فعل الاجير كفعله ولو فعل الاستاذ كان ضامناً اه .

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

والسيف والجفن لان المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن بخلاف ما لو اعطاه مصحفاً ليعمل له غلافاً او سكيناً ليعمل له نصاباً فضاع المصحف او السكين لم يضمنه لانه لم يستأجره ليعمل فيهما بل في غيرهما (رد محتار)

قلت بعد كتابتي ما تقدم اطلعت عَلَى شرح المجلة النفيس للعلامة علي حيدر افندي الذي ظهر بعد طبع كتابي فوجدت فيه في اواخر كتاب الاجارة ما تعريبه: ولما كان تضمين الاجير المشترك قد قيد في هذه المادة (٦١١) بما تولد عن فعله امكن ان يستدل من ذلك انه اختير في المجلة قول الامام الاعظم »

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاث ابواب

المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

المادة ٦١٢ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء مطلقاً كالمطالبة بنفس او بدين او عين مضمونة كما سيأتي والذمة لغةً العهد وشرعاً محل عهد جرى بينه وبين الله تعالى يوم الميثاق او وصف صار به الانسان مكلفاً فالذمة كالسبب والعقل كالشرط ثم استعير على القولين للنفس والذات بعلاقة الجزئية والحلول فقولهم وجب في ذمته اي على نفسه (در منتقى)

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

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

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

﴿ المادة ٦١٣ ﴾ الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد

﴿ المادة ٦١٤ ﴾ الكفالة بالمال هي الكفالة باداء مال

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

﴿ المادة ٦١٥ ﴾ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال

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

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

﴿ المادة ٦١٦ ﴾ الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البائع ان استحق المبيع

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

﴿ المادة ٦١٨ ﴾ الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الاخر ويقال لذلك الاخر الاصيل والمكفول عنه

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

﴿ المادة ٦٢٠ ﴾ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل باداءه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سيان

الباب الاول

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

الفصل الاول

في ركن الكفالة

﴿ المادة ٦٢١ ﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط

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

ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل واحد في غياب المكفول له بدين له على رجل ومات المكفول لهُ قبل ان يصل اليه خبر الكفالة كان الكفيل مطالباً بكفالته هذه ومؤاخذاً بها

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

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

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

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

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

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

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

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

كفل الى الحصاد او صوم النصارى (هندية ورد مختار)

﴿ المادة ٦٢٦ ﴾ تصح الكفالة عن الكفيل

﴿ المادة ٦٢٧ ﴾ يجوز تعدد الكفلاء

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

الفصل الثاني

في شرائط الكفالة

﴿ المادة ٦٢٨ ﴾ يشترط في انعقاد الكفالة ان يكون الكفيل عاقلاً و بالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي

ولو كان تاجراً لان الكفالة تبرع والصبي ليس باهل للتبرع (رد محتار واشباه) ولكن تصح كفالة الصبي في مسالة واحدة وهي اذا استدان له وليه لنفقة وغيرها مما لا بد له منهُ وامره ان يكفل المال عنه فتصح الكفالة و يطالب الصبي بالمال و يكون امر وليه له بالكفالة اذنا بالاداء (رد محتار) وكذا لو شرى له وصيه شيئاً وامره ان يكفل بالثمن (هندية) وقيدنا بالمال احترازاً عن النفس لان ضمان الدين لزم الصبي من غير كفالة فالكفالة لا تزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعاً فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً به فلم يجز (طحطاوي) و يشترط ايضاً ان تكون الكفالة من اهل التبرع فلا تنفذ من مريض مرض الموت الامن ثلث ماله اذا كفل لاجنبي عن اجنبي اما لو كفل لوارث او عن وارث فلا تصح اصلاً حتى لو كفل عن اجنبي وكان عليه دينٌ محيط بماله بطلت ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث (تاتر خانية) ولو اقر المريض انه كفل في صحته تعتبر كفالته من كل ما له (جامع الفصولين)

ولو كفل في حال صباه لا يؤاخذ ولو اقر بعد البلوغ والافاقة بهذه الكفالة

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

﴿ المادة ٦٢٩ ﴾ لا يشترط ان يكون المكفول عنه عاقلاً و بالغاً

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

فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي

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

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

وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلوماً

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

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

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

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

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

﴿ المادة ٦٣١ ﴾ يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل بمعنى ان يكون ايفاؤه متوجباً على الاصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع

