكفالة من قبل، وكذلك الحكم عند أهل الظاهر ومن ذهب مذهبهم - ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بما أدى عند الشيعة إذا كان الضمان بأمر المدين، كما يجوز ذلك للأجنبي إذا أدى الدين بأمر المدين ولا يجوز لهما

الرجوع إذا ما كان الأداء بغير أمر المدين لاعتبار الأداء حيثئذ تبرعا، وهو مذهب الحنفية والزيدية خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم.

٢- المصالحة عن الدين - قد يصلح المدين الدائن عن الدين وقد يصلحه الكفيل. فإذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين. فإذا كانت المصالحة على ما ليس من جنس الدين كانت معارضة بين المدين والدائن، اقتضت براءة ذمة المدين من الدين نتيجة أن الدائن قد تملك به مالا للمدين هو بدل الصلح، وإذا برئت ذمة المدين برئت تبعا لذلك ذمة الكفيل.

وإذا كانت المصالحة على بعض الدين فإنها في هذه الحال تعتبر اتفاقا على وفاء بعض الدين وتنازلا من الدائن عن بعضه الآخر ويكون ذلك بالاتفاق على وفاء بعضه والإبراء من الباقين، وبناء على ذلك تبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء إذا وفي وبعضه بالإسقاط، وإذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل نتيجة لذلك - أما إذا لم يؤد بعض الدين المتفق على وفائه، وقد تنازل الدائن فعلا عن بعضه الآخر فإن ذمة كل من المدين والكفيل تبرأ من هذا الجزء المتنازل عنه وتكون براءة ذمة الكفيل منه نتيجة لبراءة ذمة الأصيل منه، أما الجزء المتفق على وفائه فهو جزء من الدين المكفول به وعلى ذلك تبرأ منه ذمة الأصيل وذمة الكفيل عند قيام أحدهما بأدائه على ما سبق بيانه. ومثل مصالحة الأصيل الدائن عن الدين بغير جنسه أن يعترض به عن عروض للمدين بعقد معاوضة بين الدائن والمدين. كأن يشتري الدائن به من المدين سلعة من ماله.

وإذا كان الذي صالح الدائن هو الكفيل فإن صالحه عن الدين بغير جنسه أو اشتري به الكفيل منه سلعة من ماله، برئت ذمة الأصيل بهذا الصلح أو بهذه المبادلة وبرئت ذمة الكفيل من الدين تبعا لذلك، وكان للكفيل حق الرجوع على المدين بالدين عند الحنفية؛ لأنه تملكه بالصلح أو المعاوضة إن كانت الكفالة بأمر المدين وبالأقل من الدين وبدل الصلح أو قيمة السلعة عند غيرهم على ما بيناه سابقا في حق الرجوع، وإن صالحه على بعض الدين بجنسه فهو إنفاق كما قدمنا على إيفاء بعضه والإبراء من باقيه. وعلى ذلك تبرأ ذمة كل من الأصيل والكفيل من جزء الدين الذي تنازل عنه الدائن إلا في حالة واحدة وهي ما إذا نص في عقد الصلح على وفاء بعض الدين وبرائة ذمة الكفيل وحده من باقيه، ففي هذه الحال تبرأ ذمة الكفيل وحده من هذا الباقي أصالة ويستمر مطالبا ببديل الصلح بمقتضى كفالته وعقده، كما يستمر شغل ذمة المدين بكل

الدين، وعلى ذلك يكون كل من الأصيل والكفيل مطالباً بأداء ما اتفق على وفائه في جميع الأحوال ويكون الأصيل وحده مطالباً بالجزء الآخر في الحالة الأخيرة وإذا قام الكفيل بأداء ما اتفق عليه رجع على الأصيل بما أدى على ما بيناه في حق الرجوع من خلاف وشروط.

٣- إبراء الأصيل وهبة الدين له - إذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين أو وهبه له أو تصدق به عليه - إذا كان فقيراً - برئت ذمته من الدين وبرئت تبعاً لذلك ذمة الكفيل لما قدمنا.

ويشترط في نفاذ الإبراء قبوله من المدين، أو وفاة المدين قبل قبوله ورده لأن الإبراء من الدين تمليك له. فيتوقف على القبول. وكذلك الحكم في الهبة والصدقة. هذا ما جاء في (الفتح والشلبي على الزيلعي). ولكن المعروف المنصوص عليه في أحكام الإبراء من الدين وهبة الدين للمدين (من باب الهبة) أن الإبراء من الدين لا يتوقف على قبول المدين في المجلس. أما إذا رده بعد المجلس ففي ذلك خلاف قيل يرتد وقيل لا يرتد.

وأما هبة الدين للمدين فالأصح أنها أيضاً كالإبراء لا تتوقف على قبوله في المجلس وتم بإيجاب الواهب وحده، وإذا ردها المدين قبل قبوله في المجلس ارتدت. أما إذا ردها بعد المجلس ولم يقبلها فيه، ففي نفاذ هذا الرد خلاف أيضاً - قيل ترتد وقيل لا ترتد، لتمامها، والقول الآخر أنها تتوقف على قبوله في المجلس^(١).

وعلى ذلك فقول صاحب العناية وصاحب الفتح أنه يشترط في نفاذ إبراء المدين قبوله في المجلس محل نظر إلا إذا أريد بذلك عدم رده واعتبار عدم الرد في المجلس قبولاً دلالة، وأن المراد بقبوله في المجلس القبول الصريح وهو اللفظي أو ما يقوم مقامه وهو القبول حكماً ودلالة وهو الذي يتمثل في السكوت وعدم الرد^(٢) - ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده في معنى القبول دلالة لعدم رده فيتم معها الإيراد والهبة، وهذا مبني على القول بأن الإبراء لا يرتد برده بعد المجلس؛ لأنه قد تم بالقبول دلالة في المجلس وذلك بالسكون طيلته، وإذا تم بقبوله دلالة لم يرتد برده بعد ذلك، ويلاحظ أنه لا يصح للدائن إذا ما وهب الدين للمدين أن يرجع فيها بعد قبولها من المدين.

(١) راجع تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها وص ٣٥١ وما بعدها.

(٢) تكملة ص ٣٥١.

وجملة القول، أن من المشايخ من جعل هبة الدين وإبراء منه بمعنى واحد وذهب إلى أن كلا منهما لا يتوقف على قبول صريح في المجلس بل يتم كل منهما بقبوله صراحة أو حكما بأن ينتهي المجلس من غير رد على اعتبار أن ذلك يعد قبولا دلالة أو حكما^(١)، وإذا قبل كل منهما في المجلس لم يقبل الرد بعد ذلك كما في (الأشباه ج٢ ص٤٣)، وإنما يعد كل منهما بالرد في المجلس قبل قبوله صراحة - وعلى ذلك إذا مضى المجلس دون رد فقد تحقق بذلك القبول دلالة أو حكما، وعلى ذلك لا يرتد برده بعد ذلك، وهذا وجه القول بعدم قبول كل منهما الرد بعد المجلس - وهو مبنى على أن كلا منهما يتوقف على القبول في المجلس صراحة أو حكما^(٢).

وفي السراج - إبراء الطالب الأصيل يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول فيكون قبولا حكما.

أما القول بارتداد كل منهما بعد المجلس إذا لم يسبق قبول صريح فيظهر لى أنه مبنى على أن كلا منهما إسقاط محض لا يتوقف على قبول مطلقا ولا يقتصر على المجلس فيتم من ناحية المسقط ولكن يرتد برد المدين في المجلس وبعده^(٣)، ومع ذلك فمن المشايخ كابن شجاع من ذهب إلى أنه في هذه الحال لا يقبل كل منهما الرد أيضا^(٤).

وإذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرد إبراء ارتد برده وبقي دين الدائن على حاله، وفي هذه الحال اختلف المشايخ، فمنهم من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تبرأ بإبراء الدائن لتتمام الإبراء بإيجاب الدائن، وعلى ذلك لا يعود الدين إلى ذمة الكفيل برد الأصيل - ومنهم من ذهب إلى أن الدين يعود فيشغل ذمة الكفيل كما شغلت به ذمة المدين لأن سقوطه كان مشروطا بالألا يرد المدين الإبراء فإذا رده ظهر أنه لم يسقط، وعلى ذلك إذا رد الأصيل الإبراء بقى الدين في ذمته وفي ذمة الكفيل على وضعه.

وكذلك تحتاج هبة الدين للأصيل والتصديق به عليه إلى القبول على رأى كما قدمنا، وقيل تتم من غير قبول ما لم يردها وهو الأصح؛ وعليه إذا مات قبل القبول والرذ نفذت الهبة وبرئت ذمة الأصيل.

(١) التكملة، ص ٣٥٦.

(٢) التكملة، ص ٣٥١.

(٣) التكملة، ص ٣٥٢.

(٤) التكملة، ص ٣٥٢.

ولو حدث الإبراء أو الهبة للمدين والتصدق به عليه بعد موته كان قبول ذلك إلى ورثته ويجب عدم ردهم عند أبي يوسف لأن الإبراء للمورث بعد الموت إبراء للورثة، وخالف محمد في ذلك فلم يجعل لهم حق الرد كما لو كان الإبراء حال حياة المدين ثم مات^(١)، أما لو كانت الهبة للوارث أو الإبراء، فالقبول والرد إليه اتفاقاً، وقيل فيه الخلاف السابق لأن الهبة والإبراء لهم إنما هو للمورث^(٢) وهذا كله عند الحنفية.

وعند غيرهم إذا أبرأ الدائن الأصيل أو وهبه السدين وتم ذلك برئ الأصيل وبرئ الكفيل تبعاً له؛ لأن الكفالة وثيقة للدين، فإذا ما سقط وانتهى انتهت كالرهن فإنه ينتهي بانتهاء الدين - ولا يشترط في صحة الإبراء قبول المدين له عند الشافعية أيضاً، ويجوزون بذل العوض فيه، ولكن يشترطون في صحته علم الدائن بمقداره في المذهب الجديد، أما في القديم فرأى الحنفية لا يشترط العلم بمقداره^(٣)، وجملة القول أن براءة ذمة الأصيل تستتبع براءة ذمة الكفيل باتفاق سواء أكانت بإبراء أم بأداء أم بهبة الدين له أم بوراثته للدائن إذ يسقط الدين حينئذ لاتحاد الذمة أو بسبب آخر، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل، فقد تبرأ ولا تبرأ ذمة الأصيل، كما إذا كانت الكفالة مؤقتة بوقت فانتهى وقتها أو وهب الدائن الدين للكفيل أو أبرأه من الكفالة.

أما إبراء الدائن للكفيل فإنه يصح ويعد تنازلاً عن الكفالة لا عن الدين وهي إسقاط محض، ولذا لا يرتد برد الكفيل ولا يتوقف على قبوله، وبناء على ذلك ذهب بعض الحنفية إلى صحة تعليقها بالشرط شأنه في ذلك شأن سائر الإسقاطات كالعتاق والطلاق، وخالف آخرون فذهبوا إلى عدم صحة تعليقه لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات، ووفق بعضهم بين القولين بأن عدم جواز تعليقه إذا كان الشرط المعلق عليه شرطاً محضاً لا منفعة فيه للطالب أصلاً، كما إذا علقته البراءة على مجيء الغد ونحوه. أما إذا كان على شرط فيه نفع للدائن فيجوز كما إذا قال الكفيل بالنفس والمال إن وافيتك بالمدين غداً فأنا برئ من الدين وقبل المكفول له، وقد نص على جوازه في الإيضاح. وهذا توفيق يستند إلى العرف فقد جرى العرف على تعليق البراءة بشرط فيه مصلحة وغرض وعلى عدم تعليقها بشرط لا غرض فيه ولا مصلحة بموضوعها.

(١) راجع الزيلعي والشلبى عليه ج٤ ص ١٥٦ و ١٥٧، والهداية والفتح والعناية ج٥ ص ٤١٠.

(٢) «تكملة» جزء ٢ ص ٣٤٧.

(٣) راجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٢٨ و ٤٢٩.

ويلاحظ أن إبراء الكفيل كما قدمنا لا يرتد برده وهذا يخالف حكم تأجيله عند الحنفية فإنهم يرون أنه يرتد برده فلا يلزم الدائن بعد ذلك التأجيل. وإذا كان إبراء الكفيل لا يعد إبراء من الدين بل إبراء من الكفالة فقط لم يترتب عليه براءة المدين، وكان إنهاء للكفالة ابتداء، وليس في هذا خلاف بين الأئمة؛ ولذا لا يكون للكفيل حيتنذ أن يرجع بالدين على المدين.

وأما هبة الدين للكفيل فهي تمليك محض، وتصح باتفاق ولا تتم إلا بقبولها في المجلس ولا تتوقف على قبض الدين من المدين عند الجمهور، ويرى المالكية أنها لا تتم إلا بقبض الدين من المدين قبل حصول المانع للواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيها، وإذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه الدين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد، أن يطالب أحدهما لخروج الدين من ملكه بالهبة^(١).

٤- حوالة الدين - وإذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث فقبل الدائن وتمت الحوالة برئ المدين من الدين بحكم الحوالة - كما سيأتي - وبرئ الكفيل منه تبعاً لذلك، وكذلك إذا أحال الكفيل الدائن على ثالث فإن الأصيل يبرأ بهذه الحوالة ويتبع ذلك براءة ذمة الكفيل^(٢)؛ وذلك لأن الدين ينتقل بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ويتبع ذلك براءة ذمة المدين فبراءة ذمة الكفيل.

٥- انفساخ سبب الدين المكفول به - إذا انفسخ العقد الذي نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فإن التزام الكفيل ينقضي تبعاً لذلك، فإذا ضمن شخص مشترياً لسلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل المدين ابتداء والكفيل تبعاً.

٦- اتحاد الذمة - إذا ورث المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة، إذ لا يمكن أن يكون دائناً لنفسه ويترتب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضاً تبعاً لذلك - أما إذا ورث الضامن الدائن فانتقل الدين إليه بهذه الوراثة فإن كفالته تنتهي ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مدينا للضامن.

(١) راجع الشلبي ج٤ ص ١٥٦ والدسوقي ج٣ ص ٢٣٨.

(٢) الشلبي على الزيلعي ج٤ ص ١٥٦.

انقضاء الكفالة بسبب لا يمس التزام المدين؛

في هذه الحال يتقاضى التزام الكفيل وحده ابتداء، ويبقى التزام الأصيل على حاله دون مساس به؛ لأن الكفالة لا تعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالمدين كالرهن يرد المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك في بقاء الدين.

ويكون هذا الانقضاء بسبب من الأسباب الآتية:

١- مصالحة الكفيل الدائن على بعض الدين مشروطا فيها براءة ذمته وحده من باقيه فقبلاً ذمته ابتداء من جزء الدين الذي لم يتم عليه الصلح وتستمر ذمة المدين مشغولة به لعدم سقوطه بالنسبة له وتبراً ذمة الأصيل بالنسبة لما تم عليه الصلح وبذلك تنتهي كفالة الكفيل بالنسبة للمدين كله ويكون له حق الرجوع على الأصيل بما تم الصلح عليه أو بما غرم على حسب الخلاف في ذلك على ما بينا فيما إذا كانت الكفالة بأمر المدين عند بعضهم أو مطلقاً عند المالكية والحنابلة.

٢- إبراء الدائن الكفيل من الدين وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على إبراء الأصيل. وأن ذلك يعد من الدائن تنازلاً عن الكفالة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن هذا الإبراء إذا تضمن تنازل الدائن عن الدين ترتب عليه براءة ذمة كل من المدين والكفيل، والواقع أن الإبراء في هذه الحالة إبراء لكل منهما فلا خلاف - ولا يجوز للكفيل في حالة الإبراء أن يرجع بالمدين أو بعضه على المدين لأنه لم يتملكه ولم يغرم شيئاً وإنما الذي كان هو سقوط الدين أو المطالبة عن الكفيل.

٣- هبة الدائن الدين للكفيل وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على هبة الدين للمدين وبيننا أن الضامن يتملك الدين بهذه الهبة ويحل محل الدائن فيه فيرجع بالمدين على الأصيل، وبذلك لا تبرأ ذمته بهذه الهبة وإن انقضت بها كفالة الضامن.

٤- انتهاء مدة الكفالة - إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلاً فانتهت المدة دون وفاء وانتهت الكفالة وبقي الدين في ذمة المدين.

٥- تحقق شرط سقوطها - إذا نشأت الكفالة مشروطاً فيها البراءة عند تحقق شرط من الشروط كأن يكفل الدين على أن يكون بريئاً من الكفالة إذا ما حضر المدين من سفره ونحو ذلك، فإذا تحقق الشرط ولم يكن الدين قد وفى انتهت الكفالة بتحقيق شرط انتهائها - وهذا في الواقع ضرب من الكفالة الموقوتة.

٦- وراثه الدائن للمدين إذا مات مليئا وفي تركته ما يفي بالدين؛ وذلك لانتقال تركه المدين إليه بالوراثه محمله بدينه وعلى ذلك يصير في ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك، إذا لا يصح أن يكون مطالبا ومطالباً، وهذا إنما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد، أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا ما يخص حصته في التركة، وعلى ذلك يبقى الضامن ضامنا لباقي الدين.

وقد يقال أن ذلك لا يظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يملكها حتى يوفى، وعلى ذلك لا يتملك الدائن من التركة بالوفاء ما به وفاء دينه.

والواقع أن هذه المسألة محل خلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لا يمنع أن يملك التركة، ففي «الخانية نقلا عن المحيط» استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث في التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره - وهذا يخالف ما في «جامع الفصولين» إذ فيه ما يفيد أنه يمنع، وأنه لا يتملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلا، وعلى هذا الرأي الأخير لا تكون وراثه الدائن للمدين في هذه الحالة سببا لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبته بالدين المضمون.