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

وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة

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

المبيع صحيحاً لانه لو ظهر فساد البيع فتبطل الكفالة حتى لو كان الكفيل قد ادى الثمن الى البائع كان له ان يرجع عليه به وله ان شاء الرجوع على المشتري لانه اذا تبين فساد البيع ظهر ان البائع قبض ثمناً لا يستحقه (رد محتار) راجع المادة ٠٧٢ قلت والسبب في بطلان الكفالة هو ان الكفيل ضمن للمشتري الثمن المسمى وفي البيع الفاسد انما يلزم المشتري القيمة وهي غير ما كفل به

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

﴿ المادة ٦٣٢ ﴾ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية

لان المقصود من العقوبة زجر الجاني وذلك لا يحصل بانزال العقوبة في غيره

ولكن تصح الكفالة بالارش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل لان هذه كفالة مالية بحق العبد كالكفالة ببدل الصلح عن دم العمد اذا كان البدل ديناً

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

﴿ المادة ٦٣٣ ﴾ لا يشترط ايسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً

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

الباب الثاني

في احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في احكام الكفالة المنجزة والملتقة والمضافة

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

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

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

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

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

حتى لو مات الاصيل قبل المطالبة بطلت الكفالة لتعذر تحقق الشرط بعد الموت (رد محتار) وكذا لو قال ان غاب غريمك فعليّ الدين الذي عليه تنوير اوضمنت كل

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

الثاني ان يكون الشرط شرطاً للزوم الحق نحو ان استحق المبيع او جحدك المودع او قتلك او قتل ابنك فعليّ الدية (رد محتار)

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

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

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

الثالث ان يكون الشرط شرطاً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الاصيل نحو ان قدم زيد فعليّ ما عليهِ من الدين والحال ان زيداً مكفول عنهُ أو غاصب المكفول عنه او مودعه او مضارب به فيصح تعليق الكفالة بقدوم زيد لان قدومه وسيلة الى الاداء بخلاف ما لو كان زيد اجنبياً من كل وجه اذ لا يصح حينئذ تعليق الكفالة بقدومهِ كما لا يصح تعليقها بالشرط الغير الملائم نحو ان هبت الريح او جاء المطر لانه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال نعم لو جعله اجلاً صحت الكفالة وبطل الاجل ولزم المال للحال اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي . وتصح الكفالة ايضاً بشرط تاجيل الطلب عن الكفيل الى اجل معلوم كما

لو كفل على انه متى طالبه المكفول له فله من ابتداء ذلك الوقت مهلة كذا يوماً وامهل من وقت المطالبة تلك المدة فللمكفول له ان يطالب الكفيل بعد مضي الاجل اي وقت شاء وليس للكفيل ان يطالب اجلاً آخر بقدر تلك الايام

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

﴿المادة ٦٣٧﴾ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً مثلاً لو قال انا كفيل بما يحكم به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم فلا يلزم الكفيل اداؤه ما لم يلحقه حكم الحاكم

وذلك لان الكفالة مقيدة بوصف هو الحكم على الاصيل فلما لم يثبت الوصف لا تثبت الكفالة المقيدة بهِ وبهذه الصورة لو اقام الطالب الدعوى على الاصيل بما له عليه فاقر الاصيل بالف مثلاً لزم الكفيل كما لو ثبت ذلك بالبينة وفي الهندية كفل رجلاً على انهُ ضامن لما قضى عليهِ قاضي الكوفة وقضى عليه قاضٍ غير قاضيها يلزمه ٠ ولو قال ما وجب لك على فلان بحكم فلان الحاكم فهو عليّ فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه وهذا اذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب فاما اذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاضٍ شافعي المذهب لا يؤاخذ به ولو قال لغيره ضمنت لك الف درهم على ان لا اوديها اليك في حياتي فهو جائز و يؤخذ المال من ميراثه بعد موته اه ٠ ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١١ تشرين الثاني ٣١١ مؤداه اذا كفل الدين عن المديون كفالة معلقة بشرط عدم اقتدار المديون على الاداء فعند تحقق هذا الشرط يحكم على الكفيل ولو اثبت ان الدائن حجز ربع معاش المديون البالغ اربعين قرشاً شهرياً لان هذا المبلغ تافه لا يكفي لوفاء الدين الا بعد مدة طويلة (ج ٠ م ٠ عد ٨٨٦)

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

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

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

وذلك لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع (درمنتقى) اذ لو اجاز المستحق البيع بعد الحكم بالاستحقاق وقبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه عَلَى الصحيح فما لم يقضَ بالثمن عَلَى البائع لا يجب عليه رد الثمن فلا يجب على الكفيل بالدرك والمراد بالاستحقاق هنا الناقل للملك اما المبطل لهُ بالكلية كدعوى الوقف بالارض المشتراة فيطالب الكفيل وان لم يقضَ بالثمن على البائع ولو بنى المشتري او غرس في الارض المشتراة ثم استحقت فلا يرجع على كفيل الدرك بقيمة البنا والغرس بل بالثمن فقط لانه لم يكفل الا به ولو فسخ البيع بخيار رؤية او شرط او عيب لا يؤاخذ الكفيل بالثمن لان كفالته بالثمن مقيدة ومشروطة بما اذا استحق المبيع لا بغيره (طحطاوي ملخصاً)

﴿ المادة ٦٣٩ ﴾ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة الا في ظرف مدة الكفالة ٠ مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مضيه يبرأ من الكفالة

ولكن لو طالب الدائن الكفيل وحكم لهُ الحاكم في خلال المدة ولكنه لم ينفذ الحكم حتى مضت المدة فهل يتخلص الكفيل من المطالبة او يلزمه الدين لتقرره في ذمته

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

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

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

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

اما لو قال انا كفيل بكلما تبيعه من فلان او بثمن المال الذي ستبيعهُ

من فلان فانه يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول من فلان المذكور ولكن له ان يخرج نفسهُ من الكفالة قبل البيع بان يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لايكون الكفيل ضامناً لثمن ما باعه

وكذا لو اكتفى باحد شقي هذه العبارة بان قال فقط رجعت عن الكفالة او قال لاتبع ذلك الرجل (هندية) لان رجوعه عن الكفالة قبل المبايعة صحيح بخلاف الكفالة المنجزة بالدين او بما ثبت له على الاصيل والفرق ان الاولى مبنية عَلَى الامر دلالةً وهذا الامر غير لازم والثانية مبنية عَلَى ماهو لازم وذلك لان قوله كفلت لك بما لك على فلان او بما يثبت لك عليه كفالة بمحقق لازم بخلاف كفلته بما بايعته فانه لم يتحقق بعد لان لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل واما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ماتزم في ذمته شيئاً فيصح رجوعه لانه انما وجب عليه المال بعد المبايعة دفعاً للغرور عن الطالب لانه يقول انما اعتمدت في المبايعة معه بكفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة او حين رجع عن الكفالة (رد محتار) وفي الهندية لو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في راس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في راس الشهر والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند راس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة فان مات الكفيل ثم سكن المستاجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزم تركة الكفيل ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك بخلاف كفالة النفس وليس للكفيل بالاجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدي فاذا ادّى الكفيل كان له ان يرجع على المستأجر اذا كانت الكفالة بامره اه

﴿ المادة ٦٤١ ﴾ من كان كفيلاً برد المغصوب والمستعار وتسليمهما اذا سلمهما الى صاحبهما يرجع باجرة نقلهما على الغاصب والمستعير

وكذا الكفيل برد المرهون وهذا كله اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه اما اذا كانت بغير امره فلا رجوع انظر المادة ٦٥٧ اما الكفيل برد الوديعة وتسليم مال

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

الفصل الثاني

في احكام الكفالة بالنفس

﴿ المادة ٦٤٢ ﴾ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به ففي اي وقت شرط تسليمهُ فعلى الكفيل احضاره في ذلك الوقت حالاً بعد طلبهِ من المكفول له فان احضره فبها والا يجبر على احضاره

اما لو غاب المكفول عنه وكانت غيبته ثابتة بعلم القاضي او بالبينة فيمهل الكفيل مدة ذهابه وايابه لو اراد السفر اليه فان ابى حبسه القاضي للحال بلا امهال (بزازية) الا اذا كان في الطريق عذر بان كان مخوفا وما شاكل ذلك (طحطاوي) ولو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه فلا يطالب الكفيل باحضاره ان ثبت ذلك بتصديق الخصم او ببينة اقامها الكفيل (تنوير) وان اختلفا ولا بينة فان كان له خرجة معروفة للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه والا فالقول للكفيل انه لا يدري موضعه (مجمع الانهر) ولو برهنا فبينة الطالب اولى لان معها زيادة علم (رد محتار) وفي كل موضع قلنا بذهاب الكفيل اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الاخر (در مختار) .