وفاء المدين والكفيل،

إذا توفي المدين لم يكن لوفاته تأثير في الكفالة بل تظل ذمة الكفيل مشغولة بالدين على حاله فيظل مؤجلا إن كان مؤجلا - ولكنه بوفاء المدين يصير الدين حالا بالنسبة لورثته عند من يرى من الفقهاء أن الدين يحل بموت المدين مطلقا؛ ولذلك يكون الخيار للدائن إن شاء اتبع تركه المدين في الحال فإذا استوفى منها الدين برئت ذمة الكفيل. وإن شاء صبر حتى يحل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه، وهذا عند الحنفية والحنابلة. وقد ذكرنا ما للكفيل عند المالكية من حق في هذه الحالة، كما ذكرنا فيما مضى رأى الشافعية في ذلك.

وإذا توفي الكفيل لم يكن لوفاته أثر في التزامه، غير أن الحنفية والشافعية يرون أن الدين يحل بوفاته إن كان مؤجلا بالنسبة إليه، وإذن يؤخذ الدين من تركته، ولكن لا يرجع ورثته على المدين عندما تكون الكفالة بالأمر إلا عند حلول الأجل لبقاء الأجل بالنسبة للدائن إذا كان مؤجلا بالنسبة إليه أيضا.

ويرى زفر أن الدين لا يحل على الكفيل بموته بل على الدائن أن ينتظر حلول الأجل فلا يرجع في التركة قبل حلوله .

وفى المشهور من مذهب أحمد أن الدين لا يحل بالموت إذا ما وثقه الورثة برهن أو كفيل .

وعند مالك إذا مات الكفيل أو أفلس حل الدين إن كان مؤجلا وأخذ الدائن دينه من تركته أو حاص غرماءه ولو كان المدين حاضرا مليئا وعندئذ يرجع عليه ولكن لا يرجع الورثة عليه إلا بعد حلول الأجل، أما إذا مات عند حلول الأجل أو بعده فلا يؤخذ الدين من التركة إذا كان المدين حاضرا مليئا كما قدمنا وإنما يؤخذ منها إذا كان معدما، أو لا يستطاع التنفيذ في ماله إلى آخر ما ذكرناه^(١).

أنواع الكفالة

بيننا فيما مضى أن الكفالة قد تكون بالفعل كما في الكفالة بتسليم العين ومضى حكمها، وقد تكون بالاقتضاء أى طلب المال ممن هو لديه وتسليمه إلى صاحبه دون التزام به في الذمة كما تقدم، وقد تكون كفالة بالنفس كأن يكفل إنسان آخر في حضوره مجلس القضاء في وقت معين. وأن الكفالة بالدين قد تكون كفالة مطلقة يترتب عليها شغل ذمة الكفيل بالدين والتزامه بأدائه من جميع ما يملك، وقد يكون التزام الكفيل بأداء الدين من ماله دون أن تشغل ذمته بالدين على ما بينا في الخلاف فيها من أنها لضم ذمة إلى أخرى في الدين أو لضم ذمة إلى أخرى في المطالبة. فقط دون الدين وتقدم بيان هذا، كما أشرنا فيما مضى إلى رأى من ذهب إلى أنها لنقل الدين من ذمة إلى أخرى. وقد تكون كفالة مقيدة وذلك عند اقترانها بشرط صحيح لازم. وقد مضى الكلام في حكم ذلك عند كلامنا على الاشتراط في الكفالة.

وجاء في شرح «الزيادات» للسرخسي أن الكفالة قد تكون مقيدة بمال للأصيل لدى الكفيل كان يكون للأصيل وديعة عنده قيد بها الكفالة وعند ذلك لا يلزم الكفيل بأداء الدين المكفول من ماله وإنما يلزم بأدائه من المال الذى قيدت به الكفالة (وقد جاء هذا في الفصل الثانى من أحكام الكفالة والحوالة).

(١) راجع الشرح الكبير والدسوقى ج ٣ ص ٣٣٨.

وقد تكون كفالة بالنفس كما بينا فيما مضى وتسمى الكفالة بالوجه، ويرى الحنفية جوازها بالنظر إلى من عليه دين أو قصاص أو حد قذف أو حد سرقة بلا خلاف بين الإمام وصاحبيه في ذلك إذ إنها ليست إلا التزاما بإحضار من يجب إحضاره في مجلس يجب عليه حضوره فيه، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط كأن يقول الكفيل إن لم أحضره في وقت كذا أو في مجلس قضاء يوم كذا فعلى ما عليه من الدين فإذا لم يوف بالشرط لزمه الدين كفالة كما لا تتضمن التزاما بما وجب على المكفول من حد أو قصاص إذ لا تزر وازرة وزر أخرى.

وأثرها عند الحنفية وجوب التخلية بين الطالب والمكفول في موضع يقدر الطالب فيه على إحضاره مجلس القضاء إذ يحصل بذلك المقصود بالعقد وهو استيفاء الحق بالمرافعة إلى القضاء فإذا قام بذلك انتهت الكفالة؛ ولذا لو سلمه الكفيل في صحراء لم يخرج بذلك التسليم من الكفالة ولكن لو سلمه في المصر فإنه يخرج بذلك منها وإن قيدت بالتسليم في مجلس القاضي، إذ العرض منها التسليم في مكان يتمكن فيه من إحضاره مجلس القاضي فلا يتقيد بمكان خلاف مجلسه لعدم الفائدة من التقيد.

وأو شرط في الكفالة أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر خرج من الكفالة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه، وجه قولهما أن ذلك شرط معتبر يقصد الإلزام به، فقد تكون حجة الطالب في مصر دون آخر. ووجه قول أبي حنيفة أن المقصود هو الوصول إلى الحق بالمرافعة فيه أمام قاض مختص فلا يتقيد بقاض دون آخر.

ولو تعدد الكفلاء بالنفس فأحضر المكفول أحدهم برئ الجميع إن كانت الكفالة بعقد واحد لأن المكفول فيها حيثئذ فعل واحد هو إحضاره فيتم بأحدهم، وإن كانت بعقود متعددة بعددهم لم يبرأ إلا المحضر؛ لأن المكفول حيثئذ أفعال متعددة بعددهم ففعل أحدهم لا يعد فعلا لغيره، وليس هذا كمسألة الكفالة بالدين لأن أداء اليمين يتحقق بفعل أي كفيل به فيبرأ به الأصيل فيترتب على ذلك براءة الجميع^(١).

مذهب المالكية:

الضمان قد يكون بالوجه أي بذات المضمون وإحضارها وقد يكون بالطلب أي بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره، والأول لا يكون إلا إذا كان

(١) البدائع ج ٤، ص ٨، ١٢.

المضمون مدينا حيث يكون الغرض من ضمانه إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه فلا يكون فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير. والثاني يكون فيمن كان مطلوباً بسبب دين ونحوه من الحقوق المدنية أو بسبب قصاص أو حد أو تعزير كأن يقول الكفيل: أنا حميل بطلبه أو على طلبه أو لا أضمن إلا بطلبه أو أضمن وجهه وليس على من المال شيء أو لا أضمن إلا وجهه؛ وفي هذه لا يلزم الحميل إحضاره المضمون بخلاف النوع الأول، وقيل يشترك النوعان في إلزامه بالإحضار ويختص ضمان الوجه بتفريغ الحميل ما على المضمون من الدين عند عدم قيامه بإحضاره.

ويبرأ الحميل في النوع الأول بتسليم المضمون بعد حلول الدين في مكان يقدر فيه الطالب على خلاص دينه منه بالرافعة أمام القضاء كما يبرأ بتسليم المضمون نفسه إلى دائته بعد حلول دينه إن أمره الضامن بذلك، فإن سلم نفسه من غير أمر من الضامن أو سلمه أجنبي أو حدث التسليم في جميع الأحوال قبل حلول الدين لم يبرأ الكفيل بذلك. ولا يشترط في براءته بالتسليم أن يكون في مجلس القضاء إذا لم يشترط الطالب على الكفيل إحضاره فيه، ويبرأ بالتسليم في مكان به حاكم أو قاض وإن لم يكن بالباد الذي حدث به الضمان، ولا يبرأ بتسليمه في مكان لا سلطان فيه ولا حاكم كالصحراء. فإن لم يحضره غرم الكفيل ما على المضمون من الدين بعد تلوم خفيف كالיום إن قربت غيبة الغريم وإلا حكم عليه بالدين بلا تلوم، وهذا هو المشهور في المذهب؛ خلافاً لما ذهب إليه ابن عبد الحكم من القول بعدم الضمان كما هو مذهب الحنفية وأنه لا يلزمه إلا إحضاره، ويبرأ الكفيل بتسليمه على ما بينا ولو كان عند ذلك معدماً خلافاً لمن ذهب إلى أنه لا يبرأ بالتسليم إذا سلمه مليئاً - وإنما يغرم الكفيل الدين بعدم إحضار المأمول إذا لم يقم البيئنة على عدمه عند حلول أجل الدين وهو غائب، أما إذا أثبت أنه كان عند حلول الأجل معسراً فلا غرم، ولو حكم الحاكم به لأنه حكم تبيين خطؤه. وخالف إن رشد فذهب إلى التفريغ ولو أثبت عدمه عند الأجل كما لا غرم إذا أثبت الكفيل موت الغريم قبل الحكم عليه بالغرم؛ لأن النفس المضمونة قد ذهبت، أما إن ثبت موته بعد الحكم فالغرم ماض.

وإذا لم يحضر الكفيل الغريم غرم ما على المضمون من الدين ولو كان ذلك لجهله بمكانه أو لعدم تمكنه من إحضاره إلا أن يثبت أنه قد مات قبل حلول أجل الدين فإنه يبرأ عند ذلك. كما يبرأ إذا لم يحضره وأثبت أنه أعدم قبل الأجل بأيام على ما ذهب إليه اللخمي خلافاً لمن ذهب إلى إلزامه بالإحضار مليئاً كان أم معسراً وهو المشهور في المذهب.

أما ضمان الطلب فليس يلزم فيه الكفيل إلا طلب الغريم بما يقوى عليه فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ما قصر في طلبه ولا يعلم موضعه وغرم المال المطالب به الغريم إن فرط طلبه في الإتيان به أو في الدلالة عليه عند علمه بموضعه حتى تمكن الغريم من الهرب^(١).

مذهب الشافعية:

أصح الأقوال عندهم صحة الضمان بيدن كل من استحق عليه الحضور في مجلس الحكم عند الاستعداد عليه لحق آدمي كمدين وأجير وكفيل وقن أبق لمولاه، وكذلك من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير لا لحق من حقوق الله كحدوده، فإن كفل بيدن من عليه دين أو لديه مال ولو أمانة لم يشترط العلم بقدره ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه فلا تصح الكفالة بيدن من عليه زكاة أو بيدن مكاتب بالنجوم^(٢).

وإذا عين فيها مكان التسليم تعين إن كان صالحا وإن لم يعين تعين مكان الكفالة إن صلح، وبيراً الكفيل بتسليمه الغريم في مكان التسليم بلا حائل يمنعه منه كمتغلب يمنع الطالب منه ويأن يسلم المكفول نفسه مظهرا أنه يسلم نفسه براءة للكفيل ولا يكفي مجرد حضوره دون إظهار ذلك.

وإذا غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه لقيام عذره، فإن علم مكانه لزمه إحضاره عند أمن الطريق ويمهل مدة الذهاب والإياب على العادة، فإن مضت ولم يحضره حبس ما لم يؤد الدين لأنه مقصر، فلو أداه ثم قدم المطلوب كان له استرداد ما دفع، وقيل: إن كانت غيبته مسافة قصر لم يلزم إحضاره والأصح أنه إذا مات أو هرب أو توارى ولم يعرف مكانه لم يطالب الكفيل بما عليه من الدين وهو قول الحنفية وقيل يُغرم وهو قول المالكية.. والأصح أنه لو شرط في الكفالة تغريم الكفيل المال عند عدم إحضاره بطلت لأنه شرط ينافي مقتضاها وقيل تصح مع هذا الشرط^(٣).

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشيته للدسوقي عليه ج٣ ص ٣٤٥ وما بعدها والمذاق ج٥ ص ١٠٥ وما بعدها إلى ص ١١٦.

(٢) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٣١ وما بعدها.

(٣) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٣١ وما بعدها.

مذهب الحنابلة:

يجوز الالتزام بإحضار من عليه حق مالي إلى ربه سواء كان من عليه الحق حاضرا أم غائبا، فصحت الكفالة بيدن من عليه دين لازم معلوم كان الدين أم مجهولا للكفيل، ولا يمنع منها أن يكون المكفول محبوسا عند الحاكم؛ إذ المحبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم، ولا تصح بيدن من عليه حد أو قصاص.

وصحت مع اشتراط ضمان المال إن لم يحضره. ووجب الإحضار في مكان عين فيها، فإن وقعت الكفالة مطلقة عن المكان تعين الإحضار في مكان الكفالة - متى أحضره الكفيل في مكان العقد أو في المكان المعين إن عين مكان الإحضار وأحضره في مكان آخر بعد حلول أجل الكفالة أو أحضره قبل ذلك، ولا ضرر على الطالب في تسلمه أو سلم المكفول نفسه في محل التسليم ووقته برئ الكفيل كما يبرأ بموت المكفول^(١).

وللكفيل إحضار المكفول ومطالبته بمصاحبه إلى الطالب إن كانت الكفالة بإذن المكفول، أما إذا كانت بغير إذنه فلا يلزم المطلوب بالحضور مع الكفيل إلى رب الدين إذ لم تشغل ذمته بذلك، وإذا كان المكفول غائبا، أمهل الكفيل بقدر ما يمضى إلى محله ويحضره.

وإذا لم يعلم الكفيل مكانه لزمه ما على المكفول من الدين لتقصيره في تقصي حاله فكان بسبب ذلك متلفا، أما إن علم مكانه فمضى إليه ولم يحضره إما لتواريه أو هربه أو اختفائه أو لامتناع أو لغيره ذلك بحيث تعذر إحضاره مع حياته لزمه ما عليه من الدين. يقول الرسول ﷺ: «الزعيم غارم» إلا إذا شرط البراءة من المال فلا يلزمه عملا بالشرط. وإذا قدر الكفيل على المكفول به وهو المال بعد أداء ما غرمه بسبب عدم إحضاره المكفول لم يكن له أن يسلم ما كفل به إلى المكفول ثم يسترد ما دفعه إليه نتيجة لوصول حقه إليه، وإنما يحصل بذلك التقاص بين البديلين وذلك بخلاف المغصوب إذا تعذر إحضاره مع قيامه وغرم الغاصب قيمته ثم قدر عليه بعد ذلك فإن يرد إلى المغصوب منه ثم يسترد منه ما أخذه من القيمة؛ لأن الغاصب حيث لم يملك المغصوب يدفع قيمته، وإنما أخذت منه للحيلولة بين المال وصاحبه، وذلك بخلاف ما على المكفول من الدين فإن الكفيل بصير بدفع عوضه مالكا ملكا تاما لما أخذه من المكفول - ويرأ الكفيل بموت الكفيل قبل غرمه فإذا غرم ثم ظهر موته استرد ما غرم.

(١) كشاف القناع ج٢ ص ١٧٨ وما بعدها.

وإذا ضمن شخص معرفة إنسان بأن جاء إنسان إلى آخر يستدين منه فقال له لا أعرفك فلا أعطيك فضمن له إنسان معرفة فداينه ثم غاب المستدين أو توارى أخذ الضامن بالدين فإن لم يعرف به ضمن.

ضمان ما يلقى في البحر - إذا خيف غرق سفينة لثقل ما فيها وجب إلقاء ما لا روح فيه أولاً؛ وذلك لحرمته ما فيه الروح فإن لم يكف ذلك ألقى الحيوان حرصاً على حياة الأدمى.

ولو قال بعض أهلها لغيره: ألق متاعك فألقاه لم يضمنه له لأنه لم يكرهه على إلقائه، ولكن لو قال له: ألقه وأنا وجميع الركاب ضامنون ولم يأذنه بذلك ولم يوافقوه ضمن قيمة ما يخصه نتيجة لقسمة قيمة ما طرحه في البحر عليهم، وسواء في ذلك أن يسمعه فيسكتوا أو لا يسمعه. ولو قال له: ألقه وكل واحد منا ضامن لك قيمته كان ضامناً وحده لقيمة ما ألقاه دون غيره من الركاب؛ لأنهم لا يشتركون معه في هذا الضمان وعلى ذلك الحنفية الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية^(١) غير أن الزيدية يسمون هذا النوع التزاماً ولا يسمونه ضماناً.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه إذا خيف غرق السفينة بسبب تجاوز حمولتها قدر ما يحمل عليها عادة ولزم لنجاتها رمي بعض حمولتها كان من الواجب أن يرمى بعض حمولتها حفظاً للأرواح والأموال وهو واجب شرعى على من فيها. وإثم تركه عليهم جميعاً. ويسقط بفعل بعضهم. وعلى ذلك إذا قام به أحدهم لم يكن بطرح بعض المتاع متعدياً بل قام بواجب عليه وبما كان يجب أن يقوم به غيره من أصحابه سواء أقام بطرح ماله أم بطرح مال غيره.

وعلى هذا إذا سلمت السفينة وما بقى عليها بسبب هذا الطرح التزم أصحاب الأموال السائلة بقيمة ما طرح في الماء من المتاع إذا ضاع أو هلك بطرحه على نسبة ما لأموال كل منهم من قيمة. ويشترط لذلك أن يكون الطرح للإنتقاذ من الغرق وأن يكون ضرورياً للإنتقاذ وأن تسلم بسببه السفينة وما بقى عليها، ويطرح الأثقل لينجو الأخف وقليل القيمة لينجو غيرها ويكون الطرح بقدر الحاجة ويشترك في تحمل العوض كل من انتفع بالطرح وذلك على خلاف في ذلك بين المالكية.

(١) راجع كشف القناع ج٢ ص ١٨٤ والمتزوع ج٤ ص ٢٧٠، تحرير الأحكام ج١ ص ٢٢٦ والبحر الزخار ج٥ ص ٧٨.