الفصل الثالث

في احكام الكفالة بالمال

﴿ المادة ٦٤٣ ﴾ الكفيل ضامن

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

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

﴿ المادة ٦٤٤ ﴾ الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته احدهما لا تسقط حقهُ بمطالبة الآخر

لان الكفالة مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فان اختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الثاني بعد ذلك (مجمع الانهر)

و بعد مطالبة احدهما له ان يطالب الآخر وان يطالبهما معاً

﴿ المادة ٦٤٥ ﴾ لو كفل رجل ما لزم الكفيل بالمال بموجب كفالته فللدائن ان يطالب من شاء منهما

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

﴿ المادة ٦٤٦ ﴾ عليهما دين لاخر من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين

ولو لم يكفل احدهما الاخر فلا يطالب احدهما الا بحصته . مثاله لو استدان رجلان من رجل الفاً كان كل منهما مطالباً بخمسمائة لا غير اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الدين وكذا لو اشتريا من رجل متاعا بالف كان كل منهما مطالباً بثمن حصته من المبيع اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الثمن انظر المادة ١١١٣

استطراد : لو كان عليهما دين لاخر وكفل كل عن صاحبه بامره وادى احدهما الى الطالب فان كان الدين واحداً او كان دينين متحدين صفةً وسبباً كثمن مبيع حال فلا يرجع الذي ادى على شريكه الا بما ادى زائداً على ما عليه لان كلاً منهما اصيل بما عليه وكفيل بما عَلَى الاخر فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة لرجحان جهة الاصالة على النيابة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فوجب صرف المؤدى الى الاقوى . مثاله اشترى رجلان شيئًا بالف مناصفةً عليهما وكفل كل عن صاحبه بامره فادى احدهما الى البائع خمسمائة فقط فلا يرجع عَلَى صاحبه بشيءٍ لان عليه خمسمائة ديناً وخمسمائة بحكم الكفالة فيصرف ما يؤديه الى المطلوب منه بالاصالة لانه اقوى من المطلوب بالكفالة اما لو ادى ستمائة فيرجع عَلَى صاحبه بمائة ولو ادى سبعمائة رجع بمائتين لان المطلوب منه اصالة خمسمائة فقط وقد اداه فما دفعه زيادة على ذلك انما دفعه بحكم الكفالة فيرجع به ولكن لو اختلف الدينان صفةً وسبباً بان كان ما على احدهما مؤجلاً وما عَلَى الاخر معجلاً او كان ما على احدهما ثمن مبيع وما على الاخر قرضًا فاذا ادى احدهما شيئًا صح تعيينه عن شريكه ورجع به لان النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو . الا انه لو كان دين احدهما مؤجلاً ودين الاخر معجلاً فادى من دينه معجل قبل ان يحل دين الاخر فلا يرجع به عليه لان الكفيل اذا دفع ديناً مؤجلاً قبل حلول اجله فليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل اه ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي

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

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

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

واما لو كفلا معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهما ما لزم ذمة الآخر فعند ذلك يطالب كل منهما بالالف

وبهذه الصورة لو ادى احدهما شيئًا فلا يرجع على شريكه الا بما اداه زيادة على النصف كالمسألة التي مرت في شرح الماده السابقة لان الدين هنا ينقسم عليهما نصفين فكان كل منهما مديوناً بالنصف وكفيلاً بالنصف الآخر فما يؤديه اولا يصرف الى ما عليه اصالةً كما قدمنا وما زاد عليه يصرف ضرورة الى ما وجب عليه بحكم الكفالة فيرجع به (درر)

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

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

راجع المادة ٣ ولو قال لاخر ضمنت لك ما لك على فلان على ان احيلك بهِ على فلان فرضي الطالب فان احاله الضامن على فلان جاز وان ابى فلان ان يقبل الحوالة فالضامن ضامن عَلَى حاله ان شاء الطالب آخذه وان شاء آخذ الاصيل (هندية)

﴿ المادة ٦٥٠ ﴾ لو كفل واحد دين آخر على ان يؤديه من ماله المودع عنده يجوز ويلزم الكفيل اداؤه من ذلك المال

فيه اشكال لانه كيف يجوز للوديع ان يتصرف في مال غيره اللهم الا ان يحمل

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

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

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

﴿ المادة ٦٥١ ﴾ لو كفل بنفس واحد على يحضره في الوقت الفلاني والاَّ فعليه دينه فان لم يحضره في الوقت المعين لزمه اداء ذلك الدين

اي اذا لم يحضره مع قدرته عليه فلو عجز عن احضاره لمرض المكفول عنه او لحبسه فلا يلزمه المال (در مختار) وكذا لو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه (رد محتار) ولكن اذا جن المكفول او مات قبل حلول الوقت فعلى الكفيل اداء الدين ولا يعذر بموت المكفول وجنونه كما في التنوير والملتقى لان موت المكفول وان ابطل الكفالة بالنفس فانما هو في حق تسليمه الى الطالب لا في حق المال (طحطاوي) وان اختلفا في

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

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

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

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

تبين من هذه المادة انه لا يشترط لصحة الكفاله معلومية المكفول به اذا كان مالاً وقد مر ذلك صريحاً في المادة ٦٣٠ وكذلك لا يشترط ايضاً صحة الدعوى لصحة الكفالة فانه لو ادعى رجل على آخر مالاً ولم يبين مقداره ولا صفته اصلاً او بين مقداره دون صفته فقال رجل للمدعي دعه فانا كفيل بنفسه ان لم اوافك به غداً فعليَّ ما تدعيه عليه صحت الكفالة فان لم يوافِ به غداً لزمه المال المدعى به (تنوير) وان اختلفا في صفته بان قال الطالب لي مائة دينار اشرفية وقال الكفيل لا بل لك مائة دينار افرنجية فالقول للمكفول له في بيانها لانه يدعي صحة الكفالة، نص عليه في العزمية والمنح وغيرهما، وان اختلفا في مقداره بان قال الطالب الف وقال الكفيل خمسمائة فان كان الطالب قد بين مقدار الدين وقت الدعوى فكفل به الكفيل لزم الكفيل ما ادعاه الطالب وان كان لم يبينه فلا بد من اقامة البرهان على الكفيل ولو كان الاصيل مقراً وان عجز المكفول له عن البينة فالقول للكفيل بيمينه على نفي العلم. مثال الاول لو ادعى على رجل الف دينار فقال رجل للمدعي دعه ان لم اوافك به غداً فعليَّ الالف فلم يوافه به لزمه الالف . ومثال الثاني ادعى على اخر انه باع منه متاعاً ولم يؤدِ اليه الثمن فقال رجل ان لم اوافك به غداً فعليَّ ما تدعيه فلم يوافِ به وادعي المدعي ان ثمن المبيع الف واقر بها المدعى عليه وانكر الكفيل فلا بد من البرهان

على الكفيل والا فالقول قوله بيمينه بخلاف ما لو قال الكفيل ان لم اوافك به فعلي من المال ما اقر به المطلوب فاقر المطلوب بالف فالكفيل ضامن لها (خانية) والفرق ان في مسالة الاقرار اضيفت الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من كل وجه وهي جائزة للتعامل . اما في مسالة الدعوى فالكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه لان الدعوى ان كانت سبب الوجوب في حق المدعي ليست بسبب الوجوب في حق المدعى عليه ولا تعامل في اضافة الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه فيرد الى ما يقتضيه القياس ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لو جعلناها مضافة الى مجرد الدعوى فجعلناها مضافة الى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سبباً للوجوب من كل وجه حتى لا تلغو هذه الاضافة اصلا (هندية)

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

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

﴿ المادة ٦٥٣ ﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل والتأجيل

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

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

﴿ المادة ٦٥٤ ﴾ كما تصح الكفالة مؤجلة الى الاجل المعلوم الذي اجل اليه الدين تصح ايضاً مؤجلة الى اجل اطول منه