قال أبو القاسم: إذا طرح بعض الحمل للهول شارك أهل المال المطروح من لم يطرح لهم شيء من متاعهم وكان ما طرح وما سلم لجميعهم لهم ثمأوه عليهم ونقصه لأنهم صونوا ما لهم بالمطروح والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح؛ إذ ليس أحدهم أولى من الآخر، وسواء أ طرح الرجل متاعه أو متاع غيره بإذنه أم بغير إذنه. (ذخيرة) وعلل ذلك صاحب الذخيرة بأنه سعى في القيام عن الغير بواجب لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم فمن بادر منهم بذلك قام بذلك الواجب.

وتوزع قيمة المطروح على ما في السفينة من مال التجارة من العبيد والناض من الأموال والجواهر دون مال القنية وهو ما يقتنى للحاجة إليه. وقال بعض الفقهاء: ما ليس للتجارة فهو كالعدم إن طرح لم توزع قيمته، وإن لم يطرح لم يوزع عليه ولا يدخل في التحاص إذ هو من الوسائل لا من المقاصد. وقال ابن سلمون: إن هذا مذهب مالك.

أما رأى المالكيين من أهل العراق فهو أن التحاص يقع في ذلك كله وعلى السفينة نفسها وذلك لنجاة الجميع بسبب الطرح. وجمهور المالكية على وجوب الطرح لنجاة متاعهم - واختلف في النقود من الدنانير والدرهم فقيل لا يوزع عليها شيء وقيل يوزع عليها لنجاتها وهو الأشهر. وسئل عن ذلك ابن رشد فقال: لا يجب فيما طرح من المركب على ما عند الركاب من الذهب والورق سواء كان ودیعة لديهم أم بضاعة لهم، وإنما يجب ذلك على المتاع - قال ابن سلمون: إن هذا هو الصحيح من الأقوال. والقياس أن يكون التحاص بحسب الأثقال لأنه سبب الغرق لكنه ترك إلى الاستحسان وهو أنه يكون بحسب القيمة لأنها المقصودة ولها الاعتبار.

وجملة القول في ذلك .. أن من المالكية من ذهب إلى إشراك كل مال كان على خطر الهلاك لولا الطرح فيدخل في المحاصة جميع ما نجا من الأموال بما في ذلك السفينة ومتاعها وأدواتها. ومنهم من ذهب إلى عدم إدخال السفينة. ومنهم من ذهب إلى أنه لا يحمل التعويض إلا ما كان في السفينة من مال للتجارة، وإليه ذهب ابن حبيب وأخذ به جمهور كبير من فقهاء المالكية. أما أنفس الأحرار فلا تدخل في التعويض إذ لا قيمة لها.

أما القيمة التي تعتبر في ذلك فمن الفقهاء من ذهب إلى أنها القيمة في موضع الحمل؛ لأنه وقت اختلاط الأموال وجميعها في المركب - وقيل موضع الوصول لأنه المقصود بالحمل، وقيل موضع الطرح أو أقرب موضع إليه من العمار؛ لأنه موضع التلف. وقيل يعتبر ثمن الشراء. ذلك فيما يتعلق بقيمة المطروح. أما قيمة السالم فالعبرة فيها على ما يظهر قيمته في مكان الوصول لأنه المقصود بالحمل.

الديات والأروش

ما يجب من الضمان المالى فى إتلاف النفس وما دونها

الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمة فى جميع الأعراف والشرائع منذ أقدم العصور؛ وذلك لمساسه بحق مقدس طبيعى هو الحياة. وكان ما يسببه من الألم والضرر والحقد فى نفوس المجنى عليه وأهله دافعا له على الرغبة فى الانتقام من المعتدى بأية صورة من الصور سعيا إلى شفاء النفوس مما أصابها وإطفاء ما يتأجج فيها من نيران العداوة والبغضاء وتجنباً لما يلحقهم من العار والمذلة والشعور بالضعف والضعف إذا ما تركوا الانتقام لأنفسهم ممن اعتدى عليهم. وكان هذا جزء لا يرجع فى تقديره وتحديدته إلا إلى رضاء النفس وشفاؤها مما أصابها بسبب هذا الاعتداء، ثم إلى ما للمعتدى عليه من قدرة وسلطان أمام المعتدى فى تنفيذ ما يجد فيه شفاء نفسه. ولذا كان هذا الجزء يختلف شدة وضعفا باختلاف حال من اعتدى عليه وحال المعتدى قوة وبطشا وعلوا وخفضا، فهو جزء شديد إذا ما كان جانب المعتدى عليه أشد قوة من جانب المعتدى وهو ضعيف أو غير مقدور عليه إذا لم يكن للمعتدى عليه أمام المعتدى حول ولا قوة، وكان لاختلاف الجانبين قوة وضعفا وقدرة وعجزا أثر فى الالتجاء إلى التعويض بالمال جزء يقوم به جانب المعتدى لمن اعتدى عليه، وكان هذا التعويض يختلف مقداره أيضا باختلاف الأحوال والأعراف وبما لجانب المعتدى عليه من قدرة على إجبار جانب المعتدى على الاستجابة لما يطلب منه وما لدى المعتدى من ثراء، كما كانت تختلف وسائل التشفى.

غير أن اختلافها كان يقوم على التراضى بين الطرفين سواء أكان ذلك عن ضعف أم عن حب وطمع فى أخذ المال. وقد نشأت هذه الفكرة (فكرة الالتجاء إلى التعويض بالمال) عند جميع الشعوب، فقد وجدت عند العبرانيين وعرفتها شرائع اليونان والجرمان وشاع استعمالها عند العرب أهل الجاهلية قبل الإسلام؛ ولم يكن ذلك أمرا مرغوبا فيه عندهم إلا حيث يكون العجز عن أخذ الثأر قهرا وانتقاما. ولكن بمرور الزمن اعتاده كثير من القبائل رغبة فى السلام والوثام بسبب ما كانت تنهكهم تلك الحروب الطويلة الطاحنة التى يدفع إليها الأخذ بالثأر؛ إذ كانت لا تقتصر على أهل المعتدى والمعتدى عليه بل كان

يصلى بناها جميع أفراد قبيلة الجاني وجميع أفراد قبيلة المجنى عليه لما كان معروفا فيهم من التضامن القوي بين أفراد كل قبيلة لبعضهم لبعض ينصرون المظلوم منهم ويدافعون عن الظالم منهم وكانت هذه عادة أصيلة فيهم يرون فيها مظهر عزتهم وقوتهم وشرفهم ووجودهم.

وكان ما يدفع من المال في هذه السبيل معروفا باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى ولم يكن له مقدار معين فيما بينهم، كما لم يكن على نسق واحد بل كان يزيد وينقص تبعا لما يكون بين قبيلة الجاني والمجنى عليه من الاختلاف في القوة والسمو والضعف والانحطاط إذا كانت القبيلة التي هي أكثر قوة وأشد بأسا تتحكم في القبيلة التي هي أضعف منها، وكان للعرف مع ذلك أثر في تحديد ما يعرض من المال وعدم المغالاة فيه فشاع فيما بينهم تحديده بمائة من الإبل إلا أن ذلك لم يكن أمرا ملزما واجب الاتباع في جميع الأحوال بل كانت القبيلة المعتدى عليها عندما تشعر بالقوة وشدة البطش تطلب ما تشاء من الأموال والنعم، وكثيرا ما كان يتجاوز مقدار هذا المال المائة بعير إلى الألف أو يزيد؛ ولذا كان تحديد الدية عند أهل الجاهلية في أكثر الأحوال منوطا بشخص المجنى عليه ومركزه ومركز أسرته وقبيلته وكأنه ثمن وعرض عن الدم المسفوك؛ وذلك فضلا عن أنه وسيلة وسبيل إلى نجاة الجاني وذويه من شرور الانتقام والغيلة؛ ولذا كانت فكرة دفع المال في الجاهلية تقوم على طلب التعويض وأمن الجاني من شر الانتقام. وكان من عادة العرب في الجاهلية ومن سمات فخرهم مسارعة أفراد القبيلة إلى جمع هذا المال ودفعه إلى أهل المجنى عليه بل كان سيد القبيلة في كثير من الأحوال يقوم بدفعه من ماله الخاص.

وكان هذا المال يعرف بينهم باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى. ففي «القاموس المحيط»: الدية بالكسر حق القتل، جمعه ديات ويقال في الفعل وداء كدعاه إذا أعطى ديته، والأرش الدية وما يدفع فيما بين السلامة والعيب من قيمة مالية وجمعه أروش.

الدية في عرف الفقهاء:

عرفها صاحب «التبيين» الزيلعي بأنها اسم للمال الذي يدفع بدل النفس أو الطرف، - ويمثل ذلك عرفها قاضي زادة في (تكملة فتح السقدير «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» والرملی أحمد بن شهاب في نهاية المحتاج) وفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش؛ فالإمام السرخسی يقول في مبسوطه: الدية مال مؤدى في مقابلة

متلف ليس بمال وهو النفس . والأرش بدل ما دون النفس . ويقول ابن عابدين في حاشيته على الدر: الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس . ولكن هذه التفرقة لم يراعها بعض الفقهاء إذ نجدهم يستعملون كلمة دية أيضا للدلالة على المال الواجب في الأطراف أو الجروح، كما يستعملون كلمة أرش فيما تدل عليه الدية، ومنهم الذين عرضوا لهذه التفرقة وسأراعى هذه التفرقة، في موضوعنا هذا فأخص بدل النفس باسم الدية وبدل ما دونها باسم الأرش .

وقد سمي بدل النفس عقلا كذلك إذ كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فيجدها أولياء المقتول صباحا معقولة بفنائهم ولذلك سميت عقلا كما سمي من يدفع الدية عاقلا، ومن هذا المعنى قيل العاقلة .

مشروعيتها:

لم تكن شريعة الدية كما ذكرنا شريعة ابتدعتها الإسلام بل كانت معروفة قبل ظهوره عند العرب وعند غيرهم، وإنما جاءت الشريعة الإسلامية مكملة لما كان بها من نقص يحول دون تأديتها للغرض الذي يجب أن يطلب منها فأستتها على قواعد ثابتة وهذبتها بما يؤدي إلى وفائها بالغرض منها، وكان ذلك إقراراً لها على الأسس التي أقامتها عليها فجاء ذكرها في الكتاب في مواضع عديدة سنعرض لها فيما يأتي من الشرح والبيان؛ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ...﴾ [البقرة] وروى البخاري والشافعي والدارقطني عن ابن عباس قال: كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله تعالى لهذه الأمة: ﴿... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾ [البقرة]، فالفقهاء أن يقبل ولي الدم الدية في العمد - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم .

وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ...﴾ [النساء].

وقد تكفلت السنة ببيان مقدارها وكيفيتها؛ فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ أن من قتل خطأ فديته من الإبل مائة: ثلاثون بنت مخاض

وثلاثون بنت ليون وثلاثون حقة وعشرة ابن ليون - أخرجه أبو داود والشافعي (١). وكان مما قضت به الشريعة الإسلامية في الدية أن أصبحت واحدة لا تختلف باختلاف حال المجنى عليه قوة وشرفا وحسبا ونسبا وعزة وضعة وتغيرت طبيعتها وزال عنها عنصر الانتقام الذي كان يدعو إلى التغالي فيها إذا ما كان جانب المجنى عليه أشد قوة وأشد سلطانا من جانب الجاني وإلى قتلها أو إغفالها أو اعتبارها تفضلا وإحسانا إذا كان جانب المجنى عليه ضعيفا عديم البأس والحيلة وتساوى فيها الرفيع والكبير والصغير والأمرء والسوقة.

الهدف من الديات:

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن شريعة الديات شريعة قديمة عرفت وطبقت قبل الإسلام في كثير من الأمم إن لم يكن ذلك في جميعها؛ لاتساقها مع النزعات الطبيعية والرغبات النفسية والسيول الاجتماعية، ولذا كانت معروفة ومطبقة في العصر الجاهلي، كما ذكرنا يدعو إليها حب الانتقام من الميؤء باعتبارها أذى يصيبه في ماله جزاء إساءته لغيره، وفي ذلك ترضية لمن أسوء إليهم بشفاء صدورهم مما سببته تلك الإساءة من حقد وبغضاء ثم كانت مع ذلك وقاية مما يتوقعه الميؤء من أذى يصيبه ممن أساء إليه ليؤثر منه.

وكان في اختلافها باختلاف حال من مسه الأذى شرفا وضعة وقدرًا وخسة في معنى التعويض أو الشمن عن دمه المنفوك. ذلك كان وضعها في الجاهلية قبل الإسلام فهل ظلت على هذا الوضع بعد الإسلام وبعد أن تناولتها الشريعة الإسلامية بالتهذيب والتعديل؟.

لقد عرفنا أن ضمان المال الذي يدفع لمن أصابه ضرر في ماله إنما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه، وذلك لا يتحقق إلا في الضرر المالى الذى يتمثل في فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل الفقد؛ ولذا لم ير فقهاء الإسلام محلا للضمان المالى أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال، وهذا في كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم، ومن ثم لم يروا التعويض في الأضرار الأدبية ولا في الضرر بفقء الأمل في مال متوقع حدوثه؛ إذ ليس في دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه، وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والأروش بالنظر إلى هذا الأساس وليست إلا

(١) بنت المخاض ما دخلت في السنة الثانية، وبنت الليون ما دخلت في الثالثة، والحقة ما دخلت في الرابعة.

أموالا تدفع فيما لا يعد مالا أو فيما لا يقوم بالمال وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وأبدانهم وأعضائهم وعدم اعتبارها من الأموال، وهذا بخلاف الأمر في الأرقاء إذ يستوجب الاعتداء عليهم إيجاب التعويض المالى على المعتدى بدفع قيمة ما فقد من أبدانهم لأعتبارهم مالا تجرى فيه المعاملات المالية يباع وشراء ومبادلة. وبناء على ذلك يقوم التساؤل على الأساس الذى بنى عليه الشارع الإسلامى شريعة الديات والأروش.

ففي تقديره الديات والأروش بخاصة إذا روعي ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ [الشورى] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَسَبُوا السَّيِّئَاتِ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ بِمِثْلِهَا...﴾ [يونس] وما توجهه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التى أوجبهها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى...﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...﴾ [المائدة] وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو.

الذى يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء لا تصلح فى جميع الأحوال لأنها إن صلحت فى بعض أحوال العمد لا تصلح فى بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها للمساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها، كما لا تصلح للسبب نفسه فى أحوال الخطأ إذ لم يقصد الفاعل فيها إحداث ما وقع من الضرر وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مستولا عنه من أحده. ومن الظلم فى هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره.

ومن أجل ذلك عدل فى هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجانى فيها من المسئولية، وكان من الواجب أن يصاب دم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجنى عليه أو ضرره ويذهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس. وللمال فى هذه السبيل أثره الطيب المعروف فى تخفيف الآلام وشفاء ما فى الصدور لما يؤدى إليه من أذى لدافعه بنقص ماله ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها عيشه ويجد فيها

معونته على الحياة ومطالبها فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلا عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدّثه نفسه بأذى يمس غيره.

والدية بهذا الاعتبار تشبه الغرامة والعقوبة من جانب وتشبه التعويض من جانب آخر، وليس بالتعويض المحض ولا بالعقوبة المحضة لعدم اختلافها باختلاف الجرائم كبرا وصغرا وقوة وضعفا. وليس هذا شأن العوض ولا شأن العقوبة بل الشأن فيهما الاختلاف، ثم هي من ناحية أخرى لا تجب في مال الجاني في كثير من أحوالها بل تجب على العاقلة. والعقوبة إنما تنزل بالجاني لا بغيره؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿الْأَنْزِلُ وَأَزْرَهُ وَزَرَ أُخْرَى﴾ [النجم] كما أن عدم متابعتها للجريمة عظاما وضعفا يتنافى مع اعتبارها عوضا. وإذا لم تكن الديات والأروش تعويضا كاملا أو تعويضا محضا فذلك ما يدعو إلى التساؤل عن حق المجنى عليه عند وجوب الدية له في طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحية الذي يتساوى جميع الناس في التمتع به. وقد قدره الشارع ولم يجعله مختلفا باختلافهم، ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا. إنه إذا أريد بهذا التساؤل بيان رأى الفقهاء في ذلك فهذا ما يعيننا بيانه؛ لأن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع نفيًا أو إثباتًا بصورة صريحة، كما لم يؤثر عن رسول الله ﷺ فيه أثر خاص ولم يكن في بيان حكمه إجماع، وكل ما أثر عن الفقهاء مما يمكن أن يكون له شبه اتصال بذلك قولهم عند كلامهم على الديات ومقاديرها أنه ليس للمجنى عليه أن يتجاوز المقادير المقررة لها شرعا. والبادئ أنهم يريدون بذلك منع التجاوز باعتباره زيادة في الديات المقررة من الشارع. وهذا لا يمنع القول بأن ينال المجنى عليه تعويضا ماليا ينظر فيه إلى تعويض ما حدث فشرع الديات لتعويضه تحقيقا لرفع الضرر. ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدره من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك؛ إذ لم يكن تقديرها مانعا من الزيادة عليها عندئذ، فإذا روى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية في الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضررا ذا بال وأخرى أحدثت ضررا عظيما وكيف يمكن حينئذ أن نتصور تحقيق التماثل في الصورتين بين الجريمة والجزاء، في حين أن الجزاء فيهما واحد والجريمة فيهما مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها تفاوتتا عظيما غير أنه يلاحظ مع ذلك وقد قام التعويض بالمال في الفقه الإسلامي على

أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاسد والجزاء فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضا مضافا إلى الديات والأروش مقابلا بضرر مالي يجوز الاعتياض عنه، وبعبارة أدل على المعنى المراد فإن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالي يتمثل في فقد مال كان قائما وذلك ما لا يتحقق غالبا في الأحوال التي تجب فيها الديات والأروش، وهذا ما تقضى به نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ولكن إذا ما أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هي تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه واعتلال الغل والحقد من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه إرضاء له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ في فرض الدية وتقديرها، وقد يؤيد هذا أن الديات حين شرعت وعرفت شرعت للغرض الذي أشرنا إليه آنفا كما بينا ذلك، وأن الشريعة حين أقرتها في ذلك الوسط وسط البادية حيث يعيش أهلها من الرعى وتناج الحيوان والنعم وثمار التخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعا إذ لم يكن ضرر الجرائم في هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسماني أو النفس الذي يعتاض عنه بالديات. أما في عصرنا هذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من عملهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل، وفي مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية، وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يبدو أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر في ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف.