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

﴿ المادة ٦٥٥ ﴾ لو اجل الدائن دينه في حق الاصيل صار مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضاً والتأجيل على الكفيل الاول تاجيل على الكفيل الثاني ايضاً واما تاجيله في حق الكفيل فليس بتاجيل في حق الاصيل

لعدم تبعية الاصل لفرعه . ولهذا لو ابرأ الطالب الكفيل لا يبرأ الاصيل بخلاف ما لو ابرأ الاصيل فان الكفيل يبرأ ايضاً تبعاً له راجع المادتين ٥٠ و٦٦٢ ثم اعلم ان قولهم تاجيل الدين عن الكفيل لا يكون تأجيلاً عن الاصيل محله فيما لو كفل حالاً ثم اجله الطالب عنه اما لو كفل بالمال الحال مؤجلاً فيتاجل الدين عن الكفيل والاصيل ايضاً (طحطاوي) لان الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل الا الدين فبالضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل اما في المسالة الاولى وهي ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فقد تقرر فيها حكم الكفالة وهي المطالبة حالاً ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف اليه فقط (رد مختار) واعلم ايضاً ن ما ذكرناه من تاجيل الدين عليهما فيما اذا كفل بالدين الحال مؤجلاً يستثنى منه ما اذا اضاف الكفيل الاجل الى نفسه بان قال اجلني او شرط الطالب وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصةً فلا يتاخر الدين حينئذٍ عن الاصيل (هندية)

تنبيه : يرد التاجيل برد الاصيل والكفيل او يتوقف على قبولهما فان اجل الطالب دينه ولم يقبل الكفيل او الاصيل فالمال حالّ يطالبان به للحال (فتح)

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

وان ابى منعه الحاكم عن السفر وكذا الحكم بالاولى لو كان الدين حالاً وفي رد المحتار عن الظهيرية قالت زوجي يريد ان يغيب فخذ لي بالنفقة كفيلاً لا يجيبها الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الامام الثاني اخذ الكفيل رفقاً بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه . قال في النهر وظاهره يفيد انه يكون كفيلاً بنفقتها عند الثاني ما دام غائباً ووقع في كثير من العبارات انه استحسن اخذ الكفيل بنفقة شهر فقط لكن قال نور العين عن الخلاصة لو علم القاضي ان الزوج يمكث في السفر اكثر من شهر فالحاكم يأخذ الكفيل باكثر من شهر عند ابي يوسف اه ملخصاً

﴿ المادة ٦٥٧ ﴾ لو قال واحد لآخر اكفلني بديني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وادّى الدين بحسب كفالته

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

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

لو اراد الرجوع على الاصيل

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

فانه يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى

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

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

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

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

الدين ثوبًا او شيئًا من الحلى فان الكفيل يرجع على الاصيل بالدين كله بخلاف ما لو صالحهُ عن الدين على مقدار منه فانه لا يرجع الا ببدل الصلح والفرق ان الصلح في المسألة الثانية يتضمن الابراء عن الباقي من الدين والابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل . اما في المسألة الاولى فالصلح مبادلة فيصير الدين بمقابلة الثوب فيملك الكفيل بهذه المبادلة ما في ذمة الاصيل من الدين فيرجع بكلهِ عليهِ (درر) وكذا يرجع الكفيل بجميع الدين لو صالح الطالب عَلَى جزء منه على ان يهب له الطالب الباقي (رد محتار)

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

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

﴿ المادة ٦٥٨ ﴾ لو غرّ واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلاً لو اشترى عرصة و بنى عليها ثم استحقت وضبطت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البنا حين التسليم . وكذا لو قال لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي

اعلم ان الغرور لا يوجب الرجوع الا في ثلاثة مواضع . الاول ان يكون ضمن عقد المعاوضة كما تصرح في متن المادة ولو كان العقد فاسداً (خانية) ومن ذلك ما لو آجره حيوانا عَلَى انه ملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستاجر قيمته بحكم غاصب الغاصب فله اي للمستأجر ان يرجع على المؤجر بمثل ما ضمن (حموي) . الثاني ان يضمن الغارّ صفة السلامة للمغرور نصاً كما اذا قال لرجل اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اخذ مالك فانا ضامن فان اخذ ماله ضمنه الغارّ لانه ضمن للمغرور صفة السلامة فلو لم يضمنها بان قال فقط اسلك هذا الطريق فانه آمن لم يضمن . ثم انه لا يشترط في ضمان الغرور ان يكون المكفول عنه معلوماً وهذا مخالف للقياس ولعلهم اجازوا الضمان مع جهالة المكفول عنه زجراً عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي غير انه يشترط ان يكون المكفول عنه ممن تصح الكفالة عنه فلو قال لآخر ان اكل ابنك سبع او اتلف مالك سبع فانا ضامن لا يصح لان السبع فعله جبار فلا تصح الكفالة عنه . الثالث ان يكون الغرور في قبض يعود نفعه الى الدافع . مثاله لو اودع ماله عند آخر وسلمه اياه او آجر عيناً وسلمها للمستاجر فهلكت الوديعة او العين المستأجرة في يد الوديع او المستاجر ثم استحقت وضمنها المستحق فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه لان قبضهما عائد نفعه اليه اذ بصورة الوديعة ينتفع بالحفظ وبصورة الاجارة ينتفع بالاجرة بخلاف ما لو اعار احداً شيئًا او وهبه منه فهلك في يده ثم استحق منه وضمنه المستحق قيمته فانه لا يرجع على الدافع بشيء لان قبضه عائد نفعه اليه لا الى المعير والواهب اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الخانية اشترى داراً و بنى فيها ثم استحق رجل نصفها شائعًا

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

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة ويحتوي عَلَى ثلاثة فصول

الفصل الاول

في بعض الضوابط العمومية

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

وسواء كان المكفول به نفساً او مالاً لان بتسليم المكفول به الى الطالب ينتهي حكم الكفالة ولكن لو اقر انه ضمن لرجل الفاً على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة فانه يبرأ الاصيل دون الكفيل ولو برهن انه قضاه بعدها يبرآن (هندية) . لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل و بالاثبات تبين ان لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره اي لان البينة لما قامت على الادآ قبل الكفالة علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين (رد محتار) وفي الهندية لو كفل رجلاً بمال لرجل ثم باع الاصيل من الطالب عبداً بذلك المال وسلمه اليه حتى برئ الكفيل عن الكفالة حكماً ببراءة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب او رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي عاد المال على الكفيل ولو رد بغير قضا لا يعود المال عليه اه .

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

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

﴿ المادة ٦٦١ ﴾ لا تلزم براءة الاصيل ببراءة الكفيل

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

يصح تعليق الابرآ من الكفالة بالمال بالشرط المتعارف نحو ان وافيت به غداً فانت بريء من المال فوافى به برىء لمكان التعامل (خانية) . وكذا اذا قال ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابراتك من الكفالة . اما تعليقها بالشرط غير الملائم فلا يصح نحو ان جاء غد فانت بري فتبطل البرآة وتبقى الكفالة على حالها (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٦٦٢ ﴾ براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

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

قبل القبول والرد فهو بري وان لم يمت فرد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب وعَلَى الكفيل عَلَى حاله (هندية »

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

﴿ المادة ٦٦٣ ﴾ لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمة كالبلد او القصبة الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سوا قبل المكفول له او لم يقبل

لانه اذا لم يقبل يعد قابضاً حكماً كالغاصب اذا رد العين ولم يقبلها المغصوب منه وكالمديون اذا دفع الدين فلم يقبضه الدائن فان كلاً منهما يعد قابضاً حكماً (رد محتار) و يبرأ الكفيل ايضاً بتسليم المطلوب نفسه (تنوير) . لكن هذا اذا كانت الكفالة بامره لحصول المقصود وان لم تكن بامره فلا يبرأ لانه حينئذٍ لا يلزمه الحضور فليس مطالباً بالتسليم فاذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل ولهذا قالوا ان الكفيل له ان يمنع المطلوب عن السفر لو الكفالة بامره والا فلا (رد محتار) ويبرأ الكفيل ايضاً اذا سلم نائبه او رسوله المطلوب الى الطالب غير انه يشترط في تسليم هولاء الثلاثة اي المطلوب والنائب والرسول ان يقول كل منهم سلمت اليك عن الكفيل (درر)