ومن البين أن القول بذلك لا يتنافى مع وجوب الدية فإن الدية كما قدمنا لا تعد تعويضا كاملا لعدم تفاوتها قدرا بتفاوت الاعتداء الذي وجبت فيه ضررا. وليس هذا وضع التعويض، وبخاصة إذا لوحظ مع هذا وجوبها على غير المعتدى وهو عاقلته كما أنها لا تعد عقوبة لعدم اختصاصها بالمعتدى ووجوبها على غيره، ولهذا اختلفت فيها آراء علماء القانون الجنائي فمنهم من ذهب إلى أنها وسيلة إلى إطفاء ما في نفس المجنى عليه من حرارة الألم والغیظ فكانت ترضية له بقدر محدود وتعويضا عن نوع من الضرر المعنوي. ومنهم من رآها وسيلة لزرع المعتدى وردع غيره فأشبهت لذلك العقوبة وليست

عقوبة. ومنهم من رآها بدلا عن النفس أو عن الحياة دون نظر إلى ما ترتب على الجريمة من ضرر. وعن هذه الآراء ذهبوا إلى جواز طلب التعويض معها على أنه قد يقوم في سبيل تطبيق ابتناء التعويض على نظرية المعاوضة أن هذه النظرية تستلزم تملك دافع التعويض لما دفع فيه العوض. وذلك ما لا يتحقق فيما لا يصح تملكه كما في إتلاف خمر الذمي ودفع التعويض عنه؛ إذ لا يصح تملك الخمر، وهذا نقض يستوجب عدم صحة هذه النظرية وامتناع تطبيقها لعدم اطرادها، وإذا امتنع تطبيقها جاز حينئذ تأسيس التعويض على فكرة إرضاء النفس وزوال الحقد وعندئذ يصح أن يضم إلى الديات ما يرى وجوبه من تعويض مالي.

ما يستوجب الإلزام بالدية:

يستوجب الإلزام بالدية أو بالأرش الاعتداء في غير عمد على النفس بإزهاق الروح أو على ما دونها من أجزاء الجسم بما يحدث فيه أثرا، كما يستوجبها كذلك هذا الاعتداء إذا كان عن عمد امتنع القصاص فيه بسبب من الأسباب المانعة منه شرعا. وفيما يلي بيان ضروب هذا الاعتداء فيما ذهب إليه الفقهاء.

١- يرى الحنفية أن الاعتداء على النفس بإزهاق الروح قد يكون عمدا أو شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ كما يكون بطريق التسبب.

فيكون عمدا إذا كان بسلاح أو بما يشبه السلاح مما يفرق الأجزاء ويستعمل فيه السلاح من كل محدد من جسم صلب كالحجر والخشب أو غير صلب كالنار. وهذا عند أبي حنيفة، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار القتل بغير سلاح من كل ما يحدث به الهلاك غالبا وإن لم يكن معتادا من قبيل شبه العمد كالضرب أو الرمي بحجر عظيم أو خشبة عظيمة.

ويكون شبه عمد إذا كان إزهاق الروح فيه عن عمد بما ليس سلاحا ولا بما أجرى مجرى السلاح سواء أكان الهلاك به غالبا كما في الضرب بالحجر العظيم أم لم يكن غالبا كما في الضرب بالسوط، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أصحابه: شبه العمد هو ما يكون إزهاق الروح فيه عن عمد بما لا يحصل به الهلاك عادة كالضرب بالعصا عند عدم تواليه، أما إذا توالى فأزهاق الروح كان عمدا عندهما وشبه عمد عند الإمام.

ويكون خطأ إذا كان عن خطأ في القصد كأن يرمى إنسان شخصا على ظن أنه صيد فإذا هو إنسان أو كان عن خطأ في الفعل كأن يرمى إنسان هدفا معينا فيصيب إنسانا لا يقصده. أما ما أجرى مجرى الخطأ فكان يتقلب نائم على طفل فيقتله، والقتل بطريق التسبب كأن يحفر إنسان بثرا في غير ملكه فيتردى فيه إنسان فيموت.

٢- ويرى الشافعية أن أنواع الجناية على النفس ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد، فيكون عمدا عند قصد الفعل والشخص بما يقتل غالبا سواء أكان جارحا أم مثقلا أم ليس كذلك فإن فقد أحد القصدين فخطأ كأن قصد رمي شجرة أو آدمى فأصاب غير ما قصده فمات، ومن الخطأ انقلاب نائم على طفل أدى إلى موته لعدم القصد من النائم.

وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا فمات وأمكن في العادة نسبة الهلاك إليه فشبه عمد وذلك لوجود القصد، ولكنه لا قصد فيه إلى قتل بدليل الآلة المستعملة وإن أدى إلى قتل منسوب إليه. ومنه الضرب بالسوط بلا توال، أما إذا لم تكن نسبة الهلاك إليه مقبولة معروفة فهدر كضرب بنحو قلم في غير مقتل.

ومن العمد عندهم كل فعل يؤدي إلى الهلاك غالبا سواء أكان بمحدد أو بمثقل أو بغير ذلك كغرز إبرة في مقتل، وكالحيلولة دون نزف جرح وكحبسه ومنع الطعام عنه أو إطعامه طعاما مسموما بقصد قتله أو إلقائه في بحر أو نهر وهو لا يحسن السباحة أو غمره بدخان سلط عليه بقصد اختناقه.

وقريب من هذا البيان في أنواع بيان القتل المالكية فالفرق بينهم يسير جدا.

٣- ويرى الحنابلة أن القتل أنواع ثلاثة: عمد وشبه عمد وخطأ. فالعمد يكون حين القصد إلى قتل إنسان بما يغلب على الظن القتل به، ومن ذلك الشهادة أمام القضاء بما يوجب قتل المشهود عليه شرعا، وشبه العمد يكون عند القصد بما لا يقتل غالبا إذا لم يحدث من ذلك جرح يميت ومنه القتل عن طريق التسبب عند القصد إليه. وأما الخطأ فضربان: خطأ في القصد كأن يرمى من يظنه صيدا فإذا هو إنسان أو بفعل ما له فعله وما هو حق له فيقتل بذلك إنسانا دون قصد إلى ذلك. وخطأ في الفعل ويكون عندما يرمى صيدا فيصيب إنسانا أو يفعل ما يتسبب عنه قتل إنسان بلا قصد.

وموجب القتل من المال إذا لم يكن عمدا الدية باتفاق جميع المذاهب، أما إذا كان عمدا فموجبه القصاص والإثم لقوله ﷺ: «العمد قود» أي قصاص؛ وذلك ما لم يمنع من القصاص مانع، أما عند المانع منه فالواجب الدية بدلا عنه، وموانع القصاص عديدة

وتختلف باختلاف المذاهب وذلك نتيجة لاختلافهم في شروط وجوبه، فإذا فقد شرط منها لم يجب ووجبت الدية حتى لا يهدر الدم؛ وبيان ذلك في بيان القصاص وشروطه وما هو محل اتفاق منها وما هو محل اختلاف بين المذاهب. فتوفر القصد من الجاني شرط في القصاص باتفاق فإذا لم يتوفر بأن لم يكن منه قصد إلى القتل أو قصد إلى المجنى عليه كما تقدم في بيان الخطأ لم يجب القصاص ووجبت الدية.

ولذا تجب الدية في جناية المجنون والصبي دون القصاص لعدم القصد المعتبر

شرعا.

وتوفر المكافأة بين الجاني والمجنى عليه شرط في القصاص عند بعض الفقهاء وليس شرطا عند آخرين، ولذا ذهب الحنفية إلى أنه يقتصر من الحر إذا قتل العبد لتحقق المكافأة الإنسانية وحق الحياة، وكذلك يقتصر من المسلم بالذمي، وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوا الدية على القاتل في هذه المسألة وأمثالها ولم يوجبوا القصاص لعدم المكافأة في نظرهم في الإسلام والحرية والملك؛ ولورود الآثار بذلك فيما صح عندهم من الأخبار. وعلى ذلك فموجب شبه العمد، وكذلك العمد إذا امتنع القصاص يه لسبب من الأسباب الدية، والدية الواجبة فيه عندئذ الدية المغلظة.

أما موجب الخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل تسببا فالدية المحففة وسيأتي بيان ذلك عند الكلام على مقدار الدية.

كما تقدم يبين أن الواجب في العمد هو القود وأن الواجب فيما عداه الدية، غير أن موجب العمد كان محل خلاف بين الفقهاء في بيانه، فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك فيما رواه أبو القاسم عنه والثوري وآخرون إلى أن موجه هو القود عينا وليس لولى الدم إلا حق القصاص فله طلبه وليس له غيره من دية أو عوض إلا برضا القاتل فيستحق ذلك عند وجوبه بالاتفاق والصلح إلا بالقتل.

وذهب الأوزاعي والليث في رواية أشهب والشافعي وأحمد إلى أن موجب العمل ابتداء هو القود، والدية بدل عنه، ومن حق الولى أن يعدل عنه إليها باعتبارها بدلا شرعيا عنه؛ ولذا يكون له الخيار بين طلب القصاص وطلب الدية وإن لم يرض القاتل. ويستند أصحاب هذا الرأي الأخير إلى ما رواه أبو شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم فتح مكة: «ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القاتل من هذيل وإنى

عاقله فمن قتل له بعد مقاتلي هذه قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا»
رواه أبو داود وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وفى رواية عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل له قتيل فله إما أن يقتل أو يعفو
أو يأخذ الدية» كما روى عنه «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن
يؤدى» ويرون أن حق العبد بسبب القتل قد شرع جابرا.

وفى كل من القود والدية ضرب من الجبر فكان له أن يختار ما يسد حاجته ويتعين
به الواجب كما فى الكفارات عند التخيير مثل كفارة اليمين، وكما فى المثلى إذا وجب
ثم انقطع فلم يوجد إذ لمن وجب له أن يرضى بالقيمة فى الحال أو يصبر إلى أن يوجد
المثلى ثانية، ولأن الدية باختيارها قد تعينت دافعا لهلاك الجانى قصاصا وهو بامتناعه
عنها حيثئذ متعنت وملك بنفسه إلى التهلكة فيجبر عليها ولا يحتاج إلى رضاه؛ كالمضطر
إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرض له شرعا يجبره على أخذه بثمنه إحياء لنفسه.

واستند أصحاب الرأى الأول إلى ما يدل عليه ظواهر الكتاب العزيز من إيجاب
القصاص فى القتل مع اقتضاره عليه دون ذكر للمال إذ يقول الله فى كتابه ﴿... كُتِبَ
عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى...﴾ (١٧٨) [البقرة]
فدل ذلك على أن القصاص بموجب القتل لا المال. وإلى أن استحقاق مال إنسان لا
يكون إلا بتجارة عن رضا منه لقوله تعالى: ﴿... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا
أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾ (٢١٩) [النساء]، أو بإيجاب من الشارع وإلى ما
روى عن النبى ﷺ من قضية الربيع حين كسرت ثنية جارية إذ قال ﷺ كتاب الله
القصاص، فأخبر أن موجب العمد القصاص وما روى عنه ﷺ من قوله ﷺ العمد قود
- وقد قال تعالى فى كتابه: ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى
عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) [البقرة].

ولا شك أن المثلية إنما تتحقق عند القتل بالجزاء عليه بالقتل وهو القود، وإذا كان
المثل هو القود وذلك بإتلاف نفسه كما أتلف نفس غيره وأنه يكون كالمثل مال غيره
عندما يكون له مثل؛ إذ ليس له عندئذ أن يعدل عن مثله فى التعويض إلا برضا صاحب
المال، ولو كان للسولى الاختيار بين القود وأخذ الدية لما اقتصر الرسول عليه الصلاة
والسلام عليه فى بيانه جزاء القتل. ويؤيد ما ذكر ما نقل عن ابن عباس من قوله: العمد
قود لا مال فيه. والمال لا يصلح جزاء وموجبا لعدم المماثلة بينه وبين النفس صورة
ومعنى فلا يصلح جابرا. والقصاص يصلح جابرا للتماثل صورة ومعنى لأنه قتل بقتل

ولأن المقصود بالقتل قصاصا الانتقام وذلك ما يتحقق بقتل الجاني . والمراد بما روى من ثبوت الخيار للولى إباته له عند إعطاء القاتل الدية فهو إن شاء أخذها وعفا بأخذها إياها وإن شاء رفض وتمسك بالقصاص . وتخيره هذا لا ينافى رضاء الآخر الثابت بإقدامه على الدفع والآداء، ويمثل هذا قوله ﷺ في العلم: لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك . أى لا تأخذ إلا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ؛ فخيره بينهما . ومعلوم أنه لا يأخذ رأسماله إلا برضا المسلم إليه لأن الفسخ لا يتم إلا بتراضيهما .

وجملة القول أن النصوص صريحة فى أن موجب العمد القصاص؛ ولذا صح العفو عنه عند اختياره وإذا كان هو الواجب الأسمى لم ينفرد الولى بالعدول عنه إلى بدل إلا بالتراضى ليحقق معنى المعاوضة حيثذ وهى تقوم على التراضى .

وبناء على ما تقدم ذهب الحنفية إلى أن الولى إذا عفا وكان عفوه مطلقا لم يجب شيء من المال على القاتل، وإن كان نظير مال لم يجب إلا برضى القاتل زاد ذلك المال على الدية أو نقص عنها أو ساواها . فإذا لم يرض سقط القصاص ولم يجب شيء على القاتل وإنما سقط القصاص فى هذه الحال لأن جنوح الولى إلى المال بدلا عنه يعد تركا له .

وكان لولى الدم عند الحنفية ألا يرضى بغير القصاص من القاتل ولا يجبر على أخذ الدية منه إذا ما رغب القاتل فى ذلك، ولا تجب الدية إلا باتفاقهما فيكون وجوبها أثرا ونتيجة للاتفاق لا أثرا للجريمة، ولذا كان هذا الاتفاق صلحا له أحكام الصلح فيلزم بما تم الاتفاق عليه من مال زاد على الدية أو نقص عنها أو ساواها . وقد كانت تجرى بذلك عادة العرب قبل الإسلام فلم يكن يجب مال فى قتل إلا بناء على صلح وتراض .

أما على قول الشافعية ومن ذهب مذهبهم فالأمر لولى الدم إن شاء اقتصر وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض بها الجاني وله العفو على الدية أو على أقل منها دون أن يتوقف نفاذ ذلك، وإلزام الجاني بما تضمنه من البدل على رضاه سواء أقلنا إن موجب العمد هو القود والدية بدلا عنه كما سبق أم قلنا أن موجب العمد أحدهما وهو القول الثانى عند الشافعى وهذا ما يؤيده ما فى الصحيحين من قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يردى وإما أن يقاد»، وعلى القول الأول وهو ما ذهب إليه الحنفية إذا أطلق العفو فلم يعلقه على بدل سقط القصاص ولا دية وقوله تعالى: ﴿فَاتَّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة] محمول عن العفو على الدية .

ولهذا إذا اختار الدية عقب العفو المطلق وجبت إذا كان عفوا عن القود لأنه الواجب حينئذ ووجبت لالتحاق عبارته بعفوه فكأنه علقه عليها - ولو عفا عن الدية ابتداء لغى عفوه لأنه عفو عما لم يجب ولم يستحق، ولذا كان له العفو عن القود بعد عفوه عن الدية ابتداء لبقاء وجوبه. ولو عفا على غير جنس الدية من المال لزم البدل إن رضى الجاني وإلا لم يلزم وبقي حق القود على الأصح ومقابله يسقط القود لرضا الولي بالصلح عنه وإن لم يتم.

ولو تصالحنا على بدل هو من جنس الدية وكان أكثر منها لغى على القول الذي ذهب إليه الشافعية وهو أن الموجب أحدهما مبهما ويصح على القول بأن الموجب ابتداء هو القود وهو رأي الحنفية، وإنما لم يصح على قول الشافعية لأنه يعد صلحا عن واجب هو الدية بأكثر منه من جنسه وفي ذلك ربا^(١).

وأما قوله تعالى بعد ذكر القصاص: ﴿... فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ...﴾ [البقرة] فليس فيه ما يؤيد أحد الرأيين صراحة إذ قد يكون المعنى فيه أن القاتل إذا عفى له ولي المقتول عن دم مقتوله وأسقط القصاص فإن الولي يأخذ الدية ويتبع بالمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان، وعليه يكون المراد باسم الموصول «من» القاتل و«بالأخ» المقتول و«بشيء» الدم الذي يعفى عنه، ويرجع إلى أخذ الدية وهذا قول ابن عباس وقتادة ومجاهد.

وروى عن مالك أن المراد «بمن» الولي ومعنى «عفى له» يسر له والمراد «بالأخ» القاتل و«بشيء» الدية أى أن الولي إذا جنح إلى الدية بالعفو عن القصاص فإن القاتل مخير بين أن يعطيها أو يسلم نفسه، وغير مالك يقول: إذا رضى الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل يلزمه، وقد روى هذا أيضا عن مالك.

وفي رأبي أن معنى «عفى» يبدل، والمعنى فإذا بذلت الدية للولي فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان، ولذا لم يكن في الآية ما يؤيد أحد الرأيين.

شروط وجوب الدية:

يشترط لوجوب الدية فيما يصيب النفس أو ما دونها خمسة شروط:

١- الأول أن يكون ما يستوجب الدية فعلا غير مشروع إذ إن إقدام الشخص على فعل هو حق له لا يترتب عليه مساءلته متى لم يتجاوز حقه الشرعى فيه ولو تسبب عنه

(١) نهاية المحتاج ج٧ ص ٢٦٩.