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

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

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

﴿ المادة ٦٦٥ ﴾ لو كفل على ان يسلمهُ في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له

وذلك لان الاجل حق الكفيل فله اسقاطه كالدين المؤجل اذا قضاه المديون قبل حلول اجله فان الدائن يجبر على قبضه (طحطاوي)

﴿ المادة ٦٦٦ ﴾ لو مات المكفول به فحكما يبرأ الكفيل من الكفالة يبرأ كفيل الكفيل

كذلك لو توفي الكفيل فحكما يبرأ هو من الكفالة يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له و يطالب وارثه

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

الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

﴿ المادة ٦٦٧ ﴾ لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المديون يبرأ الكفيل من الكفالة

لان المديون ملك ما في ذمته فيبرأ و براءة الاصيل توجب براءة الكفيل (خانية)

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

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

﴿المادة ٦٦٨﴾ لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت براءتهما او براءة الاصيل فقط اولم يشترط شيء

وذلك لانه اضاف الصلح الى الدين كله وهو على الاصيل فبرىء عن الباقي وبراءته توجب برأة الكفيل (درر) وبهذه الصورة لو ادى الكفيل بدل الصلح رجع به على الاصيل لو الكفالة بامره اذ بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧

وان اشترط براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط

لكون الصلح بهذه الصورة فسخاً للكفالة لا اسقاطاً لاصل الدين

ويكون الطالب مخيراً ان شاء اخذ مجموع دينه من الاصيل

لان مجموع الدين باق عليه وبهذه الصورة لا يأخذ الطالب من الكفيل شيئاً لئلا يصير مستوفياً زيادة عن حقه

وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل

ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كفل بامره وان كان بغير امره فلا يرجع (هندية) ولو صالح الكفيل الطالب على شيء معلوم ليبرئه من الكفالة يصح الصلح ويبرا الكفيل دون الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة (ردمحتار عن الهداية)

﴿المادة ٦٦٩﴾ لو احال الكفيل المكفول له على واحد وقبل المكفول له والمحال عليه برىء الكفيل والاصيل

وكذا لو احاله الاصيل او تبرع رجل فاخذ الدين على نفسه بطريق الحوالة (انظر المادة ٦٨١) لان الحوالة تنقل الدين من ذمة الى ذمة فحكمها براءة الاصيل والكفيل معاً ولكن اذا شرط الكفيل براءة نفسه فقط فحينئذٍ يبرا هو دون الاصيل (اشباه) وللطالب اخذ الاصيل والمحال عليه بدينه ولا سبيل له على الكفيل ما لم يتوِ المال على المحال عليه وكذا يبرا الكفيل ايضاً لو احال الطالب انساناً على المطلوب وللمحال حينئذٍ ان يطالب الاصيل لكونه محالاً عليه لا الكفيل لانه لم يضمن له شيئاً (رد محتار)

﴿المادة ٦٧٠﴾ لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته

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

فرع : ادعى على رجل الف درهم وضمنها رجل بامر المدعى عليه ودفعها الضامن الى المدعي ثم ان المدعي مع المدعى عليه تصادقا على انه لم يكن على المدعى عليه شيء فالمدعي يرد ماقبض الى المدعى عليه ثم الضامن يرجع بما ادى على المدعى عليه (هندية)

﴿المادة ٦٧١﴾ الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع بخيار رؤية او شرط او بالاقالة او بفساد البيع (رد محتار)

او ضبط المبيع بالاستحقاق او رد بعيب يبرأ من الكفالة

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

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

﴿ المادة ٦٧٢ ﴾ لو استؤجر مال الى نهاية مدة معلومة وكفل واحد ببدل الاجارة التي سميت

صحت الكفالة سواء كانت الاجرة مؤجلة او معجلة لان الاجرة وان لم تجب بالعقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة غير ان الكفيل تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الاجارة فان انعقدت اجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد

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

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

الكتاب الرابع

في الحوالة ويحتوي على مقدمة وبابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة

﴿ المادة ٦٧٣ ﴾ الحوالة نقل الدين من دمة الى ذمة اخرى

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