تلف أو ضرر، ومن ذلك القتل يقدم عليه الشخص في حال الدفاع المشروع إذا لم يتجاوز حدوده كأن يقتل شخص آخر دفاعاً عن نفسه أو عن أهله أو عن ماله. وكان يجد رجلاً مع امرأة يزني بها ويعلم أنه لا يتزجر بالصياح أو الضرب بما دون السلاح فيقتله إزالة ومنعاً للأمر المنكر، كما يكون له أيضاً قتلها إن علم أنها مطاوعة له. لأن ذلك من قبيل إزالة المنكر وهو حق متعين عليه في هذه الحال^(١) فلا يسأل عنه؛ وذلك إذا لم يجد وسيلة لصرفه ومنعه عن هذا المنكر إلا بقتله. أما الأب إذا ضرب ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك إلى تلف نفس أو عضو فإنه يضمن بفعله في قول أبي حنيفة والشافعي؛ إذ لا يكون ذلك إلا عند تجاوزه الحد الشرعي فإذا لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر. وذهب مالك وأحمد إلى سؤاله لأن الأثر الذي ترتب على فعله دليل تجاوزه الحد. ولا يسأل الطبيب الممارس للطب عما يصيب المريض بسبب علاجه، لقول النبي ﷺ: «ليس على مداو ضمان» وقوله: «من طب ولم يعلم عنه قبل ذلك طب فهو ضامن». وكذا لا ضمان على من قتل شخصاً محكوماً عليه بالقتل لردة أو قصاص وإن عزر لارتكابه ما ليس له فعله.

٢- أن يكون سبب القتل أو التلف فعلاً مادياً فمن أخبر شخصاً بخبر ففرغ منه فمات فلا ضمان عليه.

٣- ألا يكون المجنى عليه قد اشترك فيما أدى إلى إصابته اشتراكاً يمنع من إضافة الجناية إلى من أحدثها. أما إذا لم يمنع فإن على محدثها الضمان، وعلى ذلك إذا أعطى إنسان آخر السم فتناوله وهو لا يعلم أنه سم فمات فلا قصاص ولا دية عند أبي حنيفة ولكن ذلك لا يمنع من التعزير بحسب ما تقضى به الحال والظروف، ولكن لو وضعه في طعامه المعد لأكله فأكله فمات كان عليه دية كما لو أوجره في فيه ولو وضعه في شراب غير معد لشربه فشربه فلا دية، ولو ألقى شخص آخر في الماء فغرق لساعته فمات فعليه دية ولكن لو لم يغرق ولكنه سبيح في الماء مدة ثم غرق فلا دية إذ كانت وفاته في الأولى بطرحه^(٢) وفي الثانية لعجزه عن السباحة، وكذلك من جرح شخصاً جرحاً غير قاتل فعالجه بدواء سام أدى إلى موته لم يسأل الجراح إلا عن الجرح فقط ولا دية عليه، وهذا بخلاف ما إذا عالجه بما يشفي به الجرح عادة فمات؛ إذ يجب عليه الدية لسريان الجناية إلى النفس.

(١) البحر جه ص ٤٥.

(٢) الشلبي على الزيلعي ج ١ ص ١٠١.

٤- يجب فيمن تجب بقتله الدية أن يكون معصوما فلا دية في قتل الحربى والباغى لعدم العصمة وتجب في قتل الذمي والمستامن خطأ وكذلك في قتل المعاهد لقوله تعالى: ﴿... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ...﴾ (٩٢) [النساء] وعلى ذلك فالحربى إذا أسلم في داره دار الحرب فقتله بها مسلم أو ذمي خطأ لم تجب بذلك القتل دية عند أبي حنيفة خلافا للشافعي، إذ أوجب فيه الدية لأن أمنه إنما يكون بالدار لا بالإسلام، وليست الدار دار أمن، وعند الشافعي يكون أمنه بالإسلام ويستدل بإطلاق قوله تعالى: ﴿... وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ...﴾ (٩٢) [النساء] فكان ممن تناوله النص.

ويرى الحنفية أن الآية لا تناوله إذ المراد بالمؤمن فيها المؤمن من كل وجه وهو من أسلم وهاجر فكان له الأمن من ناحية الدين والدار، وهذا ليس له أمن من ناحية الدار لأنه مكثر لسواد الكفار فكان لذلك منهم لما أثر عن رسول الله ﷺ من قوله: «من كثر به سواد قوم فهو منهم»، ولهذا لا تناوله هذه الآية ولو تناولته بناء على الإطلاق فيها لم يكن لذكر قوله تعالى فيما بعد وهو قوله: ﴿... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ...﴾ (٩٢) [النساء] فائدة وكان تكرارا بالنظر إلى ما تدل عليه الآية السابقة وتعالى الله عن ذلك. على أن قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ...﴾ (٩٢) [النساء] يدل على أن تحرير الرقبة هو جزاء هذا القتل على وجه الكفاية، فلو وجبت الدية مع التحرير لم يكن التحرير جزاء على وجه الكفاية وهذا خلاف ما تدل عليه الآية وتغيير لحكمها. ثم إن عصمة المقتول تعتبر وقت الفعل على أصل أبي حنيفة، ومن وقت الفعل والموت جميعا عند صاحبيه، ومن وقت الموت على قول زفر، وعلى هذا تخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلما فارتد المرمى ثم أصابه سهم بعد ارتداده فمات فإن على من رماه دية عند الإمام إن كان الرمي خطأ تحمله العاقلة وإن كان عمدا فهى فى ماله، وعندهما لا شيء عليه. وكذلك عند زفر، وإن رمى مرتدا أو حربيا فأسلم قبل أن يصيبه السهم ثم مات لا شيء عليه عند الثلاثة وعليه الدية عند زفر وجه قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والقتل إنما يصير قتلا بفوات الحياة وعند ذلك كان معصوم الدم بإسلامه فتجب الدية، وعندهما أن الرامي إنما رمى رميا غير مستوجب جزاء لأنه رمى من ليس بمعصوم الحياة فكان عند صدوره غير محظور فلا ينقلب بعد ذلك محظورا بأمر حادث خارج عنه وهو الإسلام وهذا عند أصحابنا، وكذلك الوضع إذا رمى مرتدا فعاد إلى الإسلام قبل

موته ثم أصابه السهم فمات عند أبي حنيفة أما عندهما فقد تبين أن الفعل وإن صدر حين صدر محظورا إلا أن الحظر فيه إنما يكون إذا كان فعلا موجها إلى معصوم الدم فإذا لم يؤد إلى قتل معصوم الدم، فقد تبين أنه غير محظور فلا يجب شيء عندهما، ويؤيد رأى أبي حنيفة في أن العبرة وقت الرمي لا غير اتفاقهم على هذا المبدأ في رمي الصيد فقد ذهبوا إلى أن من رمى الصيد وهو مسلم ثم ارتد قبل أن يصيبه السهم ثم أصابه حل أكل الصيد إجماعا. وإن كان مجوسيا وقت رميته ثم أسلم فأصاب سهم الصيد فقتله لم يؤكل إجماعا؛ ذلك لأن الرمي هنا نزل نزلة الذبح للضرورة ولا تحمل ذبيحة المجوس، والأصل في ذلك أن ما يرجع إلى أهلية الفاعل تعتبر فيه أهليته وقت الفعل بلا خلاف، وما يرجع إلى محل الفعل فهو على الاختلاف الذي ذكرناه. ولا شك أن وجوب الدية يتصل بالمقتول لا بالقاتل فكان محل خلاف على اعتبار الوقت فيه، ويختلف الأمر عن ذلك في الشخص إذا جرح وهو مسلم ثم ارتد فمات بالسراية وهو مرتد، إذ إنه لا شيء فيه اتفاقا؛ ذلك لأن الجرح انقلب فعلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة، وذلك ما أوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في موضوعنا إذ لم يتوسط ما يوجب انقطاع الفعل عما حدث بالمحل من تبدل.

٥- لا تجب فيمن تجب عليه الدية إلا أن يكون ذا ذمة مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أم أنثى، وإذن فلا خلاف في وجوب الدية على الصبي وإن كان غير مميز وعلى المجنون وعلى الحر والعبد، إنما الخلاف في المال الذي تجب فيه: أتجب في مال الجاني أم في مال عاقلته، وسنعرض لذلك عند كلامنا فيما تجب فيه الدية، وإذا كان الجاني رقيقا ووجبت عليه الدية فإنها تتعلق بربقته فإما فدها سيده بها وإما دفعه فيها.

من تجب الدية في ماله

يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا...﴾ (٩٢) [النساء] والمعنى أن القتل خطأ للمؤمن يستوجب على القاتل تحرير رقبة مؤمنة وأداء دية إلى أهله إلا أن يصدقوا فلا يسألوها ويتركوها صدقة للقاتل، وذلك يقتضى أن الدية تجب على القاتل وأن سبب وجوبها هو القتل خطأ، وإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنها تجب على القاتل والعاقله فيما تحمله العاقله منها مخالف لما تدل عليه الآية لأن الخطاب فيها موجه إلى القاتل لا إليها ولا إليهما جميعا.

والدية الواجبة على القاتل نوعان: نوع يحمله القاتل وحده في ماله ونوع تحمله عاقلته معه أو تحمله العاقلة وحدها على خلاف غي ذلك بين المذاهب.

ويرجع مبدأ تحمل العاقلة إلى ما كان مألوفاً عند العرب قبل الإسلام من تضامن أفراد القبيلة في الغرامات الجنائية وهي عادة تقوم على التعاون بينهم فأقرها الشارع الإسلامي لما فيها من الخير وجعل ذلك في الحالات التي يقوم فيها عذر الجاني وهي حالات الخطأ حيث لا يستحق الجاني العقوبة لعدم قصده الضرر والسعي إليه ووقوعه على الرغم منه لا في حالات العمد والإصرار التي تقتضي تشديد العقوبة على الجاني فلم يكن من المناسب معونته.

وتحملُ العاقلة الدية مشروط بأربعة شروط:

١- أن تكون الجريمة قد ارتكبت خطأ من غير عمد ولا قصد ولذا كانت جرائم الصغار والمجانين مما تتحمل العاقلة عبأه في جميع الأحوال لعدم توفر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية.

٢- أن تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بغير إقراره إذ الإقرار حجة على المقر فلا تتحمل العاقلة عندئذ شيئاً إلا إذا صدقته في إقراره.

٣- ألا تكون الدية قد وجبت بغير القتل فإذا وصحت صلحا لم تتحمل العاقلة شيئاً منها إلا إذا اشتركت في الصلح.

٤- ألا يقل ما تلزم به العاقلة عن نصف عشر الدية عند الحنفية لأن ما دون نصف العشر لا مشقة فيه على الجاني في تحمله، وعن ثلث الدية عند مالك وأحمد، أما الشافعي فلا يجعل لتحملها حداً أدنى فتحمل أي مقدار وإن قلت قيمته.

وذهب أبو بكر الأصبم إلى أن الدية على القاتل كلها في جميع الأحوال إذ لا يؤخذ أحد بجريرة غيره لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...﴾ (١٦٤) [الأنعام] ويستند الجمهور إلى ما ورد عن رسول الله ﷺ من أنه قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وإلى قضاء عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحض من الصحابة من غير نكير منهم وما وجبت الدية على العاقلة إلا لأن القاتل إنما يقتل بظهور عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل فكان عليهم من وزرها ما بيته السنة.

وإذا لم يتجاوز ما وجب من الدية الحد الأدنى لوجوبه على العاقلة كان وجوبه في مال الجاني إن كان له مال فإن لم يكن له قال كان دينا عليه في ذمته يؤخر منه إذا أيسر.

العاقلة:

هم من يلزمون بالدية من العصابة والأقرباء والعشيرة وتسمى الدية عقلا ومعقلة؛ لأن إبل الديات كانت تعقل بفناء ولي دم المقتول، ثم توسع في معناها فشملت ما يجب في القتل من مال وإن كان دراهم ودنانير، وقيل إنما سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولي دم المقتول أو لأنها تمنع^(١) الخطر عن القاتل فلا يخشى أثرا. والعقل المنع.

وعاقلة الجاني عند الحنفية هم أهل ديوانه وهم المقاتلون من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطايهم وذلك يوم أن كانت الدواوين وكان أهل العطاء. وأول من وضعها عمر بن الخطاب وعلى ذلك لا يشارك في الدية النساء والذرية والصغار والمجانين لأن أساس وجوب الدية عليهم النصرة ولا تناصر بهؤلاء، واختلف في دخولهم في العاقلة إذا ما باشروا القتل بأنفسهم، والصحيح أنهم يشاركون كما في «الشرنبلية» فإن لم يكن للقاتل ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لأن الاستنصار بهم، وإن لم يكن له عاقلة كالقبط والذمي فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية، وروى محمد عن أبي حنيفة أن ديته في ماله لأن الأصل هو الوجوب في مال القاتل وإنما أخذ في العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة رد الأمر فيه إلى حكم الأصل وهو الوجوب في ماله. ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فإذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامّة المسلمين وفي بيت المال ما لهم فكانت ديته فيه لأنهم عاقلته.

ويدخل في العاقلة الجاني فيعد واحدا منها.

(١) إذا نظرنا إلى نسب رسول الله ﷺ وجدنا أنه ابن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان؛ فأولاد الجد الأعلى شعب وأولاد من دونه قبيلة وأولاد من دونه عمارة وأولاد من دونه بطن وأولاد من دونه فخذ وأولاد عمه كالعباس فصيلة، أما الإخوة فعشيرة.

وعند المالكية عاقلة الجاني عصيته سواء أكانوا أهل ديوانه أم لا كما هو مذهب المدونة» قاله البناني. ويبدأ بالعشيرة وهم الإخوة ثم الفصيلة وهم الأعمام ثم الفخذ وهكذا الأقرب فالأقرب للقبائل. هذا، وطبقات قبائل العرب سبعة: الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة.

وقيل أن أهل الديوان مقدمون على هؤلاء إن كان للجاني ديوان فإن لم يكن له ديوان أو كان وليس من أهل الديوان فالعصبة على الترتيب في ولاية التزويج، فإن لم يكن عصبة فالموالى الأعلون ثم الأسفلون ثم بيت المال، فإن لم يكن بيت مال ففي مال الجاني ولا يدخل في العاقلة المجنون والصبي والأنثى والفقير. والعبرة وقت ضرب الدية على العاقلة والجاني واحد من العاقلة بقدر ما ينوبه على الأظهر، ومقابلته لا يعد واحدا منهم، ولا عقل على غائب غيبة منقطعة وقت القسمة فلا يضرب عليه عند حضوره. كما لا يضرب على الفقير عند غناه ولا على الصغير عند بلوغه^(١).

وعند الشافعية عاقلة الجاني عصيته الذكور المكلفون الذين يرثون بنسب أو ولاء ما عدا أصوله وفروعهم لأنهم في حكمه فأعطوا حكمه، ويقوم الأقرب منهم فالأقرب في التحمل كالإرث وولاية النكاح فينظر في الأقربين آخر الحول فإن وفوا بالدية فيها وإن بقي شيء منها فعلى من يلي الأقرب يوزع عليه ذلك الباقي ويقدم الإخوة ففروعهم ثم الأعمام ففروعهم وهكذا. ويقدم المدلل بأبوين على المدلل بأب واحد خلافا لمذهبه القديم إذ سوى بينهما؛ لأن الأنوثة لا تدخل لها في التحمل ولا يتحمل ذوو الأرحام إلا على القول بوراثتهم ثم بعد ذلك تجيء عصيته السببية على حسب التقدم في الميراث فإن لم يكن له عصبة مطلقا فبيت المال فإن لم يكن بيت مال ففي مال الجاني ولا يدخل الجاني في العاقلة^(٢).

وعند الحنابلة عاقلة الجاني ذكور عصيته من النسب أو الولاء وقربيهم ويعيدهم وحاضرهم وغائبهم وصحيحهم ومريضهم ولو هرما أو زمنا أو أعمى سواء ومنهم آباء الجاني وأبناؤه، ولا يشترط ميراثهم في الحال بل متى كانوا وارثين لولا حججهم عقلوا وليس منهم الزوج ولا المولى من أسفل ولا الحليف. وإذا عرف نسب الجاني من قبيلة معينة ولم يعلم من أي بطونها هو لم يعقلوا عنه لأنهم لا يرثونه ولا مدخل لأهل الديوان فلا عقل على أهله كما لا عقل على أهل المحلة لعدم ميراثهم، ولا يعقل فقير

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٨٣ والصغير ج ٢ ص ٣٥٥.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٠.

ولا صبي ولا مجنون ولا امرأة؛ لأن مبني العقل التناصر ولا تناصر بين هؤلاء وليس على مخالفى الدين حمل شيء من الدية ومن لا عاقلة له أو له عاقلة عجزت عن جميع الدية فالدية أو باقيها واجبة فى بيت المال ولا يتحمل الجانى شيئاً من الدية لأنها تلزم العاقلة ابتداءً .

وفى قسمة الدية على العاقلة يقول أحمد: إنما يحملون على قدر ما يطيقون ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد ما يستطيعه ولا يعنته، وإلى هذا ذهب مالك. وعن أحمد فى رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال وعلى المتوسط ربع مثقال؛ لأن ما دون ذلك لا تقطع فيه اليد. وإليه ذهب الشافعى .

وقال أبو حنيفة: أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقل ما يفرض عليه حد؛ لأن ذلك ما لوجب على سبيل المواسة للقراية ويستوى الغنى والمتوسط فيه مع ملاحظة أنه ليس على فقير من العاقلة حمل شيء من الدية وكذلك المرأة والصبي والمجنون .

ما لا تحمله العاقلة:

لا تحمل العاقلة عمداً ولا عوضاً عن جنابة عبد ولا صلحاً ولا اعترافاً، وقد روى هذا عن ابن عباس. أما العمد فلوجب القصاص فيه وهى لا تحمل ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد مطلقاً. وحكى عن مالك أنها تحمل الجنائيات التى لا قصاص فيها ومنها المأمومة والجائفة وهو قول قتادة لأنها تشبه جنابة الخطأ من ناحية أنها لا قصاص فيها. وعمد الصبي والمجنون خطأً تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق منهما القصد المعتبر ولا يوجب قصاصاً فأشبه الخطأ، وفى قول للشافعى أنها لا تحمله لأنه عمد يجوز التأديب عليه فأشبه القتل العمد من البالغ ولا تحمل العاقلة فيه شيئاً، والعبد إذا قتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شيء على عاقلته عمداً كان أو خطأً وهو قول مالك والليث. وقال علاء وحماد وأبو حنيفة: تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب فى قتله القصاص والكفارة فتحمل العاقلة بدله كما فى الحر، وروى الرأيان عن الشافعى .

ولا تحمل العاقلة ما وجب بالصلح من المال لأنه وجب بالاختيار كالواجب بالإقرار فلا تحمله العاقلة لأن الإقرار حجة قاصرة لا تحمل العاقلة ما وجب به .

ولا تحمل العاقلة ما دون ثلث الدية لأن وجوبها على العاقلة كان للتخفيف عن الجاني وليس في تحمل الثلث مشقة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها لا تحمل الثلث أيضاً ولا تحمل إلا ما فوقه، وقال الشافعي تحمل القليل والكثير فإن من حمل الكثير يحمل القليل.

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف، كما تحمل من جرحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسى لأنها دون الثلث إذ إنها ثمانمائة درهم.

وإذا جنى الذمي جناية تستوجب الدية كانت في ماله على قول الشافعي؛ إذ لا تعادل بين الذميين. وفي قول آخر له أنها على عاقلته، أما خطأ الحاكم والقاضي فعلى عاقلته في غير الحكم والاجتهاد بلا خلاف إن كان مما تحمله العاقلة، أما خطؤه في الاجتهاد ففيه روايتان إحداهما على عاقلته والثانية في بيت المال. وهذا مذهب أبي حنيفة وهو قول الأوزاعي والثوري، وللشافعي في ذلك قولان كالروايتين.

من تجب له الدية

الدية أو الأرش حق المجنى عليه إذا كان حياً ودية النفس عند الوفاة لورثته على حسب الميراث الشرعي لا خلاف في ذلك بين الأئمة الأربعة وسواء في ذلك أن تكون دية قد وجبت في عمد أو وجبت في شبه عمد أو في خطأ أو عن قتل بسبب، وإذا كانت الدية معتبرة من تركة المجنى عليه فلا يرث منها الجاني إذا كان وارثاً للمجنى عليه لأنه القتل من موانع الإرث، ولو كان خطأ على ما ذهب إليه الحنفية خلافاً لمن لم يجعل الخطأ مانعاً من الإرث كالشافعية.

مقدار الدية فيما تجب فيه من مال

يرى أبو حنيفة رحمه الله أن الدية تدفع من ثلاثة أنواع من المال الإبل والذهب والفضة لا من غيرها. وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تدفع منها ومن البقر والغنم والحلل لما روى ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل

الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة. وما رواه جابر أن النبي ﷺ فرض الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة. رواه أبو داود.

واحتج أبو حنيفة بأن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وقد جعل أساسا للتقدير عادة، وهذه الأشياء خلاف الذهب والفضة ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات ولا غيرها ولم يقبل تقديرها بالإبل إلا بناء على الآثار الواردة بذلك، ولم تعرف تلك الآثار في غيرها. وما روى عن جابر حديث منقطع لا يحتاج به، وذكر صاحب المبسوط أن عمر إنما أخذ من البقر والغنم في الابتداء لأنها كانت أموالهم فكان الأداء منها أيسر فأخذها بطريق التيسير فظن الراوي أن ذلك كان بطريق التقدير شرعا.

فلما صارت الدواوين والعطايا وجعلت أموالهم من الدراهم والدنانير والإبل قضى بالدية منها.

وقد جاء في بعض الروايات عن عمر رضى الله عنه أنه قام في الناس خطيبا فقال إلا أن الإبل قد غلت. قال الراوي ففرضها عمر عندئذ على أهل الذهب ألف دينار بعد أن كانت ثمانمائة وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم بعد أن كانت ثمانية آلاف وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاه ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة^(١).

ويرى المالكية أنه لا مدخل في الدية لغير الذهب والفضة من الإبل أو ثياب أو بقر. ففي «الموازنة» عن مالك لا يؤخذ فيها بقر ولا حلال ولا تكون إلا من إبل وذهب وورق للآثار الواردة بذلك.

ويرى الشافعي أن الدية تؤخذ من الإبل خاصة فإن لم يكن إبل وجبت قيمتها. فالواجب مائة من الإبل عند وجودها أو قيمتها بالغة ما بلغت بنقد بلد الجاني وإذا وجد بعض الواجب دون بعض أخذ الموجود وأعطيت قيمة الباقي وفي القديم إذا لم يوجد إبل كانت الدية ألف دينار^(٢).

(١) النهاية ٣٠٣ ج٧.

(٢) ص ٤٥٤ الروض الندي.

ويرى الحنابلة أن الدية مائة بعير أو ألف مثقال ذهب أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة أو ألفا شاة فتؤخذ من هذه الأنواع الخمسة فقط^(١).

واختلفت الفقهاء في أصل تقدير الدية بالنسبة للذهب والفضة فقيل: إنها أصل وقيل إنها باعتبار قيمة الإبل التي هي أصل باتفاق، ويرى الحنفية أن كلا من الإبل والذهب والفضة أصل. ويرى الحنابلة والشافعية أن الأصل هو الإبل لا غير، وقال القاضي أبو يعلى لا خلاف في المذهب في أن أصول الدية الإبل والذهب والبقرة والغنم وهو قول عمر وعلاء والفقهاء السبعة.

ويحتج الشافعي بحديث الزهري قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً، ثم غلت وصارت قيمة كل بعير أوقيتين وما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار.

وبناء على ما ذكر من أن الدية كان الأصل فيها الإبل فلا يلزم ولى الدم إلا بها فإذا حضر القاتل سواها لم يجب إجباره على أخذه. وإذا ما كان الأصل سواها فعلى ولى الدم قبوله إذا حضر، والخيار للجاني عند تعدد الأصل كما أنه إذا ما صولح على مقدار من جنس ما جعل أصلاً لم تجز الزيادة عليه لما في ذلك من شبهة الربا.

(١) ص ٤٥٤ الروش الندي.

مقدار ما يجب من كل نوع:

الدية نوعان مغلظة وغير مغلظة ولكل منهما سبب لوجوبه وفيما يلي بيان لمقادير

كل منهما:

<p>٢٥ بنت مخاض : هي التي تتبع أمها وقد حملت أو هي التي طعنت في الثانية من عمرها.</p> <p>٢٥ بنت لبون : وهي التي تتبع أمها وهي ترضع - أو هي التي طعنت في الثالثة من عمرها.</p> <p>٢٥ حقة : وهي التي بلغت أن يحمل عليها أو هي التي طعنت في الرابعة من عمرها.</p> <p>٢٥ جذعة : ما طعنت في الخامسة من عمرها.</p>	<p>الدية المغلظة عند الحنفية</p>
<p>٣٠ جذعة : طعنت في الخامسة.</p> <p>٤٠ خلفه : والخلفة هي الحامل.</p> <p>٣٠ حقة : طعنت في الرابعة.</p>	<p>الدية المغلظة عند الشافعية مثلثة، وهي رواية عن أحمد</p>

وعند مالك في حال العمد والخطأ عند التخفيف:

<p>كالحنفية</p>	<p>٢٥ بنت مخاض ٢٥ حقة ٢٥ جذعة ٢٥ بنت لبون</p>	<p>مالك</p>
<p>كالشافعية</p>	<p>٣٠ حقة ٣٠ جذعة ٤٠ خلفه</p>	<p>وعند التغلبيظ مثلثة</p>

ومن الأقوال السابقة يتبين أن الشارع حين جعل الدية من الإبل أو من غيرها لم يرد أن تكون منها عينا بحيث لا تؤخذ من غيرها من الأموال بل المراد أنها كما تؤخذ مما عينه من الأصناف تؤخذ من غيرها مع مراعاة قيمة ما قدره الشارع، كما دل على ذلك قول عمر الذي أشرنا إليه. ومن ذلك يتبين أن مقدار الدية لا يتغير بتغير الزمن والأسعار إذا ما أخذت الدية من الأصناف التي جعلها الشارع أصلا في تقديرها. أما إذا أخذت من غير هذه الأصناف فإنها تزيد وتنقص تبعا لاختلاف أسعار ما قدره الشارع من الإبل.

وقد اتفق الفقهاء على أن دية الرجل الحر المسلم مائة من الإبل في مال القاتل العامد إذا منع من القصاص مانع ثم اختلفوا هل هي حالة أو مؤجلة فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنها حالة، وقال أبو حنيفة هي مؤجلة في ثلاث سنين على ثلاث أقساط وهي في هذه الحالة خمس وعشرون بنت مخاص ومثلها بنت لبون ومثلها حقاق ومثلها جذاع وهي الدية المغلظة.

ويذهب الشافعي إلى أنها في هذه الحال ثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وثلاثون حقة؛ وهي رواية عن أحمد.

وذهب مالك إلى أن الدية في هذه الحالة، وكذلك في حال الخطأ خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون، وعندئذ تجب حالة إلا أن يشترط التأجيل فيهما فتتجم في ثلاث سنين كدية الخطأ، وتغلظ إذا كان القاتل أصلا لفرعه ولو كان الأصل مجوسيا إذا امتنع القصاص لمانع - وضابط ذلك عدم قصد الأصل إزهاق الروح فإن قصده كأن أضجعه وذبحه فالواجب القصاص وفي هذه الحالة تكون الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها.

وأما دية شبه العمد فهي عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأحمد كدية العمد المحض عند الإمام وأبي يوسف. واختلفت الرواية عن مالك؛ ففي رواية: لا دية فيه على الإطلاق، وفي رواية أخرى أنها تجب في مثل قتل الأب ابنه على وجه الشبهة دون العمد وهي مثلية كما تقدم، وقال الشافعي: الدية في هذه الحالة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وهو قول محمد.

وأما دية الخطأ وما أجرى مجراه فقال أبو حنيفة وأحمد: هي خمس وعشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض. وقال مالك والشافعي: هي كذلك إلا أنهما جعلتا مكان ابن مخاض ابن لبون والدية في هذه الحال مؤجلة على ثلاث سنوات عند الجميع.

واختلفوا في الدراهم والدنانير أتؤخذ منها الديات؟ فذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك إلى أنها تؤخذ منها ولو مع وجود الإبل، وقال الشافعي لا يعدل عن الإبل إذا وجدت إلا بالتراضى فإن أعوزت ففي ذلك قولان القديم منها يعدل إلى أحد النقيدين أن من الذهب ألف دينار وأن من الفضة اثنا عشر ألف درهم، والجديد منهما لا يعدل عن الإبل عند إعوازها إلا إلى قيمتها وقت القبض زادت أم نقصت، واتفقوا في الدية من الذهب عند جواز العدول إليه على أنها ألف دينار، واختلفوا في الدية من الفضة فقال أبو حنيفة: عشرة آلاف درهم وزن سبعة مثاقيل، وقال مالك والشافعي وأحمد: اثنا عشر ألف درهم لقضاء عمر بذلك في محضر من الصحابة من غير إنكار منهم. واختلفوا في البقر والغنم والحلل أهي أصل في الدية فيكون الواجب منها مائتي حلة كل حلة إزار ورداء. أم ليست أصلاً وإنما تؤخذ على وجه القيمة، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: ليس شيء من البقر والغنم والحلل أصلاً في الدية ولا مقدارا وإنما يرجع إليه بالتراضى على وجه القيمة، وقال أحمد: البقر والغنم أصلان مقدران في الدية فمن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة وإلى هذا ذهب الصحابان كما ذهبوا إلى أن أخذها من الحلل مقدر بمائتي حلة كل حلة ثوبان.

ولا تغليظ للدية إلا من الإبل لأن الشرع ورد بذلك، والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً. ذهب إلى ذلك الحنفية وهو مذهب أحمد كما في «كشاف القناع».

واختلفوا فيما إذا حدث القتل في الحرم أو أقدم الجاني على القتل وهو محرم أو في شهر حرام أو قتل ذا رحم محرم منه، فقال أبو حنيفة: لا تغلظ الدية في حال من هذه الأحوال، وقال مالك لا تغلظ في هذه الأحوال إلا في حال قتل الوالد لولده - كما تقدم - وعندئذ يكون تغليظها من الإبل بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه، أما في الذهب والفضة ففيه روايتان إحداهما لا تغليظ فيهما والأخرى تغلظ. وفي صفة تغليظها عنه روايتان إحداهما أنه يلزم الجاني من الذهب والورق قيمة الدية المغلظة من الإبل بالغة ما بلغت بشرط ألا تنقص في الذهب عن ألف دينار وفي الفضة عن اثني

عشر ألف درهم. ثانيتهما أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ من القيمة فيجعل جزءاً زائداً على دية الذهب أو الورق.

وقال الشافعي: تغلظ الدية في القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم، أما في الإحرام ففيه وجهان أظهرهما أنها لا تغلظ. وثانيهما أنها تغلظ بالأسنان فقط لا بالاثمان، وقال أحمد: تغلظ الدية في تلك الأحوال كلها وصفته إن كان الضمان بالذهب أو بالفضة أن تزداد بقدر ثلث الدية، وذهب الخرقي إلى أنه لا تغليظ فيها، وإن كانت بالإبل فقياس مذهبه أن التغليظ فيها يكون بزيادة القدر لا بالسن^(١).

وكل هذه الأقوال مرجعها إلى الآثار المروية على اختلاف فيما بينها. هذا، ولا يقبل من الإبل معيب ولا أعرج ولا يجب أن تكون من جنس إبله ولا من جنس إبل بلده. وذهب الحنابلة وأصحاب الشافعي إلى أن الواجب من جنس إبل من تجب عليه سواء أكان هو القاتل أم العاقلة؛ لأن وجوب الدية على سبيل المواساة فوجب أن تكون من جنس مالهم كالزكاة وإذا كان لدى من وجبت عليه الدية صنفان من الإبل أخذ من كل صنف بقسطه، وقيل يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء وإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثله جاز وإن كان أدون لم يقبل منه إلا أن يرضى المستحق للدية.

ودية المرأة على النصف من دية الرجل باتفاق، وروى ذلك موقوفاً على علي كما روى مرفوعاً إلى النبي ﷺ. وقال الشافعي ما دون ثلث الدية لا يتصف وذلك عام في النفس والأطراف. وتحملها العاقلة من غير خلاف في حال الخطأ أو في حال العمد إذا منع من القصاص مانع ولا تحمل العاقلة من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل فأقل من ذلك وقد أشرنا إلى ذلك.

ودية المسلم والذمي سواء عند الحنفية، وقال مالك دية اليهودي والنصراني على النصف من دية المسلم في العمد والخطأ، وقال الشافعي: دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم في العمد والخطأ. وقال أحمد: دية اليهودي أو النصراني إذا كان لكل منهما عهد وقتله المسلم عمداً مثل دية المسلم وإن قتله خطأ ففيه روايتان إحداهما: ثلث دية المسلم. والثانية: نصف دية المسلم وهي اختيار الخرقي.

(١) كشف القناع ج٤ ص١٨.

واختلفوا في دية المجوسى فقال أبو حنيفة ديته نصف دية المسلم في العمد والخطأ، وقال مالك والشافعى ديته ثمانمائة درهم في العمد والخطأ. وقال أحمد في الخطأ ثمانمائة درهم وفي العمد ألف وستمائة درهم.

واختلفوا في ديات نساء أهل الكتاب والمجوس، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: دياتهن على النصف من ديات رجالهن لا فرق بين الخطأ والعمد. وقال أحمد: دياتهن على النصف من ديات رجالهن في الخطأ. أما في العمد فكديات رجالهن.

واختلفوا في العبد إذا قتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت، فقال أبو حنيفة: تجب قيمته بحيث لا تزيد على دية الحر بل تنقص عشرة دراهم عن دية الحر إذا بلغت دية الحر أو زادت. وقال مالك والشافعى وأحمد في أظهر روايته التي اختارها الخرقى: تجب قيمته بالغة ما بلغت. وعن أحمد رواية أخرى تجب قيمته بحيث لا يبلغ بها دية الحر ولم يقدر مقدار النقصان.

واختلفوا في العبد إذا جنى جنابة عمد فقال أبو حنيفة والشافعى وأحمد في أظهر روايته: ولى المجنى عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو على مال وليس له العفو على رقة العبد واسترقاقه ولا يملكه بجنابته. وقال مالك وأحمد في رواية أخرى: يملكه ولى المجنى عليه بالجنابة فإن شاء قتله قصاصا وإن شاء استرقه وإن شاء أعتقه، غير أن مالك يشترط أن تكون الجنابة قد ثبتت بالبينة لا بالإقرار فإن ثبتت بالإقرار لم يكن له إلا استرقاقه وإذا اصطدم الفارسان الحران فماتا قال مالك وأحمد: على عاقلة كل منهما دية الآخر كاملة، وعن أصحاب أبي حنيفة فيها روايتان إحداهما ما سبقت، والأخرى على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وهو قول الشافعى.

واختلفوا في الحر إذا قتل عبدا خطأ فقال أبو حنيفة: قيمته على عاقلة الحر، وقال مالك وأحمد: قيمته في مال الحر الجانى، وعن الشافعى القولان السابقان.

الأرش

معنى الأرش: يطلق الأرش في اللغة على الدية وعلى الخدش وهو الجرح والخمش، وعلى طلب الأرش أى الدية كما يطلق على الرشوة وما نقص العيب من الثوب؛ لأنه سبب لوجوب الأرش أى العوض، وعلى الخصومة بين شخصين وما يدفع من المال بين السلامة والعيب فى السلعة وعلى الإعطاء.

وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس.

والأرش فى الشرع المال الواجب فيما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل.

والأرش نوعان: أرش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل وأرش غير مقدر وهو ما لم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك للقاضى تقديره، ويطلق عليه اسم حكومة العدل. وفيما يلى بيان ما يجب فيه الأرش من الجناية على ما دون النفس.

الأصل وجوب القصاص فى قتل النفس وفى الجروح ما لم يمنع من ذلك مانع؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿... كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلِ...﴾ [١٧٨] ﴿البقرة﴾ وقوله: ﴿... وَالْجُرُوحِ قِصَاصٌ...﴾ [٤٥] ﴿المائدة﴾ وموانع القصاص عديدة ليس هذا موضع بيانها إذ بيانها فى الكلام على أحكام القصاص. وإذا امتنع القصاص فى الجروح بسبب من الأسباب المانعة منه كان الواجب عندئذ الأرش، وقد يكون مقدرا بنص الشارع وقد يكون غير مقدر وهو حكومة العدل، وفيما يلى بيان ذلك:

والكلام فى الجناية على ما دون النفس يتناول موضوعين أحدهما: بيان أنواعها، وثانيهما: بيان حكم كل نوع منها. وأنواعها أربعة: أحدها: إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف، وثانيها: ذهاب منافع الأطراف مع بقاء أعيانها، وثالثها: الشجاج، ورابعها: الجراح.

أما النوع الأول فمقطع اليد والرجل والأصبع واللسان وفقء العينين وقلع الأسنان ونحو ذلك. وأما النوع الثاني فكتفويت السمع والشم والذوق والكلام والجماع والبطش، وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة. ونحوها مع قيام محالها، ويلحق بهذا النوع إذهاب العقل، وأما النوع الثالث فالشجاج وهي إحدى عشرة شجة. أولها. الخارصة التي تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم، ثم الدامعة وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل، ثم الدامية وهي التي يسيل منها الدم، ثم الباضعة وهي التي تقطع اللحم أى تقطعه، ثم المتلاحمة وهي التي تذهب فى اللحم أكثر من الباضعة. هكذا روى عن أبى يوسف. وقال محمد: المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي تلاحم منها الدم وأسود، ثم السمحاق وهي الشجة التي بلغت الجلد الرقيقة فوق العظم وهو اسم لجلدة رقيقة فوق عظم الرأس أيضا، ثم الموضحة وهي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم وتظهره، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم، ثم المنقلة وهي التي تنقل العظم بعد كسره، ثم الآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت عظم الدماغ، ثم الدامغة «وهي التي تخرق تلك الجلد» المذكورة، ولم يذكر محمد من هذه الشجاج الخارصة والدامغة؛ لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة. والشجة إذا لم يبق لها أثر لا حكم لها فى الأرش. والدامغة لا يعيش معها صاحبها عادة بل تتحول إلى إتلاف نفس.

وأما النوع الرابع وهو الجراح فتوعان جائفة وغير جائفة؛ فالجائفة هي التي تصل إلى الجوف ولا تكون فى اليدين والرجلين والرقبة - كما لا تكون الشجة إلا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم كالجبهة ونحوها، ولا تكون الآمة إلا فى الرأس والوجه وفى المواضع التي يتخلص منها إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات وجزاؤها إلا فى هذه المواضع.

وأما أحكام هذه الأنواع فمختلفة لأن منها ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه أرش مقدر ومنها ما يجب فيه أرش غير مقدر - فهذه أربعة أنواع:

(١) والذي يجب فيه القصاص منها هو ما استجمع شرائط وجوب القصاص وهي أن يكون الجانى عاقلا بالغا متمعدا مختارا وأن يكون المجنى عليه معصوما غير جزء للجانى ولا مملوكا له وأن تكون الجناية مباشرة لا بطريق التسبب، وتحقق المماثلة بين

المحلين في المنافع والفعالين وبين الأرشين؛ لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن وعدمها بمنع القصاص، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا...﴾ [المائدة: ٤٥] والآية وإن كانت تحكى ما فى التوراة إلا أنها حكاية لم يعقبها الشارع بإنكار فكانت شريعة لنا كذلك، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ...﴾ [النحل: ١٦٦]. ومن الشروط كذلك أن يكون المثل ممكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل مع تعذره ممتنع، ولذا لا يؤخذ عضو إلا بمثله فلا تؤخذ اليد بالرجل ولا الإبهام بالسبابة ولا اليد اليمنى باليد اليسرى.. وهكذا الحكم فى الأسنان وسائر الأعضاء، ولا يؤخذ العضو الصحيح إلا بالصحيح فإذا امتنع ذلك سقط القصاص ووجبت الدية: والقاعدة العامة فى ذلك وجوب الدية فى مواضع القصاص عند امتناعه لمانع، ولذا لا قصاص فى القطع من لحم الساعد ولا فى القطع من العضو والساق والفخذ ونحوها لعدم إمكان المماثلة بين الفعلين، وإذا كان المانع فى جانب الجانى بأن كان العيب المانع من المماثلة فى طرف الجانى كان المجنى عليه مخيرا بين القصاص وأخذ الدية لأن حقه فى المثل السليم وهو غير موجود فإن شاء رضى ببعض حقه فيه فاقصص وإن شاء انتقل إلى الدية وهى الأرش باعتبارها كل حقه عند امتناع القصاص. وإذا أراد المجنى عليه القصاص على أن يضم إليه قيمة النقص فليس له ذلك عندنا، وقال الشافعى: له ذلك كما لو أتلف له عدد من ثيابه فوجد مثل بعض التالف ولم يجد مثلا للباقي فإنه يأخذ ما وجد من المثل وقيمة ما لم يجد له مثلا.

وللحنفية أنه قادر على استيفاء أصل حقه وليس يفوته مع ذلك إلا الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصا كان ذلك منه تنازلا عن الصفة كما إذا رضى عن تالف بمثل أقل منه جودة لم يكن له طلب زيادة عليه.

ولو ذهبت الجارحة المعينة قبل طلب قطعها بطل حق المجنى عليه فى القصاص لزوال محله ووجب الأرش إن كان قطعها يحق كقطع اليد بسبب السرقة ولا أرش له إن قطعت بسبب سماوى أو قطعت ظلما، وقال الشافعى له الأرش فى الحالين.

وللحنفية فى الفرق بين الحالين أنها تعتبر موجودة حكما إذا ما قطعت بحق كحق السرقة؛ لأنه فى هذه الحال قضى بطرفه حقا مستحقا عليه قضاء فكان كأنه قائم وتعذر القصاص مع قيامه فيجب الأرش كاملا، ولا قصاص إذا ما تعدد الجانى وكانت جنايتهما

واحدة كما إذا قطع اثنان يد رجل بل يكون عليهما الأرض نصفين خلافا لأبي يوسف إذ لا مماثلة بين قطع أيد بيد أو أرجل برجل. ولا يجرى القصاص بين طرفي الذكر والأنثى والحر والعبد لاختلاف الأرض؛ وذلك لعدم معرفة التساوي في الأرض عندئذ لأن أرض الذراع حكومة العدل وذلك بالحرز والظن فلا يعرف التساوي بين أرضهما لاختلاف الحرز.

وأما الشجاج فلا خلاف في وجوب القصاص في الموضحة لإمكان الاستيفاء مع المماثلة؛ إذ لها حد تنتهي السلاح إليه وهو العظم، ولهذا لا دية فيها إلا إذا منع من القصاص فيها مانع وكذلك لا خلاف في أنه لا قصاص فيها بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيها على وجه المماثلة، أما ما قبل الموضحة ففي الأصل لمحمد أن القصاص يجب في الموضحة والسحق والباضعة والدامية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص في ذلك ما عدا الموضحة وعن النخعي ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة العدل.

(٢) وأما ما يجب فيه دية كاملة من الجراح فهو ما أدى منها إلى وفاة المجرور عند امتناع القصاص، وفيه القصاص إذا توفرت شروطه وإذا لم يؤد إلى وفاة المجرور فلا قصاص، وبناء على ذلك لا قصاص بين الذكر والأنثى في الأطراف لعدم المماثلة، ولذا كان الواجب في الجرح عندئذ المال على حسب ما يأتي ولا بين أطراف الحر والعبد لعدم المماثلة في الأرض، فالأرض في الأحرار مقدر شرعا وفي العبيد الواجب فيها القيمة، وقد يختلفان إذا تساويا فأحدهما مبناه الحذر والظن وهو الواجب في جروح العبيد، وذلك ما تختلف فيه الأنظار بخلاف الأرض الواجب في الأحرار وذهب الشافعي إلى أن المساواة في الأرواح غير معتبرة في جروح الأحرار. لجريان القصاص بينهم في النفس فيجرى كذلك في الأطراف وكذلك بين الذكر والأنثى الحرين. ويرى الحنفية أنه لا مماثلة بين أرضيهما فلا قصاص لذلك بين طرفيهما وكذلك لا قصاص بين طرفين صحيح وأشل ولا بين الأظافر لانعدام المساواة في الأرض. فأرش الأظافر مرده إلى الحكومة وهي قائمة على الحذر والظن وذلك ما تختلف فيه الأنظار.

ما يجب في الجروح - تجب الدية إذا ترتب على الجناية فوات المنفعة المقصودة عن العضو على الكمال؛ وذلك إما بإبادة العضو أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته.

وأما ما يجب بإبائه الدية من أعضاء الجسم فثلاثة أنواع: نوع لا نظير له في الجسم، ونوع في الجسم منه اثنان، ونوع في الجسم منه أربعة.

أما ما لا نظير له في الجسم فسته أعضاء وهي الأنف واللسان إذا ذهب بقطعه أو بقطع بعضه الكلام والذكر والصلب إذا أهدوب بالضرب وانقطع المنى ومسلك البول ومسلك الغائط، وفي المرأة إذا حصل بالجناية الإفضاء؛ ففي كل واحد منها الدية كاملة.

وما في الجسم منه اثنان: العينان والأذنان والشفتان والحاجبان إذا ذهب شعرهما والثديان والحلمتان والأثنيان ففي كل اثنين منها الدية كاملة وفي أحدهما نصف الدية.

وما في الجسم منه أربعة فنوعان أحدهما أشفار العينين إذا لم تنبت الأهداب ففي كل شعر منها ربع الدية، والثاني الأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت.

وأما ما تجب الدية بذهاب منفعته مع بقاء صورته فذلك ما يتمثل في ذهاب العقل أو البصر أو الشم أو الذوق أو الجماع أو الأحبال بضربة تصيب الجسم، فلو ضرب إنسان آخر فترتب على ذلك زوال منفعة من هذه المنافع وجبت الدية كاملة بأن ذهب عقله أو سمعه أو بصره أو سقط شعره؛ لأن هذه منافع مقصودة وقد فاتت كلها فتجب الدية، وقال الشافعي: لا يجب في سقوط الشعر إلا حكومة عدل ذلك لأنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس لأنها بدلها إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين إذ تفويت منفعة الجنس تكون عنده النفس تالفة من وجه فوجبت لذلك الدية وليس يوجد ذلك في حلق الشعر فتجب فيه الحكومة.

ولأبي حنيفة أن في فوات الشعر فوات جمال مقصود فيشبه فوات بعض الأعضاء فوجبت لذلك الدية.

شروط وجوب الدية في الجراح:

ولا تجب الدية فيما تقدم إلا بشروط:

(١) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص، فأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ بالنظر إلى وجوب الدية فيه.

(٢) أن يكون المجنى عليه ذكراً فإن كان أنثى كان الواجب دية الأنثى وهي نصف دية الذكر سواء أكان الجاني ذكراً أم أنثى.

(٣) أن يكون الجاني والمجنى عليه حرين فإن كان المجنى عليه رقيقاً، فالواجب في ذلك القيمة على قول أبي حنيفة، وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال كل شيء من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة، وكذلك الجراحات، وعموم هذه الرواية يقضى بأن كل شيء من الحر فيه قدر من الدية ففيه من العبد ذلك القدر من قيمته لا فرق بين ما يقصد به المنفعة كالكيد وما يقصد به الجمال والزينة كالحاجب والشعر.

والحاصل أن ما يقصد به المنفعة فيه القيمة رواية واحدة، وما يقصد به الزينة فيه روايتان: إحداهما عن محمد أن الواجب فيه ما نقصه العبد بأن يقوم مع الجناية عليه ثم يقوم سليماً ليس به الجناية ويغرم الجاني الفرق بين القيمتين، وإلى هذا ذهب أبو يوسف في أحد قوليهِ. والرواية الأخرى في ذلك وجوب قيمة العبد كلها؛ ووجه هذه الرواية أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما وجبت دية الحر كلها في مثل ذلك وجبت قيمة العبد كذلك، وعند وجوب القيمة يرى أبو حنيفة أنها لا تصل إلى الدية فتساويها بل يجب أن تنقص عنها بعشرة دراهم على الأقل وهو القدر المعتبر في نصاب حد السرقة أو في المهر.

وأما ما يجب فيه الأرش المقدر من الشارع فالقاعدة فيه:

أن كل اثنين يجب فيهما دية كاملة يكون الواجب في أحدهما نصف الدية كإحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت الأهداب والشفتين والأثنين واليدين والحلمتين يستوى في ذلك اليمين واليسار؛ لأن حديث عمرو بن حزم لم يفصل بينهما وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية وهي سواء في ذلك، وسواء في ذلك أقطع الأصابع وحدها أم قطع الكف معها، والشلل كالقطع لفوات المقصود وفي كل مفصل من أصبع فيه ثلاثة مفاصل ثلث دية الأصبع فإن كان فيه مفصلان فتصفها وهكذا. وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان في ذلك كلها سواء ولو ضرب رجلاً ضربة فألقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة أخماس الدية؛ لأن الأسنان ٣٢ في كل سن نصف عشر الدية فجملة ديتها $٣٢ \times \frac{1}{٢} = ١٠٦$ من الدية.

وأما الشجاج ففي الموضحة إذا برئت وبقي لها أثر خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المثقلة خمسة عشر، وفي الأمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة أرش مقدر، وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها عند أبي

حنيفة، وقال أبو يوسف: فيها حكومة الألم، وقال محمد: فيها أجرة الطيب ولا ضمان في الضرب إذا لم يترك أثرا وإن كان موجعا.

ومن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله وجب عليه الدية كاملة، وفي دخول أرش الموضحة في هذه الدية قال الطرفان لا يدخل إلا في دية الشعر والعقل، وقال أبو يوسف: يدخل في دية الجميع إلا في دية البصر وقال زفر: لا يدخل في شيء من ذلك أصلا. فالجنايتان مختلفتان، ولكل أرش مستقل. ولأبي يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيها أرش الموضحة كالعقل بخلاف البصر، وهذا الفرق منقوض بالشعر لأنه ظاهر ويدخل فيه أرش الموضحة. ولأبي حنيفة ومحمد أن التفرقة بين الشعر والعقل وبين غيرهما بينة ففي الشعر والعقل أصابت الجناية عضوا واحدا هو الدماغ بفعل واحد وبسبب واحد؛ فالذي حدث من الجاني هو فعل واحد ووجوب الأرش بسبب فوات الشعر وذلك متحقق في الموضحة ولا يضير أن الفاتت فيها أقل مساحة، ألا يرى أنه إذا قطع رجل أصبع آخر فشلت اليد بسبب ذلك دخل أرش الأصبع في دية اليد؟ كذلك هذا، وفي العقل تحب دية النفس كلها لفواتها معنى بفوات العقل فدخل فيها أرش الموضحة كما في تلف النفس بطريق السراية من موضحة. أما السمع والبصر فإن سبب الوجوب في كل منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب، وامتنع لذلك التداخل. وتدخل دية هذه الأشياء كلها في دية النفس عند السراية إليها.

والشجاج كلها سواء في التداخل قلت أو كثرت إذا لم يتجاوز أرشها الدية وإلا زيد على الدية بقدر زيادة الأروش عنها فلو كانت الشجاج أربع أو أن ذهب بسببها الشعر كان الواجب دية وثلاث بعد سقوط قدر الدية من ديات الشجاج لتداخله في الدية الواجبة بسبب سقوط الشعر.

وذهب زفر إلى أنه لا تداخل والواجب عندئذ ديتان وثلاث دية ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه نظر إلى أرش الموضحة وإلى حكومة العدل الواجبة في الشعر فإن كانا سواء أو كان أرش الموضحة أقل من حكومة العدل لم يجب إلا أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر دخل الأقل في الأكثر أيهما كان لأنهما واجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة.

وإذا قطع الكف وفيه ثلاثة أصابع فأكثر وجبت دية الأصابع ولا شيء في الكف لأنه تبع، وإذا كان فيه أقل من ثلاثة أصابع وجب أرش ما بقي منها فيه وإن كان مفصلا

واحدا، ولا يجب في الكف شيء عند أبي حنيفة؛ لأن الأصل عنده أنه إذا بقي في الكف شيء من الأصابع له أرش معلوم، ولو كان مفصلا واحدا دخل أرش الكف في أرش ما بقي من الأصابع. وعندهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة العدل الواجبة في الكف وإلى أرش ما بقي من الأصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما، ولو قطع اليد مع الذراع ففي الكف مع أصابعها الدية وفي الذراع حكومة العدل في قول الطرفين، وقال أبو يوسف: يدخل أرش الذراع في دية اليد، وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو اليد من العضد أو الرجل من الفخذ فعند أبي حنيفة ومحمد أصابع اليد لا يتبعها إلا الكف فلا يدخل في أرشها إلا أرش الكف وأصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في أرشها إلا أرش القدم، وعند أبي يوسف أن ما فوق الكتف من اليد يتبع وكذلك ما فوق القدم من الرجل فيدخل أرش التبع في المتبوع.

وأما سائر جراحات البدن إذا برئت وبقي لها أثر ففيها حكومة العدل وإن لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة، أما إذا مات منها المجنى عليه سراية وكانت خطأ وكان المحدث لها أكثر من شخص واحد وكانت كلها مضمونة فالدية على من أحدث بعددهم ولا عبرة بعدد الجراحات فهي نصفان بين الجارحين وأثلاثا بين ثلاثة أحدثوا الجراح دون نظر إلى عدد الجراح من كل منهم وإن كان بعض الجراحات مضمونا وبعضها غير مضمون فالحكم كما يأتي: إذا جرح المجنى عليه شخص وسبع «فمات المجنى عليه فعلى الرجل نصف دية والنصف الآخر هدر لأن جناية العجماء هدر ولا عبرة في هذا أيضا بعدد الجراحات مع ملاحظة جعل الجراحات غير المضمونة كلها وهي التي ليس لها حكم يلزم محدثها كجراحة واحدة يهدر بها نصف الدية.

وهذا إذا كان المجنى عليه حرا ذكرا فإن كان أنثى حرة فالواجب في دية جروحها على النصف من الواجب في جروح مماثلة لها من الحر الذكر لأنه إذا نصف بدل النفس إجماعا فكذا ينصف بدل ما دونها. وذهب أهل المدينة إلى أن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها فأرشها أرش الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد على الثلث تنصف أرشها.

ولكن القول بما ذهب إليه أهل المدينة يؤدي إلى قلة الأرش عند كثرة الجناية وذلك غير معقول، وإلى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة الرأي فقد سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة فقال: فيها عشر من الإبل، قال: فإن قطع ثلاثة؟ قال: ففيها ثلاثون من الإبل. قال: فإن قطع أربعة؟ قال: ففيها عشرون من الإبل. فقال

ربيعة: لما كثرت جراحها وعظمت مصيبتها قل أرشها. فقال سعيد: أعراقي أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال: هكذا السنة يابن أخى يعنى سنة زيد بن ثابت. واستناد سعيد إلى سنة زيد يدل على عدم ثبوت ما روى في ذلك من حديث يؤيده وإلا لأحال على سنة رسول الله ﷺ.

أرش الجنين:

إذا ضربت حامل على بطنها فألقت جنينا وهو حر كانت فيه الغرة عبد أو أمة سواء ألقته حيا أم ميتا متى كان قد استبان بعض خلقه فظهر أنه جنين، فإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه حيثئذ مضغة ولا فرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى. وقد روى عنه ﷺ أحاديث تقضى بذلك منها أنه قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم وكان ذلك بيانا للغرة وتقديرا لها.

وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة بستمائة درهم وذلك للاتفاق على أن الواجب في الجنين نصف عشر الدية والدية تختلف في قدرها بين عشرة آلاف واثني عشر ألف درهم وتجب الغرة على العاقلة لما رواه المغيرة بن شعبه قال: كنت بين جاريتين فضربت إحدهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين. وهي ميراث بين ورثة الجنين عند عامة العلماء، وقال مالك: لا تورث وهي للأم خاصة ولا كفارة عار الضارب وأما إذا ألقته حيا ثم مات فالدية كاملة على الضارب. وعليه الكفارة لما تحقق أن ذلك قتل لنفس في معنى الخطأ. وإذا خرج الجنين بعد موتها ميتا ففي الأم الدية ولا شيء في الجنين خلافا للشافعي، ووجه قول الحنفية أن موت الجنين يحتمل أن يكون بسبب موت الأم، ويحتمل أن يكون بسبب الضرب وإنما عرف الضمان بالنص في حال مخصوصة وهي ما إذا خرج ميتا قبل موت الأم فيقتصر على ما ورد فيه النص.

ما تحمله العاقلة من الأرش:

إذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس نصف عشر الدية فصاعدا تحمله العاقلة وهو خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الإناث، أما فيما دون ذلك فلا تحمله العاقلة عند الحنفية؛ إذ إن تحملها على خلاف القياس وإنما صرنا إليه بحديث الغرة وهي نصف عشر الدية، أما ما دون ذلك فلا يتناوله هذا الحديث فبقى على الأصل فلا تحمله العاقلة.

وقال الشافعي: تحمل العاقلة القليل كما تحمل الكثير لأنها إنما حملت لمعنى النصرة منها وذلك متحقق في القليل والكثير ثم ما بلغ نصف عشر الدية إلى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة. أما ما زاد على ذلك فيؤخذ في السنة الثانية إلى ثلثيها وما زاد على ذلك ففي الثالثة مراعاة لحكم الدية كاملة.

وأما ما فيه حكومة العدل وهو ما لم يقدر له الشارع أرشا ففيما يلي بيانه.

جاء في شرح الدر وابن عابدين عليه من كتاب الدية حكومة العدل إن كانت مثل أرش الموضحة أو دونها لا تتحملها العاقلة، وإن كانت أقل من ذلك فلا دية فيه عند أصحابنا واختلف في ذلك المتأخرون فقال شيخ الإسلام: الصحيح عدم تحمل العاقلة ذلك، كذا «التارخانية» ويقابله أن العاقلة تتحملة^(١).

أحكام العفو عن الدية وما يترتب عليه؛

إذا وقعت الجناية فتعين الجزاء فيها مالا دية أو أرشا كان لمن له الحق فيه أن يعفو عنه وأن يبرئ منه وكان لذلك حكم الإبراء من الدين ومراعاة وقته من أنه وقت صحة أو وقت مرض إذا كان العفو أو الإبراء عن المال عند وجوبه؛ فإن كان العفو عن القطع الذي يوجب المال سواء كان ذلك بنص الشارع أو بحكومة العدل فإما أن يكون عفواً في حال العمد أو في حال الخطأ، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون عن القطع وحده وإما أن يكون عن الجناية بأن قال عفوت عن هذه الجناية أو عن القطع وما يحدث منه.

إن كانت الجناية عمداً وقال المجنى عليه عفوت عن القطع لا يكون ذلك عفواً عن سرايته إذا سرى فترتب عليه الموت عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه وعلى ذلك يضمن القاطع الدية عنده، وهذا هو الحكم في العفو عن الشجة أيضاً. وقال صاحبان يكون ذلك عفواً عن النفس أيضاً فلا ضمان إذا مات لأن العفو حينما يضاف إلى الفعل من القطع أو الشجة لا يراد منه إلا موجه لأن الفعل نفسه لا يحتمل العفو وموجهه، أما ضمان الطرف المقطوع إن اقتصر القطع فلم يسر وأما ضمان النفس إن سرى فصار ذلك كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه؛ ولأن اسم القطع أو الشجة يتناول السارى منهما والمقتصر لأنه جنس يشمل العفو عنه ما يترتب على كل منهما كما إذا أمر إنسان آخر بقطع يده فقطعها وسرى ذلك إلى النفس لم يجب له شيء لأن إذنه بالقطع يتناوله فكذلك العفو عنه يتناول ما يحدث منه وكثيراً ما يذكر السبب ويراد به المسبب.

(١) ابن عابدين على الدردير ج ٥ ص ٤١٦.

وقال أبو حنيفة: إن حق المجنى عليه في القتل دون القطع وبالسرارية تعين أن الجناية قتل منذ البداية ومع ذلك يكون عفوه عن القطع عفوا عن غير حقه فبطل، وتجب الدية ولم يجب القصاص للشبهة التي أورثها إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر، وكذلك الحكم إذا كانت الجناية خطأ حتى إذا قال المجنى عليه عند قطع يده عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده، ولو قال: عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالإجماع، حتى إذا مات من هذا القطع لم تجب دية غير أنه يعتبر عفوه من ثلث التركة لأن موجب المال، وقد حدث في مرض موته لتعلق حق ورثته به كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان القطع عمدا حيث يصح العفو من جمع المال لأن موجب عندئذ القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال.

القسامة

يطلق اسم القسامة في اللغة على اليمين والقسم وعلى الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه أو يشهدون وعلى الأيمان. يقال: حكم القاضي بالقسامة أي باليمين، كما يطلق على أولياء الدم وعلى أيمانهم، وعن هذا أطلق فقط على الأيمان التي يحلفها أولياء الدم عندما يدعون القتل على غيرهم وعلى أيمان من ادعى عليهم إزهاق نفس على الصورة الآتية بيانها:

إذا وجد قتيل في محلة أو دار أو في موضع قريب من المحلة بحيث يسمع صوت من يصيح فيه من بالمحلة ولم يعرف قاتله كان لأولياء دم هذا القتل أن يتخيروا من أهل هذا المكان الذي وجد فيه خمسين رجلا يعرض على كل منهم بناء على دعوى أولياء الدم وطلبهم أن يحلف بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا، فإذا حلفوا غرموا الدية. ومن نكل منهم حبس إلى أن يحلف أو يقر، وهذا عند الحنفية.

ولا قسامة إلا بعد دعوى على أهل المكان بالقتل وطلب لأيمانهم وذلك بعد أن يكون الذي وجد قتيلًا وذلك بأن يكون به أثر القتل من جراحة أو خنق أو أثر ضرب أو نحو ذلك مما يدل على أنه قتل، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة ولا دية إذ الظاهر أنه حيثئذ ميت حتف أنفه، ويجب أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتل مملوكا لأحد أو في يد أحد وإلا فلا قسامة ولا دية، ولذا لا قسامة إذا وجد في موضع لعامة الناس أو لجماعة لا يحصون لأن القسامة إنما وجبت واستتبعت الدية لظهور تقصير أهل هذا الموضع في المحافظة عليه وفي حراسته حتى وقع فيه ما وقع، فإذا لم تكن الحراسة

مطلوبة من أحد بعينه فلا تقصير ولا قسامة، ولذا لا قسامة في قتل وجد بالمسجد الجامع ولا في طريق عام ولا في حبس عام، وعندئذ تجب الدية في بيت المال لأن تديير أمر هذه المواضع العامة إلى السلطان فكانت الدية في الأموال العامة.

وإذا لم يكن من أهل الموضع خمسون رجلاً تكرر الأيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا؛ لفضاء عمر رضى الله عنه بذلك بمحضر من الصحابة مع عدم إنكار أحد منهم. ولا قسامة فيما دون النفس من الجنائيات.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية، وقد استدلوا بما روى عن زياد بن أبي مريم قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ قال: إني وجدت أخى قتيلاً في بنى فلان، فقال عليه الصلاة والسلام: «اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً»، فقال: يا رسول الله أليس لى من أخى إلا هذا فقال ﷺ: «بل لك مائة من الإبل» فدل ذلك الحديث على أن القسامة واجبة على أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة.

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد قتيلاً في محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يجاورها بلد كبير أو في قرية صغيرة يسكنهما أعداء له أو أعداء لأهله وكان هناك لوث - والمراد به قرينة حالية أو مقالية تؤيد صدق المدعى للدم في دعواه القتل على أحد من أهل هذا الموضع - كان لورثته الحق في القسامة بشرط ادعاء القتل على شخص معين منهم مع بيان صفته من عمد أو خطأ وانفراد به أو اشتراك مع غيره فيه فيحلف المدعى خمسين يمينا على أن قاتله فلان عمداً أو خطأ، ولا يشترط تواليها على المذهب، وإذا تعدد الورثة بأن كان له أكثر من وارث وزعت الخمسون عليهم بحسب الإرث. وفي قول: يحلف كل منهم خمسين يمينا ولو نكل أحدهم كمل الآخر الأيمان وأخذ حقه في الدية كما هو الحكم في حال غيبة أحدهم، وإن أبى الحاضر أن يحلف انتظر حضور الغائب فإن حلفوا استحقوا الدية على عاقله المدعى عليه سواء كانت الدعوى بقتل خطأ أم عمداً.

وقد استدل الشافعى رحمه الله تعالى فقال: أخبرنا مالك^(١) عن ابن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل بن أبي حيثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فتفرقا في حوائجهما فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في فقير^(٢) أو عين فأتى يهود فقال

(١) الام ج٦ ص ٧٨.

(٢) الفقير مخرج الماء من القناة.

أنتم والله قتلتموه، فقالوا: والله ما قتلناه فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك لهم فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محيصة يتكلم وهو الذي كان بخير فقال رسول الله ﷺ لمحيصة: كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله ﷺ: إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب فكتب إليهم رسول الله ﷺ في ذلك فكتبوا إليه إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أمخلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا: لا، قال: فتحلف يهود، قالوا: ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار. قال سهل لقد ركضتني منها ناقة حمراء. قال الشافعي: أخبرنا الثقفى قال: حدثني يحيى بن سعيد وأخبرنا ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حشمة عن النبي ﷺ مثل معنى حديث مالك.

قال الشافعي: فإذا كان مثل هذا السبب الذي حكم به رسول الله ﷺ فيه بالقسامة حكمنا بها وجعلنا فيها الدية على المدعى عليه، وإذا لم يكن مثل ذلك السبب لم نحكم بها، فإن قال قائل وما مثل السبب الذي حكم فيه رسول الله ﷺ؟ قيل: كانت خيبر دار يهود التي نزل فيها عبد الله بن سهل محضة لا يخلطهم فيها غيرهم، وكانت العداوة بين الأنصار واليهود ظاهرة وجرح عبد الله بن سهل بعد العصر ووجد قتيلاً قبل الليل فكاد أن يغلب على من علم هذا أنه لم يقتله إلا بعض يهود، وإذا كانت دار قوم محقة لا يخلطهم فيها غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلته ووجد القتيل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم فلهم القسامة، وكذلك إذا كان مثل هذا المعنى مما يغلب على الحاكم أنه كما يدعى المدعى على جماعة أو على واحد، وذلك مثل أن يدخل نفر بيتاً فلا يخرجون منه إلا وبينهم قتيل، وكذلك إن كانوا في دار وحدهم؛ لأن الأغلب أنهم قتلوه أو قتله بعضهم، وكذلك أن يوجد في صحراء أو ناحية ليس إلى جنبه عين ولا أثر إلا رجل واحد مختضب بدمه في مقامه ذلك، أو يوجد قتيل فتأتى جماعة متفرقة من المسلمين من نواح لم يجتمعوا فيثبت كل واحد منهم على الانفراد على رجل أنه قتله فتواطأ شهادتهم ولم يسمع بعضهم شهادة بعض، وإن لم يكونوا ممن يعدل في الشهادة أو يشهد شاهد واحد عدل على رجل أنه قتله؛ لأن كل سبب من هذا يغلب معه على عقل الحاكم أنه كما ادعى ولي الدم أو أولياؤه، ولهم عند ذلك أن يحلفوا على واحد من أهل القرية أو البيت أو الجماعة أو على أكثر من واحد أنه القاتل، وإذا وجبت القسامة فلأولياء القتيل أن يقسموا وإن كانوا غيباً عن موضع القتيل؛ لأنه قد يمكن أن

يعلموا ذلك باعتراف من القاتل أو بينة تقوم عندهم لا يقبل الحاكم منهم غير ذلك من وجوه العلم التي لا تفيد قطعاً.

وذهب المالكية إلى أن القسامة خمسون يمينا متوالية على البت لا على نفس العلم بالقاتل وتجب عندما يوجد قتيل في ظروف ينشأ عنها غلبة الظن بصدق المدعى، وذلك قد يكون عند ادعاء القتل على معين عمداً أو ادعائه على غير معين من جماعة معينة عمداً أو خطأ مع وجود قرائن تؤيد المدعى في دعواه وتورث الظن بصدقه فإذا ادعى ولي القاتل على آخر أنه قتل موليه عمداً، وكان ذلك مع اللوث وحلف خمسين يمينا أن فلانا المدعى عليه قد قتل فلانا عمداً فإنه يقتصر من المدعى عليه. ومن اللوث أن يقول القاتل قبل وفاته قتلني فلان عمداً أو خطأ فإنه عند ذلك يقبل قوله ويكون لوثاً بشرط أن يشهد على إقراره عدلان فأكثر وأن يصبر على قوله إلى وفاته، وأن يكون به جرح أو أثر ضرب وإذا أطلق فلم يذكر عمداً ولا خطأ كان للولي البيان وعليه أن يقسم على ذلك، فإذا حلف على العمد خمسين يمينا اقتيد له وإن حلف على الخطأ خمسين يمينا أخذ الدية وإذا تعدد الأولياء واختلفوا في وصف القتل فلا قسامة، ومثله في الحكم إذا قالوا كلهم قتله عمداً ونكلوا عن اليمين.

أما في دعوى الخطأ إذا اختلفوا في الوصف بعد ذلك فقال بعضهم لا نعلم أكان القتل عمداً أم خطأ فلمدعى الخطأ أن يحلف خمسين يمينا وله خطر من الدية كما لو نكل بعضهم عن اليمين بلا خلاف بينهم - وإذا حلفوا كل منهم خمسين يمينا استحقوا الدية على عاقلة المدعى عليه وإذا شهد اثنان على أن القاتل الذي شاهده دخل في جماعة ولا يعلمون من هو منهم كان على كل فرد من الجماعة أن يحلف خمسين يمينا. فإذا حلفوا جميعاً أو نكلوا جميعاً فالدية في أموالهم واجبة للأولياء وإن حلف بعضهم ونكل البعض فالدية على الناكل وحده في ماله بلا قسامة على الأولياء، وهذا إذا كان القتل عمداً، فلو كان خطأ فالدية على عاقلتهم إن حلفوا أو نكلوا.

وفي «المدونة» قال مالك: إذا ادعى أولياء الدم على جماعة أن فلانا منهم قتل مولاهم عمداً وأقسموا على ذلك كل خمسين يمينا وكان لهم لوث من بينة أو تكلم من المقتول أو قامت البينة على أنهم ضربوه ثم مات أيكون لهم القود من المدعى عليه قال: نعم فإن ادعوا أن القتل خطأ وجاءوا بلوث من بينة على أنهم ضربوه وأقسموا على ذلك خمسين يمينا فإن لهم الدية.

وعند الخنابلة لا قسامة إلا بشروط أحدها دعوى القتل عمداً أو خطأً أو شبه عمد على واحد معين مع اللوث. واللوث هو العداوة الظاهرة كالضغن بين المقتول والقاتل واتفاق الأولياء في الدعوى فإن كذب بعضهم بعضاً فادعى أحدهم القتل وخالف آخر فلا قسامة.

وإذا كانت على أهل مدينة أو أهل محلة أو على غير معين لم تسمع ولا بد أن يكون من المدعين ذكر واحد على الأقل ويبدأ بإيمان المدعين فيحلف كل خمسين يميناً أن فلانا المدعى عليه قتله فإذا حلفوا ثبت حقهم قبله وإن نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً فإن حلف برئ فإذا كانت الدعوى عمداً استحقوا القود بأيانهم إلا أن يمنع مانع منه وإذا ردت اليمين إلى المدعى عليه حلف خمسين يميناً بالله ما قتلته ولا أعلم له قاتلاً فإن لم يحلف وجبت الدية في ماله. والله أعلم وهو الموقف للصواب.